

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativo federal**



---

Abteilung I

Postfach  
CH-3000 Bern 14  
Telefon +41 (0)58 705 25 02  
Fax +41 (0)58 705 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. A-6743/2010**  
{T 0/2}

**Zwischenentscheid vom  
13. Dezember 2010**

---

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Alain Chablais,  
Gerichtsschreiber Alexander Mistic.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, ...,  
beide vertreten durch ...,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV,**  
Amtshilfe USA, Eigerstrasse 65, 3003 Bern,  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

Amtshilfe (DBA-USA),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Am 19. August 2009 schlossen die Schweizerische Eidgenossenschaft (Schweiz) und die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) in englischer Sprache ein Abkommen über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der USA (IRS) betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft (AS 2009 5669, Abkommen 09). Darin verpflichtete sich die Schweiz, anhand im Anhang festgelegter Kriterien und gestützt auf das geltende Abkommen vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.933.61, DBA-USA 96) ein Amtshilfegesuch der USA zu bearbeiten.

**B.**

Unter Berufung auf das Abkommen 09 richtete die amerikanische Steuerbehörde IRS am 31. August 2009 ein Ersuchen um Amtshilfe an die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV).

**C.**

Am 21. Januar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-7789/2009 (teilweise veröffentlicht in BVGE 2010/7) eine Beschwerde gegen eine Schlussverfügung der ESTV gut, welche einen Fall der in Ziff. 2 Bst. A/b beschriebenen Kategorie (nachfolgend: Kategorie 2/A/b) im Anhang des Abkommens 09 betraf. Dies geschah mit der Begründung, das Abkommen 09 sei eine Verständigungsvereinbarung und habe sich an das Stammabkommen (DBA-USA 96) zu halten, welches Amtshilfe nur bei Steuer- oder Abgabebetrag, nicht aber bei Steuerhinterziehung vorsehe.

Daraufhin schloss der Bundesrat nach weiteren Verhandlungen mit den USA am 31. März 2010 in englischer Sprache ein Protokoll zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, unterzeichnet in Washington am 19. August 2009 (Änderungsprotokoll Amtshilfeabkommen; am 7. April 2010 im ausserordentlichen Verfahren veröffentlicht, mittlerweile AS 2010

1459, nachfolgend: Protokoll 10). Gemäss Art. 3 Abs. 2 Protokoll 10 ist dieses ab Unterzeichnung und damit ab dem 31. März 2010 vorläufig anwendbar.

**D.**

Das oben genannte Abkommen 09 samt Protokoll 10 wurde von der Bundesversammlung mit Bundesbeschluss vom 17. Juni 2010 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls (AS 2010 2907) genehmigt und der Bundesrat wurde ermächtigt, die beiden Verträge zu ratifizieren (die konsolidierte Version des Abkommens 09 und des Protokolls 10 findet sich in SR 0.672.933.612 und wird nachfolgend als Staatsvertrag 10 bezeichnet; die Originaltexte sind in englischer Sprache). Der genannte Bundesbeschluss wurde nicht dem Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unterstellt.

**E.**

Mit Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 entschied das Bundesverwaltungsgericht vorfrageweise über die Gültigkeit des Staatsvertrags 10.

**F.**

Nachdem die UBS AG am 2. Dezember 2009 das Dossier von A.\_\_\_\_\_ der ESTV übermittelt hatte, gelangte letztere in ihrer Schlussverfügung vom 16. August 2010 (aus näher dargelegten Gründen) zum Ergebnis, es handle sich um einen Fall, für den gemäss dem Abkommen 09 in der revidierten und von der Bundesversammlung genehmigten Fassung Amtshilfe zu gewähren sei.

**G.**

Mit Eingabe vom 16. September 2010 liess A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer 1) zusammen mit B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin 2; zusammen: Beschwerdeführende) gegen die Schlussverfügung der ESTV vom 16. August 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und in materieller Hinsicht (neben weiteren Eventual- bzw. Subeventualbegehren) im Wesentlichen beantragten, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Amtshilfegesuchen abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne.

Darüber hinaus stellten die Beschwerdeführenden den Verfahrens-antrag, das vorliegende Verfahren sei zu sistieren, bis das Bundes-strafergericht bzw. das Bundesgericht rechtskräftig über die Schlussver-fügung der ESTV vom 16. August 2010 entschieden hätten; eventualiter sei über die Frage der Zuständigkeit ein Meinungsaus-tausch in (analoger) Anwendung von Art. 8 Abs. 2 des Bundes-gesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) mit dem Bundesstrafergericht zu pflegen und – im Fall der Bejahung der eigenen Zuständigkeit – eine selbständige Zwischenverfügung betreffend die Zuständigkeit zu erlassen.

#### **H.**

Mit Zwischenverfügung vom 23. September 2010 wies das Bundes-verwaltungsgericht sämtliche, vorstehend aufgeführten Verfahrens-anträge ab, teilte den Prozessbeteiligten die Zusammensetzung des Spruchkörpers für den Entscheid in der Sache mit und verlangte überdies einen Kostenvorschuss.

#### **I.**

Mit Entscheid vom 13. Oktober 2010 erkannte die II. Beschwerde-kammer des Bundesstrafergerichts, auf die bei ihr separat eingereichte (und ebenfalls gegen die Schlussverfügung der ESTV vom 16. August 2010 gerichtete) Beschwerde der Beschwerdeführenden vom 16. September 2010 sei nicht einzutreten.

#### **J.**

Am 25. Oktober 2010 beantragte der Rechtsvertreter der Be-schwerdeführenden innert der ihm erstreckten Frist den Ausstand des gesamten Spruchkörpers, bestehend aus den Richtern Michael Beusch, Pascal Mollard und Daniel Riedo sowie der Gerichtsschreiberin Susanne Raas (nachfolgend auch: Spruchkörper 1); eventualiter seien (zumindest) die beiden Richter Michael Beusch und Daniel Riedo sowie Gerichtsschreiberin Susanne Raas zu verpflichten in den Ausstand zu treten. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, die abgelehnten Richter seien befangen, da sie bereits im besagten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 mitgewirkt hätten; bei Richter Pascal Mollard sowie den anderen Richtern des Bundesverwaltungsgerichts bestehe die Gefahr der Voreingenommenheit aufgrund von (näher dargelegten) politischen und faktischen Hintergründen.

**K.**

Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2010 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang des vorerwähnten Ausstandsbegehrens und teilte den Verfahrensbeteiligten die Besetzung des Spruchkörpers für den diesbezüglichen Zwischenentscheid mit.

Auf entsprechende Aufforderung des für jenen Zwischenentscheid eingesetzten Instruktionsrichters hin, verneinten Richter Daniel Riedo, Richter Michael Beusch und Gerichtsschreiberin Susanne Raas, je mit Stellungnahmen vom 29. Oktober 2010, sowie Richter Pascal Mollard mit Stellungnahme vom 1. November 2010 das Bestehen eines Ausstandsgrundes und beantragten die Abweisung des Gesuchs.

**L.**

Mit Eingabe vom 19. November 2010 beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden – innert der ihm abermals erstreckten Frist – (erneut) den Ausstand des für den Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren betreffend den Spruchkörper 1 vorgesehenen Spruchkörpers, bestehend aus Richter Daniel de Vries Reilingh, Richterin Kathrin Dietrich, Richter Lorenz Kneubühler und Gerichtsschreiber Keita Mutombo (nachfolgend auch: Spruchkörper 2); es sei ein Verfahren gemäss Art. 38 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 37 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zur Bestimmung von ausserordentlichen nebenamtlichen Richtern und Richterinnen durchzuführen, welche die Ausstandsfrage und die Hauptsache beurteilen; eventualiter sei der Spruchkörper 2 zu verpflichten, für den Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren betreffend den Spruchkörper 1 in den Ausstand zu treten.

**M.**

Mit Verfügung vom 23. November 2010 (Postaufgabe 25. November 2010) bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang des (zweiten) Ausstandsbegehrens vom 19. November 2010; im Übrigen hielt es fest, dass über das weitere Vorgehen zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde.

Auf entsprechende Aufforderung des für den vorliegenden Zwischenentscheid neu eingesetzten Instruktionsrichters hin, verneinten (auch) Richter Daniel de Vries Reilingh und Gerichtsschreiber Keita Mutombo, je mit Stellungnahmen vom 25. November 2010, das Beste-

hen eines Ausstandsgrundes und beantragten die Abweisung des Gesuchs.

#### **N.**

Mit Schreiben vom 26. November 2010 wies der Vertreter der Beschwerdeführenden darauf hin, dass sowohl im Ausstandsbegehren vom 25. Oktober 2010 als auch in jenem vom 19. November 2010 ausdrücklich beantragt worden sei, es sei über die Ausstandsfrage eine selbständig zu eröffnende Zwischenverfügung zu erlassen.

Auf die weiteren Begründungen in den Gesuchseingaben der Beschwerdeführenden wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehört auch die Schlussverfügung der ESTV im Bereich der internationalen Amtshilfe (Art. 32 VGG e contrario und Art. 20k Abs. 1 Vo DBA-USA). Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über Ausstandsbegehren zuständig (vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1). Auf die beiden form- und fristgerecht eingereichten Ausstandsbegehren ist somit – mit der nachfolgend in E. 2 gemachten Einschränkung – einzutreten. Soweit das VGG nichts anderes bestimmt, richtet sich gemäss dessen Art. 37 das Verfahren nach dem VwVG.

Die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) gelten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss (Art. 38 VGG).

**1.2** Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter beziehungsweise eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Diese Bestimmung äussert sich nicht darüber, in welcher Besetzung

der Entscheid über ein Ausstandsbegehren zu ergehen hat. Die allgemeinen Bestimmungen zur Bildung der Spruchkörper in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sehen in der Regel die Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen vor (Art. 21 Abs. 1 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]). Beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren handelt es sich zwar um einen Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 92 Abs. 1 BGG). Da aber mit diesem Entscheid abschliessend über das Vorliegen von Ausstandsgründen befunden wird, erscheint es auch in diesen Fällen angebracht, den Spruchkörper gemäss den allgemeinen Bestimmungen zu bilden. Entsprechend ist auch über Ausstandsbegehren in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen zu entscheiden (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-3001/2010 vom 20. September 2010 E. 1.2 und A-6345/2010 vom 16. September 2010 E. 1.2).

**1.3** Über die Ausstandsfrage kann ohne Anhörung der Gegenpartei entschieden werden (Art. 37 Abs. 2 BGG). Vorliegend wird deshalb von einer vorgängigen Anhörung der Vorinstanz abgesehen.

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 34 Abs. 1 BGG haben Gerichtspersonen u.a. dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, in der gleichen Sache tätig waren (Bst. b) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter, befangen sein könnten (Bst. e). Es handelt sich beim letztgenannten Ausstandsgrund um einen Auffangtatbestand, der im Sinn der bisherigen Rechtsprechung (zum alten Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943 [OG, BS 3 521]) auszulegen ist (ANDREAS GÜNGERICH, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, N 5 f. zu Art. 34; Urteil des Bundesgerichts 2F\_2/2007 vom 25. April 2007 E. 3.2). Danach liegt eine Befangenheit vor, wenn Umstände dargetan sind, die bei objektiver Betrachtung geeignet erscheinen, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken (BGE 133 I 1 E. 5.2 und 6.2, 131 I 113 E. 3.4). Solche Hinweise können in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur

begründet liegen. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden der Parteien (BGE 131 I 24 E. 1.1 mit Hinweisen); das Misstrauen in die Unbefangenheit muss in objektiver Weise gerechtfertigt erscheinen. Der Richter braucht nicht tatsächlich befangen zu sein; es genügt, wenn hinreichende Anhaltspunkte hierfür sprechen (BGE 128 V 82 E. 2a, 124 I 121 E. 3a, je mit weiteren Hinweisen). Da die Ausstandsregelung in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter steht, muss sie eine Ausnahme bleiben, soll die Zuständigkeitsordnung nicht ausgehöhlt werden. Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters ist deshalb im Grundsatz zu vermuten (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3b); von der regelhaften Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_171/2007 und 2C\_283/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1 mit Hinweisen; vgl. auch Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6354/ 2010 vom 16. September 2010 E. 2 mit Hinweis).

**2.2** Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann unter Umständen ein Ausstandsgrund gegeben sein, wenn eine sog. Vorbefassung vorliegt, d.h. wenn sich der Richter oder die Richterin schon zu einem früheren Zeitpunkt mit der Angelegenheit befasst hat (BGE 126 I 68 E. 3c mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1P.2/2004 vom 18. Februar 2004). Das Verfahren über den Ausstand von Gerichtspersonen ist jedoch nicht dazu bestimmt, die Recht- oder Verfassungsmässigkeit eines früheren Urteils, an dem bestimmte Gerichtspersonen mitgewirkt haben, in Frage zu stellen. Eine den Ausstand begründende Voreingenommenheit ist diesfalls nur dann anzunehmen, wenn besonders krasse und wiederholte Irrtümer vorliegen, diese einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (BGE 125 I 119 E. 3e; vgl. statt vieler: Urteile des Bundesgerichts 1B\_164/2009 vom 31. August 2009 E. 2.1, 1B\_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010). Die Beteiligung an einem früheren Verfahren gemäss Art. 34 Abs. 2 BGG bildet für sich allein denn auch keinen Ausstandsgrund, sofern nicht ein Tatbestand von Art. 34 Abs. 1 Bst. a-e BGG erfüllt ist (GÜNGERICH, a.a.O., N 7 zu Art. 34; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-787/2008 vom 29. Februar 2008). Dementsprechend kann ein Ausstandsbegehren grundsätzlich nicht mit dem Ergebnis bzw. dem Inhalt bereits gefällter

Entscheidungen begründet werden (Urteile des Bundesgerichts 2E\_1/2008 vom 29. Mai 2008 E. 2.1.4, 2C\_253/2007 vom 26. Juni 2007 E. 2; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010, A-3001/2010 vom 20. September 2010 E. 4.1). Namentlich auch die Verbundenheit von Gerichtspersonen mit einem Kanton, ihre Zugehörigkeit zu einer Partei oder zu einer Kirche vermögen für sich allein keinen Ausstandsgrund zu bilden (Urteile des Bundesgerichts 2C\_466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.4.5, 2C\_71/2010 vom 22. September 2010, je mit Hinweisen).

### **3.**

**3.1** Im vorliegenden Fall verlangen die Beschwerdeführenden zum einen den Ausstand der Bundesverwaltungsrichter Michael Beusch, Daniel Riedo, Pascal Mollard sowie Gerichtsschreiberin Susanne Raas (Ausstandsbegehren vom 25. Oktober 2010); zum anderen seien die Bundesverwaltungsrichter Daniel de Vries Reilingh, Lorenz Kneubühler, die Bundesverwaltungsrichterin Kathrin Dietrich sowie Gerichtsschreiber Keita Mutombo zu verpflichten, für den Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren betreffend die erstgenannten Gerichtspersonen (Spruchkörper 1) in Ausstand zu treten (Ausstandsbegehren vom 19. November 2010). Mit Bezug auf die Bundesverwaltungsrichter Michael Beusch, Daniel Riedo, Daniel de Vries Reilingh, Lorenz Kneubühler sowie Gerichtsschreiberin Susanne Raas und Gerichtsschreiber Keita Mutombo machen die Beschwerdeführenden u.a. geltend, diese seien befangen, da sie entweder bereits im besagten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 oder in anderen "Parallelverfahren" (damit meinen die Beschwerdeführenden namentlich ergangene Sachentscheide, Abschreibungsentscheide, Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren, etc.) mitgewirkt hätten. Dabei hätten die besagten Gerichtspersonen ohne Anhörung der Beschwerdeführenden und offensichtlich ohne den mit der Abgrenzung der Rechts- von der Amtshilfe in Verbindung stehenden Fragekomplex zu sehen bereits mehrfach in "Parallelverfahren" die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bejaht. Damit bestehe objektiv die Gefahr, dass diese Gerichtspersonen die neuen Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht mehr unbefangen überprüfen, sondern möglichst ihren bisherigen, unkritischen Standpunkt zur Zuständigkeitsfrage beibehalten würden.

Zwar trifft es zu, dass der vorliegend für den Entscheid in der Sache vorgesehene, mit Gesuch vom 25. Oktober 2010 abgelehnte Spruch-

körper 1 – davon ausgenommen ist einzig Richter Pascal Mollard – am besagten Piloturteil beteiligt war. Gleichermassen zutreffend hat – mit Ausnahme von Richterin Kathrin Dietrich – auch der mit Gesuch vom 19. November 2010 abgelehnte Spruchkörper 2 bereits an verschiedenen "Parallelverfahren" (Sachentscheide [insb. auch Rückweisungen an die Vorinstanz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs], Abschreibungsentscheide und Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren) mitgewirkt. Das Verfahren über den Ausstand von Gerichtspersonen ist indes wie gesagt nicht dazu bestimmt, die Recht- oder Verfassungsmässigkeit eines früheren Urteils, an dem bestimmte Gerichtspersonen mitgewirkt haben, in Frage zu stellen (E. 2.2). Schon deshalb kann vorliegend nicht auf die Rüge eingegangen werden, die abgelehnten Gerichtspersonen hätten die Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bzw. bereits jene der Zulässigkeit des Amtshilfegesuchs unkritisch und im Ergebnis falsch beurteilt. An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass sich die II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für die Beurteilung der von den Beschwerdeführenden bei ihr eingereichten Beschwerde vom 16. September 2010 mit Entscheid vom 13. Oktober 2010 als "eindeutig nicht zuständig" erachtet hat und demzufolge auf die Beschwerde nicht eingetreten ist (unveröffentlichter Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 13. Oktober 2010 [RR.2010.211+212], nicht rechtskräftig; vgl. oben Bst. I). Soweit die hier zu beurteilenden Ausstandsbegehren ausschliesslich mit der Mitwirkung der abgelehnten Gerichtspersonen namentlich am besagten Piloturteil oder an bestimmten "Parallelverfahren" begründet werden, sind sie als untauglich und mithin unzulässig zu qualifizieren, und die vom Begehren betroffenen Gerichtspersonen dürfen an der Feststellung von deren Unzulässigkeit mitwirken (Urteil des Bundesgerichts 2C\_253/2007 vom 26. Juni 2007 E. 2 mit Hinweisen insb. auf BGE 114 Ia 278 E. 1, 105 Ib 301 E. 1c; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 6B\_463/2009 vom 20. Juli 2009 E. 2.3.3). Auf die Ausstandsbegehren ist insoweit nicht einzutreten.

**3.2** Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, bei Bundesverwaltungsrichter Pascal Mollard wie auch bei allen anderen Richtern des Bundesverwaltungsgerichts bestehe die Gefahr der Voreingenommenheit insbesondere aufgrund des politischen Drucks, der faktischen Bindung an den Pilotentscheid sowie aufgrund öffentlicher Äusserungen des Bundesverwaltungsgerichtspräsidenten Christoph Bandli. Namentlich mit Bezug auf die Äusserungen des (zurzeit

amtierenden) Gerichtspräsidenten bringen sie vor, dieser habe öffentlich der Presse gegenüber erklärt, dass zwar nicht der Bundesrat, hingegen aber das Parlament die Kompetenz habe, das UBS-Abkommen abzuschliessen. Nach diesem öffentlichen und vom Parlament umgesetzten Ratschlag werde nun allerdings kein Bundesverwaltungsrichter seinem Präsidenten in den Rücken fallen wollen und die Rügen der Beschwerdeführenden unbefangen prüfen.

Trotz und gerade aufgrund der zahlreichen und mannigfaltigen Einflüsse (wie gesellschaftliche Sitten, Gewohnheiten, Werturteile, die öffentliche Meinung oder bestimmte politische Ereignisse), die auf die Unabhängigkeit des richterlichen Urteils einwirken und die Freiheit des Richters beeinträchtigen können, kann und muss von diesem erwartet werden, dass er seine Unvoreingenommenheit wahr (BGE 104 Ia 272 E. 3a). Dies ergibt sich direkt aus der verfassungsmässigen Umschreibung der richterlichen Unabhängigkeit, in dem in Art. 191c BV festgehalten wird, dass die richterlichen Behörden in ihrer rechtspredhenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet sind. Schon deshalb vermag nicht jeder beliebige Einfluss der vorgenannten Art, dem der Richter im täglichen Leben ausgesetzt ist, eine Befangenheit zu begründen, welche ihn unfähig macht, in einer Streitsache als Richter zu amten. Wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.1), muss das Misstrauen in den Richter zudem in objektiver Weise als begründet erscheinen (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C\_466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.4.2 mit Hinweisen). In Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung bildet sodann die Zugehörigkeit der Richter an eine Gerichtsbehörde wie namentlich dem Bundesverwaltungsgericht, verbunden mit irgendwelchen öffentlichen Äusserungen von deren Präsidenten, für sich allein keinen Ausstandsgrund. Zu beurteilen wäre ohnehin nur, ob die Gefahr der Befangenheit bezüglich der mit der Beurteilung des vorliegenden Falles betrauten Gerichtsperson besteht. Ob allenfalls andere Mitglieder des Gerichts (einschliesslich dessen Präsident) sich in einer Weise geäussert haben, welche Anlass zur Annahme einer vorgefassten Meinung geben könnte, ist daher grundsätzlich ebenso irrelevant, wie es die Äusserungen von Politikern für die dessen Partei angehörenden Richter sind. Anders wäre die Situation allenfalls dann zu beurteilen, wenn eine Richterin oder ein Richter selber in einer Weise aktiv geworden oder sich geäussert hätte, die ein berechtigtes Misstrauen in ihre bzw. seine Unvoreingenommenheit erwecken könnte (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C\_466/2010 vom

25. Oktober 2010 E. 2.4.4 mit Hinweisen). Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführenden vermögen daher den Ausstand von vornherein nicht zu begründen, weshalb (auch) hierzu kein Ausstandsverfahren nach Art. 37 BGG durchgeführt zu werden braucht. Vielmehr ist auf das gestellte Ausstandsbegehren, soweit dieses sich neben Richter Pascal Mollard auch global auf "alle Richter des Bundesverwaltungsgerichts" und damit auch auf die am vorliegenden Zwischenentscheid mitwirkenden Richterinnen und Richter bezieht, nicht einzutreten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_71/2010 vom 22. September 2010 E. 2.2 mit Hinweisen).

**3.3** Zusammenfassend vermag weder die Mitwirkung der abgelehnten Gerichtspersonen namentlich am besagten Piloturteil oder an bestimmten "Parallelverfahren" noch die Zugehörigkeit der Richter an eine Gerichtsbehörde wie namentlich dem Bundesverwaltungsgericht, verbunden mit irgendwelchen öffentlichen Äusserungen deren Präsidenten, für sich allein einen Ausstandsgrund zu begründen. Auf die gestellten Ausstandsbegehren ist insoweit nicht einzutreten.

Da namentlich gegen den Spruchkörper 2 (Richter Lorenz Kneubühler, Richterin Kathrin Dietrich und Richter Alain Chablais) – wie gesehen (E. 3.1 und 3.2) – nur pauschale bzw. untaugliche und damit im Ergebnis unzulässige Ausstandsgründe geltend gemacht wurden, durfte dieser Spruchkörper 2 nicht nur an der Feststellung von deren Unzulässigkeit mitwirken (E. 3.1 in fine), sondern ist im Folgenden (E. 4) auch zur Beurteilung der geltend gemachten spezifischen Ausstandsgründe gegen den Spruchkörper 1 legitimiert.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführenden begründen ihre beiden Ausstandsbegehren im Übrigen wie folgt:

Neben der Mitwirkung der abgelehnten Gerichtspersonen am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 sei zu beachten, dass der vorliegende Sachverhalt mit demjenigen im besagten Pilotentscheid in den allermeisten entscheidrelevanten Punkten identisch sei. Auch die Rechtsfragen, die sich in den beiden Prozessen stellten, seien grundsätzlich identisch. Damit habe das Bundesverwaltungsgericht im Pilotentscheid theoretisch sämtliche relevanten Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der angefochtenen Schlussverfügung stellten, bereits geprüft und jene Schlussverfügung als rechtmässig eingestuft. Es sei deshalb von vornherein nicht zu

erwarten, dass diejenigen Mitglieder des Spruchkörpers 1, die bereits am Pilotentscheid mitgewirkt hätten, sich in Widerspruch zu ihrem damaligen Entscheid setzen und diejenigen Rügen und Begründungen, die zusätzlich zu denjenigen der Beschwerde im Pilotentscheid vorgebracht würden, ernsthaft prüfen und möglicherweise als berechtigt beurteilen würden. Insofern erscheine das vorliegende Verfahren aufgrund der Vorbefassung der abgelehnten Richter bzw. Gerichtsschreiberin nicht mehr offen; die Mitglieder des Spruchkörpers 1 hätten infolge ihrer Teilnahme am Pilotentscheid keinen Entscheidungsspielraum mehr, ohne sich zu ihrer früheren Haltung in Widerspruch zu setzen und unter grosser öffentlicher Beachtung eine Fehlbeurteilung eingestehen zu müssen. Es sei daher nicht zu erwarten, dass sie die neu von den Beschwerdeführenden aufgeworfenen Rechtsfragen unbefangen prüfen würden. Hinzu komme, dass im Schrifttum in der Zwischenzeit berechtigte Kritik am Pilotentscheid ergangen sei, insbesondere in Bezug auf die vorliegend ebenfalls massgebende Frage der fiktiven Kapitalgewinne, die effektiv gar keine gewesen seien. Die fundierte Kritik der betreffenden Autoren verlange eine neue Auseinandersetzung mit der absolut entscheidungsrelevanten Kapitalgewinnfrage durch ein unvoreingenommenes Gremium. Im Übrigen weisen die Beschwerdeführenden darauf hin, das Bundesverwaltungsgericht habe, um dem zeitlichen Druck der Politik nachkommen zu können, gemäss Aussage von dessen Präsidenten mit Pilotfällen nach Kategorien gearbeitet. Die Tatsache, dass ein Fall zum Pilotentscheid deklariert worden sei, zeige, dass er als Präjudiz für die übrigen Verfahren diene. Der Pilotfall gebe den Rahmen für vergleichbare Fälle vor. Die Offenheit des einzelnen Verfahrens sei auch darum nicht mehr gewährleistet.

**4.2** Der Umstand, dass sich das Bundesverwaltungsgericht zur Bewältigung der bekanntlich zahlreichen Amtshilfeverfahren auf einzelne Piloturteile stützt, ist nicht zu beanstanden; dies namentlich auch angesichts der mittels Staatsvertrag 10 eigens vorgesehenen Unterteilung der amtshilfefähigen Fälle in bestimmte Kategorien (2Aa, 2Ab, 2Ba, 2Bb) und der damit verbundenen Vielzahl grundsätzlich, d.h. mit Blick auf die im Anhang zum Staatsvertrag 10 beschriebenen vier Konstellationen gleich gelagerter Fälle. Die behaupteten inhaltlichen Fehler oder Verfassungswidrigkeiten des ergangenen Pilotentscheids vermögen für sich allein gesehen ohnehin keinen Ausstandsgrund darzustellen (vgl. E. 2.2 und E. 3.1). Vielmehr handelt es sich dabei offensichtlich um appellatorische Kritik am genannten Urteil, worauf im

vorliegenden Rahmen – gleich wie auf die von den Beschwerdeführenden geltend gemachte, gegen das Urteil ergangene Kritik in der Lehre – nicht einzugehen ist. Die Beschwerdeführenden vermögen damit nicht aufzuzeigen, inwiefern die einzelnen am besagten Piloturteil mitwirkenden Personen sich in einer Art festgelegt haben sollen, dass sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage – insbesondere bezüglich neuer Vorbringen seitens der Beschwerdeführenden – nicht mehr zugänglich sein sollten. Zwar trifft es zu, dass aus Gründen der Rechtssicherheit (auch) das Bundesverwaltungsgericht den in früheren Entscheidungen eingenommenen Standpunkt innerhalb bestimmter Grenzen grundsätzlich übernimmt und eine Änderung der Praxis regelmässig nur als begründet erachtet, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnisses oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht. Dies bedeutet – nach den Worten des Bundesgerichts – aber einerseits, dass auch für einen anders zusammengesetzten Spruchkörper eine solche beschränkte Befolgungspflicht bestünde, andererseits, dass es sowohl für einen anders zusammengesetzten Spruchkörper wie auch für den damaligen durchaus möglich wäre, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen die Rechtslage in einem neuen Fall anders zu beurteilen (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C\_466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.3.2). Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, inwieweit den betreffenden Richtern bzw. der Gerichtsschreiberin besonders schwere und wiederholte Fehler im Verfahren oder bei der rechtlichen Beurteilung im Sinn einer schwerwiegenden Pflichtverletzung vorzuwerfen wären, die auf eine fehlende Distanz oder Neutralität schliessen lassen würden (E. 2.2). Insoweit ist dem Anspruch auf ein faires Verfahren ohne weiteres Genüge getan worden. Unter diesen Umständen kann – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden – auch nicht von einer Vorbefassung gesprochen werden, selbst wenn sich dieselben Rechtsfragen erneut stellen sollten. Vielmehr ist es als Prozessrisiko der Beschwerdeführenden zu qualifizieren, wenn sie trotz des rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 den Beschwerdeweg beschreiten und unter Umständen dieselben Rügen vorbringen. Jedenfalls ist darin keine den Ausstand begründende Voreingenommenheit der abgelehnten Richter bzw. Gerichtsschreiberin zu sehen (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010). In Bezug auf neu aufgeworfene Rechtsfragen sind sodann von vornherein keine Widersprüche zum

ergangenen Piloturteil zu erwarten. Nach dem Gesagten ist eine Befangenheit im Sinn von Art. 34 Abs. 1 Bst. a-e BGG nicht ersichtlich.

**4.3** Damit bleibt festzuhalten, dass auch mit Bezug auf das zu fällende Urteil in der Streitsache keine Gründe für einen Ausstand von Richter Michael Beusch, Richter Pascal Mollard, Richter Daniel Riedo und Gerichtsschreiberin Susanne Raas vorliegen. Insofern sind die beiden Ausstandsbegehren der Beschwerdeführenden abzuweisen, soweit auf diese überhaupt eingetreten werden kann.

**5.**

Die Kosten für diesen Zwischenentscheid bleiben bei der Hauptsache.

**6.**

Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. h BGG).

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Ausstandsbegehren vom 25. Oktober 2010 und vom 19. November 2010 werden abgewiesen, soweit auf diese eingetreten wird.

**2.**

Die Kosten dieses Zwischenentscheids bleiben bei der Hauptsache.

**3.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Einschreiben; Beilage: Schreiben der Beschwerdeführenden vom 26. November 2010)

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Lorenz Kneubühler

Alexander Misic

Versand: