9 Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit Economie – Coopération technique Economia – Cooperazione tecnica

10

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. A. und B. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
B–5121/2011 vom 31. Mai 2012

Finanzmarktaufsicht. Ausstand. Begründungspflicht. Anzeige der Verfahrenseröffnung. Rechtsverzögerung. Unabhängigkeit leitender Prüfer. Berufsverbot.

Art. 29 Abs. 1 und 2 BV. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Art. 26 Abs. 2, Art. 30 und Art. 33 FINMAG. Art. 728 OR. Art. 10 Abs. 1 VwVG.

1. **Ein Behördenmitglied, dem die dauernde Aufsicht über ein Unternehmen obliegt, verletzt in einem nachfolgenden eingreifenden Verfahren die Ausstandspflicht dann nicht, wenn es bloss in untergeordneter Funktion mitwirkt (E. 2).**
2. **Eine verspätete Anzeige der Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens bildet keinen rechtserheblichen formellen Fehler, sofern der Betroffene seine Rechte in geeigneter Weise wahrnehmen konnte (E. 4).**
3. **Ob eine Rechtsverzögerung vorliegt, ist unter Berücksichtigung des Umstandes zu beurteilen, dass das Verfahren zum Erlass eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG umfangreiche Feststellungen des Sachverhalts erfordert. Massgebend ist die Dauer des Verfahrens ab Anzeige der Verfahrenseröffnung, soweit die betroffene Partei vor diesem Zeitpunkt noch keinen belastenden Schritten ausgesetzt war (E. 5).**
4. **Unabhängigkeitsanforderungen an leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG. Die Unabhängigkeit dem Anschein nach ist nicht gewahrt, wenn bei Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages eine Honorarverzichtsofferte abgegeben wird (E. 6–7).**
5. **Berufsverbot. Die Behörden haben einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob eine schwere Verletzung auf-**

sichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG vorliegt. Verstösse gegen die Anforderungen an die Unabhängigkeit von leitenden Prüfern bilden keine nur untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten. Dauer der verhängten Massnahme und Verhältnismässigkeitsprüfung (E. 8).

Surveillance des marchés financiers. Récusation. Devoir de motivation. Annonce de l'ouverture d'une procédure. Retard injustifié. Indépendance des auditeurs responsables. Interdiction d'exercer.

Art. 29 al. 1 et 2 Cst. Art. 6 ch. 1 CEDH. Art. 26 al. 2, art. 30 et art. 33 LFINMA. Art. 728 CO. Art. 10 al. 1 PA.

1. **Un membre de l'autorité, auquel incombe la surveillance permanente d'une entreprise, ne viole pas son devoir de récusation lorsque, dans une procédure contraignante ultérieure, il n'exerce qu'une fonction subalterne (consid. 2).**
2. **L'annonce tardive de l'ouverture d'une procédure contraignante ne constitue pas un vice de forme juridiquement pertinent, pour autant que la partie concernée ait pu sauvegarder ses droits de manière appropriée (consid. 4).**
3. **Pour apprécier s'il y a eu retard injustifié, il faut tenir compte du fait que la procédure visant à prononcer une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA exige que les faits soient établis de manière complète. La durée déterminante est celle de la procédure à partir de l'annonce de son ouverture, pour autant que la partie concernée n'ait pas fait l'objet auparavant de mesures dirigées contre elle (consid. 5).**
4. **Exigences quant à l'indépendance des auditeurs responsables au sens de l'art. 26 al. 2 LFINMA. L'apparence d'indépendance n'est pas garantie si, lors de négociations en vue de l'attribution d'un mandat d'audit, il est proposé de renoncer aux honoraires (consid. 6–7).**
5. **Interdiction d'exercer. Les autorités ont un certain pouvoir d'appréciation pour juger si une violation grave du droit de la surveillance, au sens de l'art. 33 LFINMA, a été commise. Les manquements aux exigences relatives à l'indépendance des auditeurs responsables ne sont pas seulement des violations d'importance secondaire des devoirs relevant de la législation sur les marchés**

financiers. Durée de la mesure prononcée et examen de sa proportionnalité (consid. 8).

Vigilanza dei mercati finanziari. Ricusazione. Obbligo di motivazione. Avviso di avvio di un procedimento. Ritardata giustizia. Indipendenza degli auditor responsabili. Divieto di esercizio della professione.

Art. 29 cpv. 1 e 2 Cost. Art. 6 n. 1 CEDU. Art. 26 cpv. 2, art. 30 e art. 33 LFINMA. Art. 728 CO. Art. 10 cpv. 1 PA.

1. **Un membro dell'autorità a cui compete la sorveglianza continua di un'impresa non viola l'obbligo di ricusazione nell'ambito di un procedimento successivo vincolante fintanto che la sua partecipazione è limitata ad un ruolo secondario (consid. 2).**
2. **Se l'interessato ha potuto adeguatamente salvaguardare i propri diritti, l'avviso tardivo di avvio di un procedimento vincolante non costituisce un vizio di forma giuridicamente rilevante (consid. 4).**
3. **Nell'esaminare se sussiste un caso di ritardata giustizia occorre tener conto del fatto che la procedura per l'emanazione di un divieto di esercizio della professione ai sensi dell'art. 33 LFINMA richiede complessi accertamenti della fattispecie. La durata della procedura è determinante a partire dall'avviso di avvio del procedimento se prima di tale avviso la parte interessata si è trattenuta di intraprendere passi compromettenti (consid. 5).**
4. **Requisiti di indipendenza imposti agli auditor responsabili ai sensi dell'art. 26 cpv. 2 LFINMA. L'indipendenza non è garantita in apparenza se nell'ambito delle trattative per la conclusione di un mandato di revisione viene emessa un'offerta di rinuncia all'onorario (consid. 6–7).**
5. **Divieto di esercizio della professione. Le autorità dispongono di un certo margine di apprezzamento riguardo al sussistere di una grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza ai sensi dell'art. 33 LFINMA. Il mancato adempimento dei requisiti di indipendenza degli auditor responsabili non costituisce soltanto una violazione di importanza secondaria degli obblighi in materia di sorveglianza sui mercati finanziari. Durata della misura inflitta ed esame della proporzionalità (consid. 8).**

Die Beschwerdeführer sind von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) zugelassene leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

Der Beschwerdeführer A. erhielt von einem bei der C. AG angestellten Ökonomen am 15. Juni 2009 ein E-Mail, wonach die C. AG für die D. AG bei der FINMA eine Bewilligung als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen beantragen werde. Dem E-Mail beigefügt waren Unterlagen betreffend die D. AG.

Am 18. Juni 2009 bestätigte der Beschwerdeführer A. gegenüber dem genannten Ökonomen per E-Mail, dass seine Arbeitgeberin, die E. AG, in der Lage wäre, « als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft aufgrund der angehängten Unterlagen eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen zu verfassen ». Freilich müsse er sich « schon noch vorbehalten, weitere Informationen zu erhalten, um diese entsprechend in die Stellungnahme einfliessen zu lassen ». Ferner äusserte er die Ansicht, dass die Prüfgesellschaft in der Gesuchsphase identisch mit der anschliessend mit den jährlichen Prüfarbeiten beauftragten Gesellschaft sein sollte. Schliesslich erklärte der Beschwerdeführer A. die Bereitschaft, « im Sinne einer Investition in eine nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der Vermögensverwalterin das Honorar für die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch zu unseren Lasten zu übernehmen ». Der Beschwerdeführer B. erhielt eine Kopie dieses E-Mails.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2010 zeigte die Vorinstanz den Beschwerdeführern an, dass ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen sie eröffnet worden sei. Zugleich verlangte sie von ihnen die Beantwortung verschiedener Fragen zu den Honoraren beim Mandat D. AG und bei zwei weiteren Mandaten.

Mit Verfügung vom 1. Juli 2011 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführer aufsichtsrechtliche Vorschriften schwer verletzt hätten. Ferner untersagte sie ihnen, während der Dauer von sechs Monaten als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG tätig zu sein. Für die Widerhandlung gegen das Verbot wurden ihnen Konsequenzen gemäss Art. 48 FINMAG angedroht. Schliesslich auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten je zur Hälfte. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführer hätten durch den angebotenen Honorarverzicht im Fall D. AG zumindest den

Anschein erweckt, im Bewilligungsverfahren keine negativen Stellungnahmen abzugeben. Deshalb seien sie – jedenfalls dem Anschein nach – nicht mehr unabhängig gewesen und hätten in gravierender Weise die für leitende Prüfer geltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit missachtet. Da beide Beschwerdeführer gleichermassen für die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich seien, sei ihnen ein je sechsmonatiges Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG aufzuerlegen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die hiergegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden zunächst eine Verletzung von Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009 (abrufbar unter < http://www.finma.ch > Enforcement > Enforcement-Begriff, besucht am 28. Mai 2012, nachfolgend: Enforcement-Policy), wonach – wenn immer möglich – innerhalb dieser Behörde nicht die gleichen Personen für die dauernde Aufsicht über Institute und für Enforcement-Verfahren gegen diese verantwortlich sein sollten. Sie bringen diesbezüglich im Wesentlichen vor, F., Leiter (…) der Vorinstanz, habe an einer am 25. März 2011 durchgeführten Befragung der Beschwerdeführer teilgenommen und dabei – namentlich bei der Befragung des Beschwerdeführers A. – eine sehr aktive Rolle gespielt. Weil dieser Mitarbeiter zuvor auch für die dauernde Aufsicht im Zusammenhang mit dem Mandat D. AG zuständig gewesen sei, sei er befangen gewesen.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich im Urteil B–1583/2011 vom 8. Juni 2011 eingehend mit den für die FINMA geltenden Ausstandsvorschriften, namentlich mit der Tragweite von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 10 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) und Art. 11 Abs. 1 des Verhaltenskodexes der FINMA vom 19. November 2008 (abrufbar unter < http://www.finma.ch > Regulierung > Gesetze und Verordnungen > FINMA, besucht am 28. Mai 2012; siehe zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–1583/2011 vom 8. Juni 2011, insbes. E. 2.1–2.7, 3.4 und 5.1–5.4). Es erachtete es dabei – auch mit Blick auf Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA – als

zulässig, dass ein Mitarbeiter der Vorinstanz, der im Rahmen der sogenannten laufenden Aufsicht eine führende Rolle bei den Sachverhaltsabklärungen ausgeübt hatte, bei einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden eingreifenden Verfahren in tragender Funktion als Fachspezialist mitwirkte. Entscheidend war dabei nach Auffassung des Gerichts, dass der Mitarbeiter für das Enforcement-Verfahren nicht völlig unabdingbar war und die Entscheidkompetenz nicht bei ihm, sondern beim Enforcement-Ausschuss der Vorinstanz lag (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5.1 und 5.4 f.). An der mit dieser Rechtsprechung eingeschlagenen Richtung ist festzuhalten.

2.2 Es ist unbestritten, dass F. als Leiter (…) der Vorinstanz für die laufende Aufsicht im Zusammenhang mit dem Mandat D. AG zuständig und « wegen seiner profunden Fachkenntnisse und Erfahrungen » bei der im Rahmen des eingreifenden Verfahrens durchgeführten Befragung der Beschwerdeführer am 25. März 2011 anwesend war. Dieser Umstand begründet freilich gemäss der soeben erwähnten Rechtsprechung keine Rechtsverletzung. Denn zum einen ist nicht substantiiert, dass F. für die Durchführung des eingreifenden Verfahrens unentbehrlich war und ihm dabei eine federführende Rolle zukam. Dies gilt selbst dann, wenn er – wie die Beschwerdeführer behaupten – namentlich dem Beschwerdeführer A. anlässlich der Besprechung vom 25. März 2011 eine Vielzahl von Fragen gestellt haben sollte. Zum anderen war der Geschäftsbereich Enforcement der Vorinstanz nach deren eigenen Angaben für das eingreifende Verfahren verantwortlich. Für die Annahme, dass Letzteres nicht zutrifft und die Entscheidkompetenz stattdessen beim fraglichen Mitarbeiter lag, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Es erübrigt sich vor diesem Hintergrund namentlich, F. im Sinne der in der Beschwerde zu diesem Punkt gestellten Beweisofferte zu befragen.

Die Rüge, die Vorinstanz habe gegen Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA und Ausstandsvorschriften verstossen, ist somit unbegründet.

3. (…)

4. Die Beschwerdeführer rügen sodann, die Vorinstanz habe sie nicht rechtzeitig über die Eröffnung des eingreifenden Verfahrens informiert, weshalb ein Verstoss gegen Art. 30 FINMAG und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege.

Gemäss Art. 30 FINMAG zeigt die FINMA den Parteien die Eröffnung eines eingreifenden Aufsichtsverfahrens an. Dabei handelt es sich freilich lediglich um eine Ordnungsvorschrift, soweit damit keine spezifischen weiteren Anordnungen verbunden sind. Entscheidend ist, dass die Parteien (im Sinne von Art. 6 VwVG) ihre Rechte vor Erlass der Aufsichtsmassnahme tatsächlich voll wahrnehmen können (siehe zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch KATJA ROTH PELLANDA, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 19 zu Art. 30 FINMAG). Eine unterlassene Anzeige der Verfahrenseröffnung begründet keine Rechte der betroffenen Partei und führt auch nicht etwa dazu, dass die FINMA keine Massnahmen anordnen darf (ROTH PELLANDA, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 30 FINMAG mit Hinweis).

Die Vorinstanz eröffnete am 15. Dezember 2009 gegen die E. AG und die Beschwerdeführer ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Den Beschwerdeführern wurde die Verfahrenseröffnung zwar erst mit Schreiben vom 9. Juli 2010 angezeigt. Sie hatten indes sowohl im Rahmen der Beantwortung der dabei gestellten Fragen wie auch aufgrund der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben der Vorinstanz vom 20. Dezember 2010 ausreichend Gelegenheit, ihre Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen. Mit Bezug auf die Anzeige der Verfahrenseröffnung liegt somit kein formeller Fehler vor, welcher zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen müsste.

5. In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführer schliesslich eine Rechtsverzögerung geltend und rügen die Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Sie bringen diesbezüglich im Wesentlichen vor, das erstinstanzliche Verfahren bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung habe ohne nachvollziehbare Gründe rund ein Jahr und sieben Monate gedauert. Die überlange Verfahrensdauer müsse in Analogie zu strafprozessualen Grundsätzen zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, zumindest jedoch zu einer Milderung der ausgesprochenen Sanktion führen.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist die Verfahrensdauer hingegen mit Blick auf das umfangreiche, knapp sechs Monate dauernde Beweisaufnahmeverfahren und die im Laufe des Verfahrens aufgetretene schwere Erkrankung des ursprünglich zuständigen Sachbearbeiters nicht zu beanstanden.

5.1

5.1.1 Laut Art. 29 Abs. 1 BV hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen jedermann Anspruch auf Beurteilung seiner Sache innert angemessener Frist. Einen analogen Anspruch statuiert Art. 6 Ziff. 1 EMRK für zivilrechtliche Streitigkeiten und strafrechtliche Anklagen (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 288). Die Verfahrensdauer lässt sich nicht nach starren Regeln beurteilen, vielmehr ist in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen, ob sich diese als angemessen erweist. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Art des Verfahrens und die konkreten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe (anstelle vieler: BGE 135 I 265 E. 4.4; Urteile des Bundesgerichts 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1, 6B_294/2011 vom 16. September 2011 E. 3.3 und 1C_420/2009 vom 24. November 2009 E. 2.2).

Das Verfahren zum Erlass eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG ist grundsätzlich als komplex zu qualifizieren. Den Behörden steht bei der Anwendung dieser Vorschrift ein Beurteilungsspielraum zu, in welchen das Gericht nicht ohne Not eingreift (vgl. E. 8.1.1). Deshalb sind namentlich umfangreiche Sachverhaltsfeststellungen erforderlich, um der jeweiligen Situation gerecht zu werden (vgl. auch Grundsatz 8 Abs. 1 der Enforcement-Policy, wonach die Auferlegung eines Berufsverbotes nach Art. 33 FINMAG ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt [siehe zu diesem Grundsatz auch E. 8.1.3]).

5.1.2 Bei *strafrechtlichen Anklagen* beginnt nach Praxis des Bundesgerichts die Frist, deren Angemessenheit zu beachten ist, mit der offiziellen amtlichen Mitteilung der zuständigen Behörde an den Betroffenen, dass ihm die Begehung einer Straftat angelastet wird. Auf diesen Zeitpunkt abzustellen, ist sachgerecht, weil der Betroffene ab Bekanntgabe des Schuldvorwurfes dem Druck sowie den Belastungen strafprozessualer Verfolgungsmassnahmen ausgesetzt ist (BGE 117 IV 124 E. 3 mit Hinweis). Es drängt sich auf, diese Praxis – unabhängig von der Rechtsnatur des Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu FELIX UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht [SZW] 2011/5, S. 437 ff., 441 ff. mit Hinweisen, sowie hinten E. 5.3) – sinngemäss auch dann anzuwen-

den, wenn die Auferlegung eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG infolge schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in Frage steht. Dies gilt umso mehr, als auch das diesbezügliche Verfahren nicht auf Begehren des Betroffenen eingeleitet wird und in dessen Rechtsstellung eingreift.

5.2 Vorliegend wurde die Verfahrenseröffnung den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 9. Juli 2010 angezeigt. Zwar wurde das Verfahren bereits am 15. Dezember 2009 eröffnet. Da die Beschwerdeführer aber bis zur Anzeige des Verfahrens noch keinen belastenden Schritten ausgesetzt waren, rechtfertigt es sich, für den Beginn der zur Beurteilung der geltend gemachten Rechtsverzögerung massgebenden Frist auf den 9. Juli 2010 abzustellen. Das in Frage stehende Berufsverbot wurde den Beschwerdeführern am 1. Juli 2011 auferlegt, so dass von einer Verfahrensdauer vor der Vorinstanz von rund einem Jahr auszugehen ist. Selbst wenn die seitens dieser Behörde erwähnte Erkrankung ihres Mitarbeiters keine Verzögerung des Verfahrens rechtfertigen würde (vgl. dazu BGE 130 I 312 E. 5.2; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 46*a* mit Hinweisen), erscheint diese Frist als angemessen (vgl. auch Grundsatz 4 der Enforcement-Policy, wonach die FINMA ihre Verfahren grundsätzlich innert sechs bis zwölf Monaten oder schneller durchführt). Denn zum einen hatte die Vorinstanz vor Auferlegung des Berufsverbotes die Honorarregelung bei insgesamt drei Mandaten zu untersuchen. Zum anderen konzedieren die Beschwerdeführer selbst, seit Mitteilung der Verfahrenseröffnung von der Vorinstanz « in hoher Kadenz mit Nachfragen beschäftigt » worden zu sein. Zwar war die Sache seit Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 14. Januar 2011, also während rund fünfeinhalb Monaten, spruchreif. Diese Periode liegt indes noch im Zeitrahmen von Behandlungsunterbrüchen, mit welchen normalerweise im Rahmen eines Verfahrens der vorliegenden Art zu rechnen ist.

Für die Annahme einer überlangen Gesamtdauer des Verfahrens bestehen keine genügenden Anhaltspunkte. Es liegt somit keine gegen Art. 29 Abs. 1 BV oder – falls diese Bestimmung vorliegend überhaupt anwendbar sein sollte – Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossende Rechtsverzögerung vor.

5.3 Nach der strafrechtlichen Rechtsprechung kommen als Sanktionen für die Verletzung des Beschleunigungsgebots die Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung, die

Schuldigsprechung des Täters unter gleichzeitigem Strafverzicht und als ultima ratio in extremen Fällen die Verfahrenseinstellung in Betracht (BGE 133 IV 158 E. 8; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 293, je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführer erachten eine (analoge) Anwendung dieser Rechtsprechung auch beim Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG als angezeigt. Ob einer solchen Lösung zu folgen ist, hängt davon ab, ob diese Sanktion strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B–2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.2.1 und B–4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2; zur Tragweite der genannten strafrechtlichen Rechtsprechung im Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht vgl. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 35 zu Art. 46*a* mit Hinweisen). Gegen den strafrechtlichen Charakter spricht, dass die in Frage stehende Sanktion nicht als Strafe konzipiert ist, indem das FINMAG das Berufsverbot nach seiner Systematik klar als Aufsichtsinstrument (vgl. Art. 29 ff. FINMAG mit der Überschrift « Weitere Aufsichtsinstrumente ») und nicht unter den Strafbestimmungen von Art. 44 ff. FINMAG vorsieht (UHLMANN, a.a.O., S. 442). Hinzu kommt, dass die Auferlegung eines Berufsverbotes nicht zu einem Eintrag ins Strafregister führt. Nichtsdestotrotz erscheint es mit Blick auf die Schwere der Sanktion nicht als von vornherein ausgeschlossen, dass das Berufsverbot von Art. 33 FINMAG als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren ist (UHLMANN, a.a.O., S. 443; vgl. auch PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 10 zu Art. 33 FINMAG).

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich nicht zur Frage der strafrechtlichen Natur des Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG geäussert (vgl. UHLMANN, a.a.O., S. 442). Diese Frage kann vorliegend offengelassen werden, da – wie aufgezeigt (vgl. E. 5.1 f.) – keine Rechtsverzögerung gegeben ist und sich damit das Problem, ob die erwähnte strafrechtliche Rechtsprechung (direkt oder analog) anwendbar ist, nicht stellt.

6. In materieller Hinsicht stellt sich vorab die Frage, ob die Offerte eines ausdrücklich im Hinblick auf eine spätere Kooperation unentgeltlichen Prüfungsauftrages gegen die Anforderungen an die Unabhängigkeit der leitenden Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG in Verbindung mit Art. 127 Abs. 1 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) verstösst.

6.1 Die von den leitenden Prüfern einzuhaltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit richten sich gemäss Art. 26 Abs. 2 FINMAG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 der Finanzmarktprüfverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-PV, SR 956.161) und Art. 11 Abs. 1 des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (RAG, 221.302) unter anderem nach Art. 728 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Letztere Bestimmung regelt die Unabhängigkeit der Revisionsstelle für Gesellschaften, welche der ordentlichen Revision (Art. 727 OR) unterstehen. Gemäss Abs. 1 hat die Revisionsstelle unabhängig zu sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv zu bilden. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein. Abs. 2 statuiert einen nicht abschliessenden Katalog von mit der Unabhängigkeit unvereinbaren Tatbeständen. Dazu zählt insbesondere « der Abschluss eines Vertrags zu nicht marktkonformen Bedingungen oder eines Vertrags, der ein Interesse der Revisionsstelle am Prüfergebnis begründet » (Ziff. 6). Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit gelten nach Abs. 3 für alle an der Revision beteiligten Personen. Sodann enthalten Abs. 3–6 weitere, hier nicht interessierende Vorschriften zur Unabhängigkeit.

Nach der Rechtsprechung gelten die Unabhängigkeitsvorschriften von Art. 728 Abs. 1 und 2 OR nicht nur für leitende Prüfer, sondern auch für die Mitglieder des Prüfungsteams sowie alle übrigen Personen, welche Prüfungshandlungen vornehmen oder zu diesen beitragen (BVGE 2011/41 E. 2.5.3; siehe dazu auch ROLF WATTER/CORRADO RAMPINI, in: Watter/Bertschinger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Revisionsrecht, Basel 2011, Rz. 54 f. zu Art. 728 OR). Die Unabhängigkeit darf dabei weder tatsächlich (« independence in fact ») noch dem Anschein nach (« independence in appearance ») beeinträchtigt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–1355/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 4.4.2; BVGE 2011/41 E. 2.5.1 und 2.5.6.1).

6.2 Auch die Richtlinien zur Unabhängigkeit der Treuhand-Kammer 2007 (Fassung vom 6. Dezember 2010 [mit hier nicht einschlägigen Änderungen im Vergleich zu der im Jahr 2009 in Kraft stehenden Fassung], nachfolgend: RzU 2007), welche als Präzisierung des Gesetzestextes faktisch auch für Nichtmitglieder Wirkung entfalten dürften (vgl. BVGE 2007/49 E. 3.4.2), verlangen die innere oder tatsächliche Unabhängigkeit (« independence of mind ») und die Unabhängigkeit dem Anschein nach (« independence of appearance ») (vgl. Art. 1 Abs. 1 RzU 2007). Zur Honorargestaltung führen sie namentlich Folgendes aus:

« *Art. 41: Höhe und Art der Honorare im Allgemeinen*

Revisionsunternehmen vermeiden die tatsächliche oder scheinbare Beeinträchtigung ihrer Objektivität und Unabhängigkeit im Zusammenhang mit Höhe oder Art der Honorare, die sie einem Prüfungskunden in Rechnung stellen.

Art. 42: Honorarniveau

Erlangt ein Revisionsunternehmen einen Prüfungsauftrag zu einem deutlich niedrigeren Honorar als das von einem Vorgänger in Rechnung gestellte oder von anderen Gesellschaften angebotene Honorar, bleibt die Unabhängigkeit gewahrt, solange dem Auftrag ausreichend Zeit und qualifiziertes Personal zugewiesen sind und alle anwendbaren Prüfungsstandards, Richtlinien und Qualitätskontrollverfahren eingehalten werden. »

Art. 45 Abs. 1 Satz 1 RzU 2007 hält sodann fest, dass ein Risiko aus der Wahrnehmung eigener Interessen entstehen könne,

« wenn Honorare, die von einem Prüfungskunden geschuldet sind, über einen längeren Zeitraum hinweg unbezahlt bleiben, insbesondere wenn vor der Erstellung des Prüfungsberichts für das folgende Jahr ein erheblicher Teilbetrag ausstehend ist. »

6.3 Die Offerte eines ausdrücklich im Hinblick auf eine spätere Zusammenarbeit unentgeltlichen Prüfungsauftrages weckt bei einem Aussenstehenden unweigerlich den Anschein, dass die Prüfgesellschaft ein Interesse an einem positiven Prüfungsergebnis hat, um die spätere Kooperation mit der geprüften Gesellschaft nicht zu gefährden. Auch lässt eine solche Offerte Zweifel aufkommen, ob die Prüfung trotz der nicht durch die geprüfte Gesellschaft gedeckten Kosten sorgfältig durchgeführt wird (vgl. WATTER/RAMPINI, a.a.O., Rz. 47 zu Art. 728 OR). Einem Dritten drängt sich unter diesen Umständen der Schluss auf, die Integrität, die Objektivität oder die berufsübliche kritische Grundhaltung der Prüfgesellschaft oder eines Mitgliedes des Prüfungsteams sei gefährdet. Die äussere Unabhängigkeit bleibt in einem solchen Fall nicht gewahrt (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 Bst. b RzU 2007), weshalb eine solche Offerte gegen Art. 728 Abs. 1 OR verstösst.

Keine Rolle spielt dabei, ob unter Art. 728 Abs. 2 Ziff. 6 OR lediglich Verträge zu subsumieren sind, welche den Prüfer begünstigen (in diesem Sinne anscheinend JEAN NICOLAS DRUEY, Die Unabhängigkeit des Revisors, SZW 2007/6, S. 439 ff., 443; a.M. WATTER/RAMPINI, a.a.O., Rz. 45 zu Art. 728 OR mit Hinweis). Zum einen ist der Negativkatalog von Art. 728 Abs. 2 OR – wie erwähnt – nicht abschliessender Natur.

Zum anderen macht Art. 42 RzU 2007 deutlich, dass zugunsten der geprüften Gesellschaft unter dem marktüblichen liegende Honorare, unter dem Blickwinkel des Unabhängigkeitserfordernisses, grundsätzlich problematisch sind. Aus letzterer Vorschrift ist zudem e contrario zu schliessen, dass ein gänzlicher Honorarverzicht die Standesregeln ohne Weiteres verletzt. Die Annahme, dass ein im Hinblick auf eine spätere Kooperation gemachtes Angebot eines Honorarverzichtes nicht mit der Unabhängigkeit vereinbar ist, wird auch durch Art. 45 Abs. 1 Satz 1 RzU 2007 bekräftigt, kommt doch darin das Bestreben zum Ausdruck, über den konkreten Prüfungsauftrag hinausgehende Abhängigkeiten des Revisionsunternehmens von der geprüften Gesellschaft zu unterbinden.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Honorarverzichtsofferte im Rahmen der Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages nicht mit dem von leitenden Prüfern im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG zu beachtenden Unabhängigkeitserfordernis gemäss Art. 728 OR vereinbar ist.

7. Streitbetroffen ist vorliegend einzig das Mandat D. AG. Der diesbezüglich den Beschwerdeführern vorgehaltene Sachverhalt ist gestützt auf das soeben Ausgeführte wie folgt zu würdigen:

7.1 Der Beschwerdeführer A. erklärte in einem in Kopie dem Beschwerdeführer B. zugestellten E-Mail vom 18. Juni 2009 die Bereitschaft, « als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch [der D. AG] als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen zu verfassen » und dabei « im Sinne einer Investition in eine nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der Vermögensverwalterin das Honorar für die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch zu unseren Lasten zu übernehmen ».

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass mit dem letztgenannten Passus aus dem E-Mail vom 18. Juni 2009 eine nicht mit dem Unabhängigkeitserfordernis vereinbare Offerte eines Honorarverzichts gestellt wurde und dieses Verhalten den Beschwerdeführern gleichermassen anzurechnen ist.

7.2 Was die Beschwerdeführer hiergegen vorbringen, verfängt nicht.

7.2.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, das E-Mail vom 18. Juni 2009 sei nicht an die zu prüfende Gesellschaft gerichtet gewesen und daher keine gültige Offerte. Dem ist entgegenzuhalten, dass die C. AG

als Vertreterin der D. AG auftrat und das genannte E-Mail damit einen der letzteren Gesellschaft gestellten, verbindlichen Antrag bildet.

7.2.2 Die Beschwerdeführer behaupten sodann, die von ihnen vorgeschlagene Honorargestaltung habe auf der Annahme basiert, « dass die Prüfung der KAG-Bewilligung einen Teil der nachfolgenden Arbeiten der aufsichtsrechtlichen Prüfung und aktienrechtlichen Revision im ersten Geschäftsjahr umfassen würde ». Der Beschwerdeführer A. habe dementsprechend mit dem Passus « nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der Vermögensverwalterin » im E-Mail vom 18. Juni 2009 signalisiert, dass eine noch zu stellende Offerte die ganze Phase von der KAG-Bewilligung bis zum ersten Revisions- beziehungsweise Prüfbericht abdecken soll und dafür eine marktübliche Entschädigung vorgesehen werden soll.

Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig, handelt es sich doch dabei um eine nachträglich aufgestellte, unsubstantiierte Schutzbehauptung. Aus dem E-Mail vom 18. Juni 2009 und dem daraus zitierten Passus geht nicht hervor, dass für die Leistungen, für welche ein Honorarverzicht offeriert wurde, die spätere Vereinbarung eines marktüblichen Honorars vorbehalten wurde. Dies ergibt sich auch nicht aus den übrigen Akten.

7.2.3 Nach Ansicht der Beschwerdeführer vermag der im E-Mail vom 18. Juni 2009 gemachte Vorbehalt, erst nach Erhalt weiterer Informationen eine positive Stellungnahme abgeben zu können, den mit dem Angebot eines Honorarverzichts erweckten Anschein fehlender Unabhängigkeit zu entkräften. Dieser Einwand stösst ins Leere, weil die blosse Behauptung einer unvoreingenommenen Prüfung für sich allein dem mit einer Honorarverzichtsofferte erzeugten Anschein nicht den Boden zu entziehen vermag.

7.2.4 Gegen den Vorwurf, den Anschein fehlender Unabhängigkeit erweckt zu haben, machen die Beschwerdeführer ferner geltend, sie hätten mangels direkter Auswirkung auf ihr Salär, ihre Gewinnbeteiligung oder die Erfüllung ihrer Jahreszielvereinbarungen von vornherein kein eigenes Interesse an einer längerfristigen Zusammenarbeit der E. AG und der D. AG sowie kein entsprechendes Interesse an einem positiven Prüfungsergebnis gehabt. Selbst wenn Letzteres der Fall gewesen wäre, haben die Beschwerdeführer Fakten und Umstände geschaffen, welche einen Dritten dazu hätten veranlassen können, ihre Objektivität als leitende Prüfer in Zweifel zu ziehen. Ihr Einwand, weder an einer längeren Zu-

sammenarbeit der E. AG und der D. AG noch am Ausgang des Prüfungsverfahrens ein Interesse gehabt zu haben, ist deshalb unbegründet.

7.2.5 Zwar haben die Beschwerdeführer im Nachhinein ein marktübliches Honorar vereinbart. Daraus können sie indes nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn dieses Honorar – wie sie behaupten – noch vor der Intervention durch die Vorinstanz und vor der eigentlichen Prüfung des Bewilligungsgesuches vereinbart worden sein sollte. Den Beschwerdeführern wird nämlich kein tatsächlich erfolgter Honorarverzicht angelastet. Stattdessen ist ihnen – wie aufgezeigt – ein den Anschein der Unabhängigkeit untergrabendes Verhalten im Vorfeld des Abschlusses eines Prüfungsmandates vorzuwerfen.

7.2.6 Die Beschwerdeführer rügen sodann, man habe in rechtsverletzender Weise ihren unterschiedlichen Rollen beim Mandat D. AG und bei ihrer Arbeitgeberin nicht Rechnung getragen.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Beschwerdeführer haben die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch der D. AG gemeinsam unterzeichnet. Zudem arbeiten sie nach eigenen Angaben « faktisch auf gleicher Ebene » zusammen. Vor diesem Hintergrund ist das E-Mail vom 18. Juni 2009 jedem der beiden Beschwerdeführer gleichermassen zuzurechnen. Anders gesagt, verhielt sich auch der Beschwerdeführer B. nicht korrekt und ist ihm vorzuwerfen, nicht gegen das im fraglichen E-Mail vorgeschlagene Vorgehen opponiert zu haben. Weder der Umstand, dass allein der Beschwerdeführer A. im Formular « Dienstleistungen anerkannter Prüfgesellschaften » als verantwortlicher Partner angegeben wurde, noch die Tatsache, dass dieser innerhalb der Organisation seiner Arbeitgeberin in einer verantwortungsvolleren Position als der Beschwerdeführer B. angesiedelt war, kann etwas daran ändern.

8. Nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt. Dieses Berufsverbot kann gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.

Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass die Beschwerdeführer als leitende Prüfer in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG fallen. Uneinigkeit besteht hingegen mit Bezug auf die Frage, ob sie mit ihrem hiervor festgestellten Verstoss gegen Unabhängigkeitsvorschriften eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen

im Sinne von Art. 33 Abs. 1 FINMAG begangen haben und dies ein je sechsmonatiges Berufsverbot rechtfertigt.

8.1

8.1.1 Der Ausdruck « schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen » bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung zu üben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. anstelle vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 445 ff. mit Hinweisen.

Ob eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 FINMAG schwer ist, hat die FINMA im Rahmen ihres Ermessens in Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes zu beurteilen. Zwar lässt sich im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auch überprüfen, ob der angefochtene Entscheid unangemessen ist (vgl. Art. 49 Bst. c VwVG). Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA jedoch – wie erwähnt – ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. neben den soeben genannten Autoren auch: HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG).

8.1.2 Ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG stellt eine erhebliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) des Betroffenen dar und muss als solche – auch mit Bezug auf die Dauer – verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV sowie HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG). Bei der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung ist insbesondere das Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG und PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 21 zu Art. 32 FINMAG). Zudem ist zu beachten, dass das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG eine im Vergleich zur Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG einschneidendere Sanktion darstellt und dementsprechend höhere Anforderungen an die Schwere der Verletzung aufsichtsrecht-

licher Bestimmungen gelten (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG). Insofern ist das Berufsverbot von Art. 33 FINMAG mit der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG vergleichbar (vgl. HSU/BAHAR/RENNINGER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 34 FINMAG). Zu letzterer Vorschrift hat das Bundesgericht ausgeführt, mit Blick auf die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen genüge es für die Veröffentlichung eines Werbeverbotes nicht, wenn eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten vorliege. Hingegen rechtfertige sich eine Publikation zum Schutz des Publikums namentlich dann, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens als wahrscheinlich erscheine (Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1 mit Hinweisen).

8.1.3 Die im Folgenden zitierten Vorschriften der Enforcement-Policy konkretisieren den hier zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. zu den beim Entscheid über die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens zu berücksichtigenden Kriterien auch URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 108 f.):

> « *Grundsatz 3 Enforcement mit Augenmass*
>
> Am Ende eines ‹ eingreifenden Verwaltungsverfahrens › der FINMA kann ein schwerer Eingriff in Rechtspositionen der Parteien stehen. Bevor die FINMA ein solches Verfahren eröffnet, wägt sie deshalb sorgfältig alle wesentlichen Umstände ab und prüft alternative Handlungsmöglichkeiten.
>
> Sie prüft Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubiger, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, Schwere und Zeitpunkt der in Frage stehenden Verletzungen des Aufsichtsrechts und die Funktion der für die Verletzung Verantwortlichen. Wesentlich sind aber auch Elemente wie die vorhandenen Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-)Massnahmen der Parteien. […]
>
> *Grundsatz 6 Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen*
>
> Die FINMA übt Zurückhaltung bei der Eröffnung von eingreifenden Verfahren gegen natürliche Personen. Mit Ausnahme der Marktaufsicht und bei Offenlegungsfragen, wo individuelles Fehlverhalten im Vordergrund steht, konzentriert sich die FINMA darauf, vorab erkannte Missstände bei den Beaufsichtigten zu adressieren.

> Die Anordnung personeller Massnahmen kann sich aber dort aufdrängen, wo es die Beaufsichtigten unterlassen, von sich aus das Notwendige zu unternehmen, oder wo es um die Verfolgung von Tätigkeiten geht, für die eine von einem Finanzmarktgesetz vorgeschriebene Bewilligung fehlt (Unterstellungsverfahren). […]
>
> *Grundsatz 8 Abgewogener Einsatz von Berufsverboten*
>
> Die FINMA ‹ kann › den für ‹ schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen › ‹ verantwortlichen Personen › ein ‹ Berufsverbot › auferlegen und ihnen damit die ‹ Tätigkeit in leitender Stellung › bei ‹ einem von ihr Beaufsichtigten › für bis zu fünf Jahre untersagen (Art. 33 FINMAG). Die FINMA wägt den Einsatz dieses für die Betroffenen sehr einschneidenden Instrumentes im Rahmen des ihr vom Gesetz auferlegten Beurteilungsspielraums sorgfältig ab. Sie berücksichtigt dabei zum einen die für die nach Grundsatz 3 für die Eröffnung von Verfahren geltenden Kriterien. Eine besondere Bedeutung hat die Funktion der betroffenen Personen. Die FINMA schätzt das Gefahrenpotential höher ein, wenn Vertreter der obersten Hierarchiestufen für eine schwere Verletzung verantwortlich sind. Die Verantwortung muss ihnen aber konkret und rechtsgenügend nachgewiesen werden können, was ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt. […] »

Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Enforcement-Policy um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

8.2 Die Unabhängigkeit ist im System der dualen Aufsicht, bei welchem die Beaufsichtigten nicht direkt von der Aufsichtsbehörde, sondern von Prüfgesellschaften im Auftrag und gegen Entschädigung der Beaufsichtigten überprüft werden, von zentraler Bedeutung (ROLF WATTER/ DANIEL C. PFIFFNER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 40 zu Art. 26 FINMAG und Rz. 5 zu Art. 24 FINMAG; siehe zur Bedeutung der Unabhängigkeit im Rahmen der Revisionsaufsicht und des Berufs- und Standesrechts auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–7967/2009 vom 18. April 2011 E. 4.3). Die vorliegende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen betrifft somit den Kernbereich der von den Beschwerdeführern als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG einzuhaltenden Vorschriften. Von einer nur

untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kann deshalb nicht die Rede sein, zumal die Beschwerdeführer wissen mussten, dass ihr Verhalten nicht mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit vereinbar ist. Beiden Beschwerdeführern ist in gleichem Masse ein erhebliches Verschulden vorzuwerfen (vgl. auch E. 7.2.6). Zu ihren Gunsten ist immerhin in Rechnung zu stellen, dass ihnen nur ein einmaliges Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann, und dass sie im Nachhinein rasch ein marktübliches Honorar in Rechnung stellten. Andererseits blieb die Vorinstanz mit ihrem je sechsmonatigen Berufsverbot nahe an der unteren Grenze und schöpfte den gesetzlichen Rahmen von bis zu fünf Jahren bei weitem nicht aus.

Unter Würdigung aller Umstände erscheint es als verhältnismässig und gerechtfertigt, dass die Vorinstanz von einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ausging und den Beschwerdeführern ein je sechsmonatiges Berufsverbot auferlegte. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Schwere des Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme wie eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG oder eine blosse « Adressierung » der Beschwerdeführer im Sinne von Grundsatz 6 Enforcement-Policy nicht genügt hätte.