



Abteilung II
B-5121/2011

Urteil vom 31. Mai 2012

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
beide vertreten durch Dr. Franz J. Kessler und
Dr. Andreas Gersbach,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unabhängigkeit als Finanzprüfer.

Sachverhalt:**A.**

A.a A._____ (Beschwerdeführer 1) und B._____ (Beschwerdeführer 2) sind von der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) zugelassene leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

Der Beschwerdeführer 1 erhielt von einem bei der C._____ AG angestellten Ökonomen am 15. Juni 2009 ein E-Mail, wonach die C._____ AG für die D._____ AG (D._____) bei der FINMA eine Bewilligung als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen beantragen werde. Dem E-Mail beigelegt waren Unterlagen betreffend die D._____.

Am 18. Juni 2009 bestätigte der Beschwerdeführer 1 gegenüber dem genannten Ökonomen per E-Mail, dass seine Arbeitgeberin, die E._____ AG (E._____), in der Lage wäre, "als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft [...] aufgrund der angehängten Unterlagen eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen zu verfassen" (Beschwerdebeilage 8, auch zum Folgenden). 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 1 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 2 erhielt eine Kopie dieses E-Mails.

A.b Mit E-Mail vom 24. November 2009 machte die Vorinstanz die Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass sie erhebliche Zweifel an der Einhaltung der massgebenden Unabhängigkeitsvorschriften durch die E._____ habe, da Letztere gegenüber dem Vertreter des zu bewilligenden Institutes signalisiert habe, mit Blick auf den zu erlangenden Auftrag als aktien- und aufsichtsrechtliche Revisionsstelle auf das im Zusammenhang mit dem Bewilligungsgesuch stehende Honorar zu verzichten.

A.c 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._____ und bei zwei weiteren Mandaten.

B.

Mit Verfügung vom 1. Juli 2011 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführer aufsichtsrechtliche Vorschriften schwer verletzt haben (Dispositiv-Ziff. 1). 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 (Dispositiv-Ziff. 2). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten je zur Hälfte (Dispositiv-Ziff. 3). Zur Begründung führte die Vorinstanz insbesondere aus, die Beschwerdeführer hätten durch den angebotenen Honorarverzicht im Fall D._____ 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.

C.

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Franz J. Kessler und Dr. Andreas Gersbach, am 13. September 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei unter vollumfänglicher Aufhebung der angefochtenen Verfügung festzustellen, dass die Beschwerdeführer keine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen begangen haben. Eventualiter verlangen sie die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung. Ferner fordern sie eine Parteientschädigung. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, die Vorinstanz habe ihre eigene Enforcement-Policy verletzt, indem der Leiter (...) der Vorinstanz sowohl bei der dauernden Aufsicht über das Mandat D._____ als auch im Rahmen des Enforcement-Verfahrens eine aktive Rolle ausgeübt habe. Zudem sei in gehörsverletzender Weise zu verschiedenen Argumenten der Beschwerdeführer nicht Stellung genommen worden. Ferner habe die Vorinstanz die Eröffnung des Verfahrens unter Verstoss gegen Art. 30 FINMAG

erst nach rund sieben Monaten angezeigt und eine – zumindest bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigende – Rechtsverzögerung begangen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei kein Honorarverzicht offeriert worden, weil sich das E-Mail des Beschwerdeführers 1 vom 18. Juni 2009 nicht an die D._____ gerichtet habe und darin lediglich in Aussicht gestellt worden sei, das Verfassen der Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch unter Einschluss der Mandate für die jährliche aufsichts- und aktienrechtliche Prüfung in eine Gesamtofferte mit marktüblicher Honorierung aufzunehmen. Ohnehin habe man noch vor der Mandatsannahme ein separates Honorar für die im Bewilligungsverfahren erbrachten Leistungen vereinbart. Zudem begründe ein unter dem Marktdurchschnitt liegendes Honorar keinen Anschein fehlender Unabhängigkeit, sofern – wie vorliegend – eine sorgfältige Mandatsführung nachgewiesen sei. Die angefochtene Verfügung basiere auf einer zu Unrecht unangekündigten Praxisänderung bzw. auf einer unzulässigen rückwirkenden Anwendung der FINMA-Mitteilung 12 (2010) vom 23. Juli 2010, wonach aufsichtsrechtliche Prüfmandate sowie Beratungsdienstleistungen für das Bewilligungsverfahren zum einen und die nachfolgende Aufsicht zum anderen auf verschiedene Prüfgesellschaften aufgeteilt werden müssten. Schliesslich sei die Dauer der verhängten Berufsverbote unverhältnismässig. Es gelte in diesem Zusammenhang namentlich zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer 2 das E-Mail vom 18. Juni 2009 nicht verfasst und auch keine gleichermassen verantwortungsvolle Position wie der Beschwerdeführer 1 bekleidet habe.

D.

Mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2011 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

E.

Mit Replik vom 25. November 2011 halten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen fest. Sie bringen im Wesentlichen vor, es hätten keine wirtschaftlichen und personellen Verflechtungen zwischen Revisor und revidierter Gesellschaft bestanden. Überdies sei noch im Juli 2009 – vor der Prüfung des Bewilligungsgesuches und der Intervention der Vorinstanz – ein (separates) Honorar von ca. Fr. 5'000.- vereinbart worden.

F.

Mit Stellungnahme vom 4. Januar 2012 hielt die Vorinstanz an ihrem Rechtsbegehren in der Vernehmlassung vom 25. Oktober 2011 fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 1. Juli 2011 bildet eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig.

1.2 Die Beschwerdeführer sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdeberechtigt. Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden zunächst eine Verletzung von Art. 10 der Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009 (im Folgenden: Enforcement-Policy; abrufbar auf www.finma.ch > ENFORCEMENT > Enforcement-Begriff), 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 1 – eine sehr aktive Rolle gespielt. Weil dieser Mitarbeiter zuvor auch für die dauernde Aufsicht im Zusammenhang mit dem Mandat D._____ zuständig gewesen sei, sei er befangen gewesen.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich in einem Urteil vom 8. Juni 2011 (B-1583/2011) 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 VwVG und Art. 10 Abs. 1 des Verhaltenskodexes der FINMA vom 19. November 2008 (abrufbar auf www.finma.ch > REGULIERUNG > Gesetze und Verordnungen > FINMA; s. zum Ganzen insbes. E. 2.1–2.7, 3.4 und 5.1–5.4 des Urteils). Es erachtete es dabei – auch mit Blick auf Art. 10 der Enforcement-Policy der FINMA – als zulässig, dass ein Mitarbeiter der Vorinstanz, der im Rahmen der sog. 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. E. 5.1 und E. 5.4 f. des Urteils). 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._____ 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 (Vernehmlassung, S. 4 f.). 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 1 anlässlich der Besprechung vom 25. März 2011 eine Vielzahl von Fragen gestellt haben sollte (vgl. Beschwerde, S. 17; Replik, S. 8). Zum anderen war der Geschäftsbereich Enforcement der Vorinstanz nach deren eigenen Angaben für das eingreifende Verfahren verantwortlich (vgl. Vernehmlassung, S. 5). 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 (vgl. Beschwerde, S. 17 f.).

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

3.

In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführer sodann eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid zu verschiedenen Vorbringen der Beschwerdeführer keine Stellung genommen. Sie habe es namentlich unterlassen, zur Darstellung der Beschwerdeführer Stellung zu nehmen, wonach vorliegend ein marktconformes Honorar vereinbart worden sei und selbst im Falle marktüblicher Honorare bei sorgfältiger Mandatsführung keine Missachtung der Anforderungen an die Unabhängigkeit gegeben sei (vgl. Beschwerde, S. 15 ff.).

3.1 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) umfasst die (in Art. 26 ff. VwVG konkretisierten) Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren sowie auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung (vgl. BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 120 Ib 379 E. 3b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2686/2008 vom 5. Mai 2011 E. 3.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1672 ff., insbes. Rz. 1680 ff.).

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist nach ständiger Rechtsprechung auch die Pflicht der Behörden abzuleiten, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dafür ist erforderlich, dass sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen zumindest kurz die Überlegungen erwähnt werden, von denen sich die Behörde leiten lässt und auf welche sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2686/2008 vom 5. Mai 2011 E. 3.1 und B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 3.1). Die Begründungspflicht verlangt indes keine Berücksichtigung aller irgendwie im Zusammenhang mit dem Entscheid stehenden tatsächlichen Behauptungen, rechtlichen Einwände sowie sonstigen Vorbringen und Überlegungen. Vielmehr darf sich die Begründung auf jene Aspekte beschränken, welche die Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 403 f., mit Hinweisen).

3.2 Der angefochtene Entscheid wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführer nach Auffassung der Vorinstanz mit der Offer-

te eines Honorarverzichtes gegen die Anforderungen an die Unabhängigkeit verstossen haben (vgl. Rz. 27 des angefochtenen Entscheides). Mit dieser Begründung legte die Vorinstanz jedenfalls implizit dar, dass sie die Vorbringen der Beschwerdeführer zur Marktüblichkeit des (erst später vereinbarten) Honorars nicht als wesentlich erachtet. Ebenso brachte sie damit zum Ausdruck, dass ihrer Einschätzung nach ein Nachweis sorgfältiger Mandatsführung den aufgrund der Honorarverzichtsofferte bestehenden Anschein fehlender Unabhängigkeit nicht auszuräumen vermag. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz der Begründungspflicht nicht nachgekommen ist.

Die Rüge, die Vorinstanz habe mit einer unzureichenden Begründung den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführer verletzt, geht deshalb ins Leere.

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 Aufsichts-massnahme tatsächlich voll wahrnehmen können (s. 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. _____ und die Beschwerdeführer ein eingreifendes Verwaltungsverfahren (Akten Vorinstanz, p. 1055535 102 f.). Den Beschwerdeführern wurde die Verfahrenseröffnung zwar erst mit Schreiben vom 9. Juli 2010 angezeigt (Beschwerdebeilagen 20 f.). Sie hatten indes Gelegenheit, 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 (vgl. Beschwerdebeilagen 30 f.) 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 (Vernehmlassung, S. 6).

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. hinten 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 [s. zu diesem Grundsatz auch hinten 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, dieses Praxis – unabhängig von der Rechtsnatur des Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu FELIX UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW [Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht] 2011, S. 437 ff., S. 441 ff., mit Hinweisen, sowie hinten E. 5.3) – sinngemäss auch dann anzuwenden, 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 (Beschwerdebeilagen 20 f.). 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 stehenden Berufsverbot wurde den Beschwerdeführern am 1. Juli 2011 auferlegt, so dass von einer Verfahrensdauer vor der Vorinstanz von rund ei-

nem 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.], Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 46a N 20, 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 konzidieren die Beschwerdeführer selbst, seit Mitteilung der Verfahrenseröffnung von der Vorinstanz "in hoher Kadenz mit Nachfragen beschäftigt" worden zu sein (Beschwerde, S. 19). Zwar war die Sache seit Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 14. Januar 2011, also während rund fünf-einhalb 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., Art. 46a N 35, 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.], a.a.O., 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 offen gelassen werden, da – wie aufgezeigt (vgl. hiervor E. 5.1 f.) – keine Rechtverzögerung 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 in 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 Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (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 B-6373/2010 vom 20. April 2011 E. 2.5.3; s. 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 B-6373/2010 vom 20. April 2011 E. 2.5.1 und E. 2.5.6.1).

6.2 Auch die Richtlinien zur Unabhängigkeit der Treuhand-Kammer 2007 (RzU 2007; Fassung vom 6. Dezember 2010 [mit hier nicht einschlägigen Änderungen im Vergleich zu der im Jahr 2009 in Kraft stehenden Fassung]), 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 in 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 äusserer 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, S. 439 ff., S. 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 in 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._____. Der diesbezüglich den Beschwerdeführern vorgehaltene Sachverhalt ist gestützt auf das soeben Ausgeführte wie folgt zu würdigen:

7.1 Der Beschwerdeführer 1 erklärte in einem in Kopie dem Beschwerdeführer 2 zugestellten E-Mail vom 18. Juni 2009 die Bereitschaft, "als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft [...] eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch [der D._____] 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" (Beschwerdebeilage 8).

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._____ 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 1 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- bzw. Prüfbericht abdecken soll und dafür eine marktübliche Entschädigung vorgesehen werden soll (vgl. Beschwerde, S. 23).

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 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 blosser Behauptung einer unvoreingenommenen Prüfung für sich allein dem mit einer Honorarverzichts-offerte 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._____ und der D._____ sowie kein entsprechendes Interesse an einem positiven Prüfungsergebnis gehabt (vgl. Beschwerde, S. 24 f.; Replik, S. 7). 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 Zusammenarbeit der E._____ und der D._____ 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 Beschwerdefüh-

ern 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._____ und bei ihrer Arbeitgeberin nicht Rechnung getragen.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Beschwerdeführer haben die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch der D._____ gemeinsam unterzeichnet. Zudem arbeiten sie nach eigenen Angaben "faktisch auf gleicher Ebene" zusammen (Beschwerde, S. 26). Vor diesem Hintergrund ist das E-Mail vom 18. Juni 2009 jedem der beiden Beschwerdeführer gleichermaßen zuzurechnen. Anders gesagt, verhielt sich auch der Beschwerdeführer 2 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 1 im Formular "Dienstleistungen anerkannter Prüfgesellschaften" als verantwortlicher Partner angegeben wurde (vgl. Beschwerdebeilage 10), noch die Tatsache, dass dieser innerhalb der Organisation seiner Arbeitgeberin in einer verantwortungsvolleren Position als der Beschwerdeführer 2 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 auszuüben 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: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, 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: PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL 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 PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG). Bei der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung ist insbesondere das Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG und PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], a.a.O., 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 aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gelten (PETER CH. HSU/RASHID BA-

HAR/DANIEL 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. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA 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.], a.a.O., Rz. 40 zu Art. 26 FINMAG und Rz. 5 zu Art. 24 FINMAG; s. 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 vorne 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 blossе "Adressierung" der Beschwerdeführer im Sinne von Grundsatz 6 Enforcement-Policy nicht genügt hätte.

9.

Die Beschwerdeführer vermögen den hier gezogenen Schluss, dass die Vorinstanz ihnen zu Recht ein je sechsmonatiges Berufsverbot auferlegte, auch mit ihren übrigen Vorbringen nicht umzustossen.

9.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe dadurch, dass sie die in Frage stehende Honorarverzichtsofferte als Verstoß gegen die Unabhängigkeitsvorschriften qualifiziert habe, ihre Praxis geändert. Sie rügen, diese Praxisänderung sei nicht ordnungsgemäss angekündigt worden (vgl. Beschwerde, S. 21). Indessen vermögen die Beschwerdeführer ihre Behauptung nicht näher zu belegen. So ergibt sich weder aus ihren Ausführungen noch aus den übrigen Akten, dass eine Praxis bestand, welche zur hiervor vorgenommenen Würdigung des streitigen Sachverhaltes in Widerspruch steht. Damit erweist sich das Vorbringen als rein appellatorische Kritik, die unsubstantiiert bleibt und den angefochtenen Entscheid nicht umzustossen vermag.

9.2 Die Beschwerdeführer sehen des Weiteren in der vorinstanzlichen Beurteilung eine unzulässige, rückwirkende Anwendung der FINMA-Mitteilung 12 (2010) vom 23. Juli 2010 (= Beschwerdebeilage 35). Danach verlangt die FINMA in Zukunft, "dass die im Bewilligungsverfahren tätige aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft nicht anschliessend an die Bewilligungserteilung das Folgemandat als ordentliche aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft übernimmt und ein solches auch nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Bewilligungserteilung ausübt" (S. 1 der Mitteilung; vgl. dazu Beschwerde, S. 18 f. und S. 21 f. sowie Replik, S. 3). Damit verkennen die Beschwerdeführer aber, dass die Frage der Hono-

rargestaltung nicht mit der Frage zusammenfällt, ob eine Identität der im Bewilligungsverfahren tätigen Prüfgesellschaft mit der für die nachfolgende laufende Aufsicht zuständigen Gesellschaft ausgeschlossen ist.

9.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer bestehen im Übrigen auch keine genügenden Anhaltspunkte für eine einseitig belastende Sachverhaltsfeststellung.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. Der angefochtene Entscheid ist vollumfänglich – also namentlich auch hinsichtlich der Nebenfolgen (vgl. Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides und Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FINMAG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. a, Art. 8 und Ziff. 8.1 des Anhangs der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 [FINMA-GebV, SR 956.122]) – zu bestätigen.

10.

Bei diesem Verfahrensausgang sind den unterliegenden Beschwerdeführern die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese werden gerichtlich gesamthaft auf je Fr. 3'000.- bestimmt (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und werden mit den beiden am 26. September 2011 geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 3'000.- verrechnet.

Eine Parteientschädigung wird den unterliegenden Beschwerdeführern nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Vorinstanzen erhalten grundsätzlich keine Parteientschädigung, selbst wenn sie obsiegen (Art. 7 Abs. 3 VGKE; vgl. MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Rz. 14 zu Art. 64).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von je 3'000.- werden den Beschwerdeführern auf-

erlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 3'000.- verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Frank Seethaler

Beat König

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Juni 2012