



Abteilung II
B-4095/2024

Urteil vom 18. November 2024

Besetzung

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

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. iur. Manuel Brandenburg,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen,
Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die X. _____ AG, (...) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt die Vermögensverwaltung und Anlageberatung für kollektive Kapitalanlagen und institutionelle und professionelle Kunden im In- und Ausland, sowie jede andere direkt oder indirekt damit verbundene Tätigkeit; die Beteiligung an anderen Unternehmen sowie der Erwerb, das Halten und Veräussern von Grundstücken.

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

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

B.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2024 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter seien die Kosten für die Untersuchungsbeauftragte auf maximal Fr. 40'000.–, und der Stundensatz auf maximal Fr. 200.– (je exkl. MwSt.) zu beschränken. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, es sei Ziffer 15 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei die von der Vorinstanz entzogene

aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorsorglich wiederherzustellen. Dies sei superprovisorisch zu verfügen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Vorinstanz.

C.

C.a Mit Zwischenverfügung vom 1. Juli 2024 hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde einstweilen abgewiesen und der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme angesetzt.

C.b Mit Schreiben vom 3. Juli 2024 wurden der Vorinstanz die Beschwerdebeilagen 4 bis 8 übermittelt.

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

D.

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

E.

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

F.

Mit Replik vom 5. September 2024 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und reicht weitere Beweismittel ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

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

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

2.

2.1 Zunächst rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die Vorinstanz es unterlassen habe, das Vorliegen «von gewichtigen Anzeichen» für eine mögliche Verletzung des Aufsichtsrechtes detailliert und nachvollziehbar darzulegen.

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

2.3 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz in ihrer Verfügung substantiiert dargelegt, aufgrund welchen Sachverhaltes sie zum Schluss gekommen ist, dass gewichtige Anzeichen für eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen der Finanzmarktgesetzgebung durch die Beschwerdeführerin vorliegen. Auch die Dichte der Belege zeugt davon, dass sich die Vorinstanz pflichtgemäss mit der Sache auseinandergesetzt hat. Die Begründung der angefochtenen Verfügung ermöglichte es der Beschwerdeführerin offensichtlich, über deren Tragweite Rechenschaft zu geben und sie in voller Kenntnis der Sache beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Die Rüge der Beschwerdeführerin geht fehl.

3.

3.1 Die FINMA übt die Aufsicht über den Finanzmarkt nach den Finanzmarktgesetzen, namentlich dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), und nach dem FINMAG aus (Art. 6 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 4 FINMAG). Der Finanzmarktaufsicht unterstehen die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen und die kollektiven Kapitalanlagen (Art. 3 FINMAG).

3.2 Zum Aufgabenbereich der FINMA gehört die zur Durchsetzung der in den Finanzmarktgesetzen enthaltenen aufsichtsrechtlichen Bewilligungspflichten und Verboten (Art. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Bei Hinweisen auf Verletzungen von Aufsichtsrecht hat sie die notwendigen Massnahmen zu treffen und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (Art. 31 FINMAG). Sie kann nach Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht, sondern es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Der durch die FINMA zu beseitigende Missstand liegt in diesem Verfahrensstadium in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (BGE 132 II 382 E. 4.2). Dabei ist sie an die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze gebunden und die finanzmarktrechtliche Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss wegen der damit einhergehenden Konsequenzen verhältnismässig sein (BGE 137 II 284 E. 4.2.1).

4.

4.1 Beim Organisationserfordernis einschliesslich Corporate Governance, Compliance und Risikomanagement handelt es sich um eine Bewilligungsvoraussetzung eines Finanzinstitutes (Art. 9 des Finanzinstitutsgesetzes vom 15. Juni 2018 [FINIG, SR 951.1]), worunter auch Verwalter von Kollektivvermögen fallen (Art. 2 Abs. 1 Bst. c FINIG). Konkretisiert wird das Organisationserfordernis für Verwalter von Kollektivvermögen in Art. 41 der Finanzinstitutsverordnung (FINIV, SR 954.11) sowie in Art. 8 ff. der Finanzinstitutsverordnung-FINMA (FINIV-FINMA, SR 954.111). Gemäss Art. 41 Abs. 1 FINIV müssen Verwalter von Kollektivvermögen über ein angemessenes ausgestattetes Risikomanagement und eine wirksame interne Kontrolle verfügen, die insbesondere die Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften gewährleistet (Compliance). Die wirksame interne Kontrolle darf sich nicht auf die nachträgliche Prüfung der Korrektheit erfolgter Abläufe beschränken, sondern muss proaktiv in diese eingebaut sein und deren Planung beziehungsweise Steuerung mitumfassen

(CHRISTOPH WINZELER, in: Basler Kommentar, Finanzinstitutsgesetz, 2023, Art. 9 N 17).

4.2 Personen, die kollektive Kapitalanlagen verwalten, aufbewahren oder vertreten, haben gemäss Art. 20 Abs. 1 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) folgende Pflichten zu erfüllen: Sie haben unabhängig zu handeln, ausschliesslich die Interessen der Anlegerinnen und Anleger zu wahren (Treuepflicht, Bst. a) und organisatorische Massnahmen zu treffen, die für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erforderlich sind (Sorgfaltspflicht, Bst. b). Der Umgang mit Interessenkonflikten wird in Art. 25 des Finanzdienstleistungsgesetzes vom 15. Juni 2018 (FIDLEG, SR 950.1) i.V.m. Art. 24 ff. der Finanzdienstleistungsverordnung vom 6. November 2019 (FIDLEV, SR 950.11) sowie in Art. 31 ff. der Kollektivanlagenverordnung vom 22. November 2006 (KKV, SR 951.311) geregelt. Art. 32b KKV hält fest, dass wirksame organisatorische und administrative Massnahmen zur Feststellung, Verhinderung, Beilegung und Überwachung von Interessenkonflikten getroffen werden müssen, um zu verhindern, dass diese den Interessen der Anlegerinnen und Anleger schaden. Lassen sich Interessenkonflikte nicht vermeiden, so sind diese den Anlegerinnen und Anleger gegenüber offenzulegen.

5.

5.1

5.1.1 Die Vorinstanz legt der Verfügung folgenden Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführerin sei für die Vermögensverwaltung beziehungsweise Anlageentscheide zweier Fonds zuständig – den X._____ (Vorsorgefonds, nachfolgend: XX.-Fonds) und den Teilfonds XY._____ (nachfolgend: XY.-Fonds). Die W._____ (Schweiz) AG übernehme die Rolle als Fondsleitung beziehungsweise Administratorin für den XX.-Fonds und agiere als Vertreterin für den XY.-Fonds. Die W._____ AG habe am 21. April 2023 den geprüften Jahresabschluss per 30. September 2022 zum XY.-Fonds mit rund zwei Monaten Verspätung eingereicht. Grund hierfür seien Bewertungsschwierigkeiten in Bezug auf sechs Obligationenpositionen gewesen, welche insgesamt über 37% des Fondsvermögens ausmachen würden. Aus dem geprüften Jahresbericht per 31. Dezember 2022 zum XY.-Fonds gehe hervor, dass dieser nahezu in die gleichen Obligationen wie der XY.-Fonds investiert war, wobei diese sechs Obligationen beim XX.-Fonds einen Anteil von über 48% des Fondsvermögens ausmachen würden. Dieselben sechs Wertschriften seien beim XX.-Fonds und beim

XY.-Fonds unterschiedlich bewertet worden. Aufgrund der Widersprüche habe die Vorinstanz Abklärungen und Vor-Ort-Kontrollen (Deep-Dives) durchgeführt. Laut dem Risikobericht der W._____ AG vom 30. Dezember 2022 betreffend den XX.-Fonds seien vier der besagten Anleihen als illiquid ausgewiesen worden, was 31.1% des Gesamtvermögens sowie 53% des Totals der Obligationen entsprach. Es würden klare Indizien für einen nicht zuverlässigen Kurs der Anlagen bestehen, weshalb diese zu einem Preis zu bewerten wären, der bei einem sorgfältigen Verkauf im Zeitpunkt der Schätzung wahrscheinlich erzielt würde. Fragen der W._____ AG zur Liquiditätsüberschreitung im Zusammenhang mit den als illiquid eingestuften Anleihen des XX.-Fonds seien nur pauschal beantwortet und Unterlagen nicht vollumfänglich eingereicht worden.

Aufgrund der gegenwärtigen Informationslage hätten sich Hinweise auf personelle, organisatorische und wirtschaftliche Verflechtungen zwischen der Beschwerdeführerin, der Y._____ AG sowie A._____ und seinem persönlichem Beziehungsnetz ergeben. Dies werfe Fragen in Bezug auf Interessenkonflikte auf. Auch die Organisation des Risikomanagements der Beschwerdeführerin erscheine als ungenügend, beschränke man sich darauf von der W._____ AG zusammengestellte Informationen zusammenzufassen, ohne sich eigenständig und kritisch mit den jeweiligen Risiken wie der Liquidität der Anleihen und deren Bewertung auseinanderzusetzen. Eine Initial und Ongoing Due Dilligence sei zwar vorgesehen und würden grundsätzlich stattfinden, allerdings beruhe die Beurteilung zur Werthaltigkeit der Anlagen ausschliesslich auf den subjektiven Aussagen von A._____. Es seien bislang keine quantitativen und nachvollziehbaren Finanzanalysen vorgenommen worden und gestützt auf die vorliegende Informationslage könne die Werthaltigkeit der Anleihen nicht beurteilt werden.

Der XY.-Fonds habe zwischen dem 30. Juni und 30. September 2023 mindestens 850 Anteile der Anleihe «V._____ GmbH» und 1000 Anteile der Anleihe «Q._____ GmbH» nach Angaben von A._____ «über den Markt» beziehungsweise «zum gängigen Marktpreis» verkauft. Im gleichen Zeitraum seien die Anteile der Anleihen von der Y._____ AG für ihre Vermögensverwaltungskunden mit der Anlagestrategie «Festverzinsung» «über den Markt» beziehungsweise «zum gängigen Marktpreis» erworben worden. Die von den durch die Beschwerdeführerin verwalteten Fonds und die im Rahmen der Vermögensverwaltungsmandate der Y._____ AG gehaltenen Positionen in den festverzinslichen Anlagen würden gemäss den eingereichten Unterlagen hohe Anteile an den Gesamtemissionen der

Anleihen aufweisen. Es bestehe der Verdacht, dass gewisse Transaktionen zwischen der Beschwerdeführerin und der Y._____AG wider besseres Wissen zum Nachteil der Vermögensverwaltungskunden der Y._____AG erfolgt seien.

Die Vorinstanz äussert damit den Verdacht, dass die Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben könnte, namentlich im Bereich Organisation des Risiko- und Liquiditätsmanagements sowie im Umgang mit Treuepflichten und Interessenkonflikten.

5.1.2 In ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2024 erklärt die Vorinstanz, der Sachverhalt habe sich seit Verfügungserlass gar verschärft. Am 14. Juni 2024 habe die luxemburgische Verwaltungsgesellschaft des XY.-Fonds alle Anteilhaber darüber informiert, dass die Berechnung des Anteilwerts aus Gründen des Anlegerschutzes bis auf Weiteres eingestellt wurde. Grund dafür sei unter anderem, dass die Bewertungsunsicherheit drei Anleihen betreffe, die circa 22% des Nettofondsvermögens repräsentierten und es bei einer Anleihe zu einem vollständigen Ausfall des Coupons im Juni 2024 gekommen sei. Ein neuer Coupon-Zahlungstermin sei nicht in Aussicht gestellt worden. Die Bewertungsunsicherheit sei hoch.

Die Fondsleitung und die Depotbank des XX.-Fonds hätten den Fondsvertrag mittlerweile fristlos gekündigt. Der Anlagefonds sei daher per 1. Juli 2024 in Liquidation gesetzt worden. Die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin sei angespannt. Zwischenzeitlich sei sogar die ständig einzuhaltenden Eigenmittelanforderungen unterschritten worden. Es sei fraglich, ob A._____ weiterhin die notwendige Liquidität bereitstellen könne. Daher sei auch die Werthaltigkeit der von der Rücknahmegarantie betroffenen Anleihen fraglich – mit entsprechenden Risiken für die Anlegenden.

5.2

5.2.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz. Es lägen keine Widersprüche vor, was die unterschiedliche Bewertung derselben sechs Wertschriften beim XY.-Fonds und beim XX.-Fonds anbelange. Die unterschiedliche Bewertung beruhe darauf, dass bei ersterer eine von A._____ persönlich gewährte Rücknahmegarantie zum Emissionspreis für die festverzinslichen Anleihen bestehe. Diese Rücknahmegarantie bestehe trotz A._____’s kurzfristigem Liquiditätsengpass und seinen gesundheitlichen Problemen weiterhin. Die notwendige Liquidität könne bereitgestellt werden. Grundsätzlich liege es in der

Verantwortung der jeweiligen Fondsleitung (W._____ AG), die Bewertung der Anlagen zum Verkehrswert des jeweiligen Fonds vorzunehmen. Der Beschwerdeführerin als Vermögensverwalterin könne daher kein Vorwurf gemacht werden. Auch die Werthaltigkeit der Anleihen müsse durch die Fondsleitung festgestellt und geprüft werden. Dies ergebe sich aus dem Prospekt mit integriertem Fondsvertrag vom 13. Juni 2022, welcher festhält, dass für das Liquiditätsmanagement des Fonds die Fondsleitung verantwortlich sei. Im Vermögensverwaltungs- respektive Fondsmanagementvertrag werde ausschliesslich die Anlageentscheidung an die Beschwerdeführerin delegiert, aber gerade nicht die Bewertung. Eine solche Delegation wäre gemäss AMAS-Vorschriften auch gar nicht zulässig. Die Darstellung der Vorinstanz, dass Fragen von der Beschwerdeführerin lediglich pauschal beantwortet worden seien, sei verkürzt und unvollständig. Es hätte zusätzlich unerwähnte E-Mails und Telefongespräche ohne weitere Rückfragen gegeben. Zudem seien gewisse, in der Verfügung aufgeführte Aussagen von A._____ aus dem Zusammenhang gerissen.

Die von der Vorinstanz erwähnte passive Anlageverletzung sei in gegenseitigem Einvernehmen mit der W._____ AG in einem Zeitraum von 15 Arbeitstagen durch den Verkauf von 50'000 Anteilen der Anleihe über den Markt Mitte Januar 2023 behoben worden. Weiterer Klärungsbedarf zu diesem Sachverhalt bestehe nicht.

In einer privatautonomen Marktwirtschaft seien Geschäftstätigkeiten im Rahmen des frei gewählten Beziehungsnetzes üblich. Dies werde von der Verfassung gewollt und geschützt (Wirtschaftsfreiheit). Die Vorinstanz verwende sachfremde und ungeeignete Argumente, um die angeblichen Interessenkonflikte zu begründen.

Zu den per 30. Juni und 30. September 2023 gehaltenen Positionen in den festverzinslichen Anlagen sei zunächst festzuhalten, dass die entsprechenden Positionen der Beschwerdeführerin in den von ihr verwalteten Fonds zusammen zwischen 3.3% und 17% betragen. Dies liege im Rahmen der Vorgaben von Art. 57 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 78 Abs. 1 KVV. Sodann seien im Dezember 2023 die Positionen der Anleihen V._____ GmbH und W._____ GmbH vollständig und bei den Anleihen Q._____ GmbH sowie J._____ GmbH teilweise abgebaut worden. Sämtliche dieser Reduktionen seien durch börslichen Verkauf erfolgt und von A._____ privat zu den in der NAV-Berechnung im Kaufzeitpunkt ausgewiesenen Kursen übernommen worden und nicht wie von der Vorinstanz vorgebracht zum Nachteil der Vermögensverwaltungskunden der Y._____ AG. Im ersten

Quartal 2024 sei sodann ein weiterer Verkauf der restlichen Anleihen der Q._____ GmbH über die Börse erfolgt.

Es ergebe sich, dass unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Subsidiarität auch unter Gewichtung des Anlegerschutzes keine genügenden Gründe für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten vorlägen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, Gründe dafür aufzuführen, weshalb weniger einschneidende Massnahmen, wie beispielsweise die Auskunfts- und Meldepflicht nach Art. 29 FINMAG, nicht ausreichen würden, um abzuklären, ob die Beschwerdeführerin ihre aufsichtsrechtlichen Pflichten verletzt hat.

5.2.2 Auch die Verschärfung des Sachverhaltes ist durch die Beschwerdeführerin bestritten. Die Kündigung des Fondsvertrages sei Folge der angefochtenen Verfügung und dürfe damit nicht deren Grundlage oder argumentative Stütze sein. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn die Folgen einer behördlichen Massnahme von der Behörde nachträglich zur Begründung dieser Massnahme verwendet würden. Weiter habe die Beschwerdeführerin eine Einzahlung über Fr. 560'000.– von ihrem Hauptaktionär A._____ in ihre Kapitalreserve erhalten. Ihre Eigenmittel seien damit für die nächsten Monate nachhaltig gestärkt. Entsprechend seien die Zweifel der Vorinstanz daran, ob A._____ die notwendige Liquidität bereitstellen könne, widerlegt.

5.3 Die Einwände der Beschwerdeführerin vermögen nicht zu überzeugen. Befindet eine Behörde über vorsorgliche Massnahmen, ist sie nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (Urteil des BGer 2C_149/2020 vom 23. Juli 2020 E. 3.1). Aus den Darlegungen der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin sowie aus den Akten ergeben sich für das Gericht hinreichend Anhaltspunkte dafür, dass der Sachverhalt vorliegend einer weiteren Abklärung durch eine Untersuchungsbeauftragte bedarf. Erst dann kann beurteilt werden, ob die Beschwerdeführerin und die Y._____ AG möglicherweise aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt haben beziehungsweise verletzen. So ist im vorliegenden Verfahren unklar, wie die Beschwerdeführerin organisiert ist. Insbesondere sind das Geschäftsmodell, die Anlageentscheidungsprozesse sowie das Risiko- und Liquiditätsmanagement zu ermitteln und zu überprüfen. Auch kann im jetzigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden, ob Interessenkonflikte vorliegen. Hierzu sind unter Berücksichtigung von personellen, organisatorischen und wirtschaftlichen Verflechtungen die

Geschäftsbeziehungen und Transaktionen zwischen der Beschwerdeführerin, der Y. _____ AG, A. _____ und weiteren natürlichen sowie juristischen Personen zu ermitteln. Zudem ist festzustellen, wie die Beschwerdeführerin ihre Initial und Ongoing Due Dilligence bei Investitionen in Obligationen ausgestaltet. Es ist ferner die Werthaltigkeit und die Bonität der vom XX.-Fonds gehaltenen Anlagen zu beurteilen. Angesichts dieses Abklärungsbedarfs und der von der Vorinstanz dargelegten Anhaltspunkte einer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (E. 5.1 f.) kann die Vorinstanz den Sachverhalt durch eine Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten klären lassen. Dabei steht es in ihrem Ermessen, mit der Untersuchung einen aussenstehenden Untersuchungsbeauftragten zu mandatieren und diese nicht selbst zu führen.

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

5.5 Zusammenfassend liegen damit hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Bestimmungen möglicherweise verletzt haben könnte, namentlich im Bereich Organisation des Risiko- und Liquiditätsmanagements sowie im Umgang mit

Treuepflichten und Interessenkonflikten. Ihre Einwände vermögen die von der Vorinstanz geäusserten Verdachtsmomente nicht auszuräumen. Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten zur Klärung des Sachverhaltes und die Anordnung der damit verbundenen Massnahmen (Art. 36 Abs. 2-4 FINMAG) sind daher nicht zu beanstanden.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin verlangt mit dem Eventualantrag, die Kosten für die Untersuchungsbeauftragten auf maximal Fr. 40'000.– und den Stundenansatz auf maximal Fr. 200.– zu beschränken. Sie hält dazu fest, die Stundenansätze seien zu hoch und unangemessen. Zudem bestehe keine gesetzliche Grundlage. Zwar bestimme Art. 36 Abs. 4 FINMAG pauschal, dass die Kosten der Untersuchungsbeauftragten die Beaufsichtigten zu tragen haben, eine detaillierte Regelung über deren Festsetzung fehle indessen. Bei der Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten handle es sich um keine sehr anspruchsvolle Tätigkeit, welche einen Stundensatz von mehr als Fr. 200.– rechtfertige. Mehr als Fr. 200.– pro Stunde erhalte im Kanton Bern auch kein amtlicher Anwalt oder amtliche Anwältin in teilweise äusserst komplexen Strafverfahren. In diesem Stundenansatz seien auch die erforderlichen Sekretariatsarbeiten eingeschlossen, wogegen diese Arbeiten gemäss angefochtener Verfügung mit Fr. 120.– pro Stunde entschädigt würden.

Es komme hinzu, dass die Vorinstanz nicht ansatzweise bestimmt habe, welche Arbeiten durch welche Funktionsträger auszuführen sind. Die Beschwerdeführerin könne somit nicht abschätzen und beurteilen, ob der Einsatz eines teuren Mitarbeiters notwendig oder der Einsatz einer Sekretariatsperson ausreiche. Genügend Anhaltspunkte für sehr hohe Kosten würden nach dem einstündigen Kick-Off-Meeting mit drei Personen seitens der Untersuchungsbeauftragten, welches Kosten in der Höhe von mehr als Fr. 2'000.– verursacht habe, bestehen. Die Festsetzung eines Kostendachs sei deshalb angezeigt, weil es notorisch sei, dass Untersuchungsbeauftragte regelmässig sehr hohe Honorarrechnungen stellen würden.

6.2 Die Vorinstanz hält fest, dass angesichts der Komplexität des zu untersuchenden Sachverhaltes nicht nachvollziehbar sei, wie die Beschwerdeführerin zum Schluss gelange, dass es sich um «keine sehr anspruchsvolle Tätigkeit» handle. Es sei offensichtlich, dass eine kantonale Verordnung über die Entschädigung von amtlichen Anwältinnen und Anwälten keine Anwendung auf Bundesverwaltungsverfahren finde. Vorliegend handle es sich um ein sehr anspruchsvolles Untersuchungsmandat, das namentlich Spezialkenntnisse im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen, aber auch in Bewertungsfragen voraussetze. Eine zusätzliche Komplexität entstehe durch die internationale Komponente des Sachverhaltes, insbesondere durch die involvierte ausländische kollektive Kapitalanlage. Die Vorinstanz habe ein Offertverfahren durchgeführt und sich gestützt auf die eingegangenen Offerten unter Berücksichtigung der Kosten für das aus ihrer Sicht beste Angebot entschieden. Die gewählte Untersuchungsbeauftragte verfüge über ein ideales Profil für den in Frage stehenden Untersuchungsauftrag. Diesem Profil würden die festgelegten Stundenansätze entsprechen.

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

6.3 Gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG tragen die Beaufsichtigten die Kosten der oder des Untersuchungsbeauftragten. Betreffen die Kosten mehrere Beaufsichtigte, werden sie diesen solidarisch auferlegt (BENEDIKT MAURENBRECHER/ANDRÉ TERLINDEN, in: Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2019, Art. 36 N 73). Diese Kostenregelung folgt dem Störer- beziehungsweise Verursacherprinzip (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Das Honorar der Beauftragten richtet sich nach den Anforderungen des Mandats. Die Aufsichtsbehörde unterstellt die Untersuchungsbeauftragten einer engen Kostenkontrolle, wozu auch die periodische Berichterstattung bezüglich der aufgelaufenen Kosten gehört (MAURENBRECHER/TERLINDEN, BSK FINMAG, a.a.O., Art. 36 N 76). Die Kosten müssen verhältnismässig sein. Die Untersuchungsbeauftragten sind verpflichtet, ihre Mandate wirtschaftlich

auszuüben (Urteil des BVGer B-7409/2016 vom 3. April 2018 E. 5.2.1; vgl. auch Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-Beauftragte vom 15. Februar 2023, Ziff. 3.5).

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

6.4 Die Beschwerdeführerin führt nicht aus, weshalb ein Kostendach oder ein beschränkter Stundenansatz angezeigt sein sollte. Angesichts der Komplexität des Sachverhaltes und der durchschnittlichen Kosten für einen Untersuchungsauftrag der Vorinstanz über die letzten Jahre ist ein Kostendach von Fr. 40'000.– nicht angemessen. Dasselbe gilt für einen maximalen Stundenansatz von Fr. 200.–. Den notwendigen Spezialkenntnissen im Bereich kollektiver Kapitalanlagen und in Bewertungsfragen wäre mit der Beschränkung des Stundenansatzes auf Fr. 200.– nicht Genüge getan. Daran vermag nichts zu ändern, dass für amtlich bestellte Anwälte und Anwältinnen im Kanton Bern ein maximaler Stundenansatz in dieser Höhe vorgesehen ist, findet diese Verordnung im vorliegenden Bundesverwaltungsverfahren doch keine Anwendung. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, die Teilnahme dreier Personen seitens der Untersuchungsbeauftragten am Kick-Off-Meeting und die damit zusammenhängend geltend gemachten Kosten. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sinnvoll ist, wenn seitens der Untersuchungsbeauftragten mehrere Personen an einem ersten Treffen teilnehmen. Dadurch wird beispielsweise sichergestellt, dass im Falle eines personellen Ausfalls – was aus diversen Gründen geschehen kann – das Mandat effizient weitergeführt werden kann. Die für das Kick-Off-Meeting entstandenen Kosten über Fr. 2'000.– sind verhältnismässig und daher nicht zu beanstanden. Da die Untersuchungsbeauftragte der Vorinstanz periodisch über die aufgelaufenen Kosten Bericht zu erstatten hat und diese einer engen Kostenkontrolle unterliegen, sind die Bedenken der Beschwerdeführerin dahingehend, dass eine Aufgabe durch eine überqualifizierte und damit eine Person mit einem zu hohen Stundenansatz wahrgenommen wird, entkräftigt. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

7.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht nimmt die angebotenen Beweismittel ab, wenn diese zur Klärung des relevanten Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Es kann im Rahmen seines Ermessensspielraums auf die Abnahme eines Beweises verzichten, wenn es aufgrund bereits erhobener Beweise den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und davon ausgehen kann, dass weitere Beweiserhebungen an seiner auf Basis der gegebenen Aktenlage gebildeten Überzeugung nichts ändern würden (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3, 136 I 229 E. 5.3 je m.H.). Weder Art. 33 Abs. 1 VwVG noch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 VwVG) gewährleisten einen Anspruch auf mündliche Anhörung einer Partei oder von Zeugen (vgl. BGE 130 II 425 E. 2.1, 122 II 464 E. 4). Die mündliche Anhörung von Zeugen gilt als subsidiäres Beweismittel, auf das ausnahmsweise zurückgegriffen werden muss, wenn es an geeigneteren Mitteln fehlt, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erstellen (Art. 14 Abs. 1 lit. c VwVG; vgl. Urteil des BGer 5A.15/2006 vom 15. Juni 2006 E. 2.1 m.w.H.).

7.2 Die Beschwerdeführerin stellt mehrere Beweisanträge, die im Hinblick auf die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten nicht tauglich sind oder nichts zu ändern vermöchten. Die Edition einer schriftlichen Übersicht über die Kosten der von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten für die Jahre 2020 bis 2024, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt, erübrigt sich. Diese Informationen können dem Jahresbericht der FINMA aus dem Jahr 2023 entnommen werden. Die Beschwerdeführerin beantragt, B._____, C._____ und A._____, allesamt Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder der Beschwerdeführerin, als Zeugen zu befragen. Von diesen Zeugenbefragungen sind keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten. Was den Editionsantrag betreffend die Akten des Offertverfahrens anbelangt, legt die Beschwerdeführerin nicht dar, welche Sachverhaltsfeststellungen sie mithilfe dieser Akten umzusetzen gedenkt und was sie damit zu belegen hofft. Die Beweisanträge sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

8.

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE), wobei sich dieser vorliegend nicht konkret beziffern lässt, und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

10.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Jil Gehmann

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 21. November 2024

Zustellung erfolgt an:

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