



Urteil vom 23. Februar 2015

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser,
Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

1. **A.**_____,

2. **B.**_____**AG**,
handelnd durch den Beschwerdeführer 1,
Beschwerdeführende,

Gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren B-6734/2014.

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügungen vom 9. Oktober (superprovisorisch, d.h. ohne vorherige Anhörung) und vom 19. November 2014 ordnete die Vorinstanz gestützt auf Art. 1, 5, 6, 29, 31 und 36 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0), Art. 3a Abs. 2, 3 und 4 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (aBankV, AS 1972 821) sowie Art. 110 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 Bst. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG, SR 951.31) gegen die Beschwerdeführerin und heutige Gesuchstellerin 2 verschiedene vorsorgliche Massnahmen an, darunter die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten und die Sperrung sämtlicher Bankkonten. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, es bestehe begründeter Anlass zur Annahme, dass die Beschwerdeführerin und heutige Gesuchstellerin 2 gegen die genannten Finanzmarkterlasse verstossen haben könnten, weshalb ein Untersuchungsverfahren einzuleiten und die erforderlichen sichernden Massnahmen zu treffen seien.

B.

Mit Beschwerdeeingaben vom 18. und 20. November 2014 wandte sich der Beschwerdeführer und Gesuchsteller 1, handelnd für sich sowie für die Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin 2, an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte im Wesentlichen die sofortige Aufhebung der von der Vorinstanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen sowie die Zuerkennung der von der Vorinstanz ebenfalls vorsorglich entzogenen aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, die streitbezogenen Finanzdienstleistungen seien offensichtlich nicht unterstellungspflichtig, weshalb kein Anlass für eine Untersuchung und die damit verbundenen Zwangsmassnahmen bestehe. Letztere erwiesen sich im Übrigen als klar unverhältnismässig.

C.

Mit einzelrichterlicher Zwischenverfügung vom 27. November 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um sofortige Aufhebung der von der Vorinstanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen sowie um sofortige Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ab und lud die Vo-

rinstanz zu einer Stellungnahme ein. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer und Gesuchsteller 1 ersucht, sich im Ausdruck zu mässigen und auf die Pflicht zur Verfahrensdisziplin im Sinne von Art. 60 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) hingewiesen.

D.

Nach Eingang neuer Eingaben des Beschwerdeführers und Gesuchstellers 1 wies das Bundesverwaltungsgericht mit einzelrichterlichen Verfügungen vom 15. und 18. Dezember 2014 die weiteren Gesuche der Beschwerdeführenden um Erlass superprovisorischer Massnahmen sowie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Sodann wurden die Beschwerdeführenden ersucht, bis zum 7. Januar 2015 drei näher genannte Eingaben in verbesserter Form, d.h. mit einer angemessenen Wortwahl, einzureichen.

E.

Mit Eingabe vom 6. Januar 2015 reichte der Beschwerdeführer und Gesuchsteller 1 für sich sowie für die Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin 2 ein gegen den Instruktionsrichter des bisherigen Beschwerdeverfahrens gerichtetes Ausstandsbegehren ein. Er stellt den Antrag auf Aufhebung der vom abgelehnten Instruktionsrichter unterzeichneten Zwischenverfügungen vom 15. und 18. Dezember 2014. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, verschiedene Vorgehensweisen und Einschätzungen der Vorinstanz im streitbezogenen Untersuchungsverfahren, welche der Instruktionsrichter im anschliessenden Beschwerdeverfahren mit den Zwischenverfügungen vom 15. und 18. Dezember 2014 geschützt habe, hätten sich als offensichtlich gesetzes- und verfassungswidrig erwiesen und würden zudem auf mangelhafte Kenntnisse der finanzmarktrechtlichen Verhältnisse hindeuten, so insbesondere die Unterstellung der fehlenden Werthaltigkeit der streitbezogenen Wertpapiere. Zudem seien die genannten Zwischenentscheide insofern in ungesetzlicher Weise ergangen, als sie einzelrichterlich und nicht in der (zumindest) gebotenen Dreierbesetzung gefällt worden seien. Im Zwischenentscheid vom 18. Dezember 2014 würden den Beschwerdeführenden zudem in völlig ungerechtfertigter Weise deliktische Handlungen unterstellt. Insgesamt erscheine der genannte Instruktionsrichter wegen einer persönlichen Feindschaft bzw. wegen persönlicher Interessen in der Sache als befangen und habe in den Ausstand zu treten.

F.

Mit Eingabe vom 26. Januar 2015 erklärt Richter C. _____, er erachte

sich nicht als in der Sache befangen, weshalb er Abweisung des gegen ihn gerichteten Ausstandsbegehrens beantrage. Seine Stellungnahme wurde den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts beziehungsweise des Instruktionsrichters zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder anderer vorsorglicher Massnahmen im Bereich der Finanzmarktaufsicht ergibt sich aus Art. 31 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 172.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. e VGG und Art. 54 FINMAG sowie Art. 5 und Art. 55 f. VwVG (vgl. statt vieler: Zwischenverfügung des BVGer B-2204/2011 vom 27. April 2011 i.S. Bank am Bellevue E. 3.1 mit Hinweis auf BVGE 2008/23 E. 3.3 und dortige Hinweise). An diese Zuständigkeit knüpft sich grundsätzlich auch das Verfahren zur Beurteilung eines Ausstandsbegehrens (vgl. nachfolgend E. 1.2).

1.2 Mit Bezug auf den Ausstand verweist Art. 38 VGG auf die sinngemässe Geltung der Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110). Will eine Partei den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen, so hat sie dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die einen Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Die betroffene Gerichtsperson hat sich über die vorgebrachten Ausstandsgründe zu äussern (Art. 36 Abs. 1 und 2 BGG). Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Der Entscheid im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ergeht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern beziehungsweise Richterinnen (Art. 21 VGG; vgl. BVGE 2007/4; Urteil des BVGer E-2419/2014 vom 21. Mai 2014 E. 1 – 1.3 sowie Zwischenentscheid des BVGer A-4978/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 1.2 m.w.H.).

1.3 Mit Eingabe vom 6. Januar 2015 haben die Beschwerdeführenden im Verfahren B-6734/2014, in welchem ihnen Parteistellung zukommt, und unter Bezugnahme auf die kurz zuvor ergangenen Zwischenverfügungen vom 15. und 18. Dezember 2014, gegen Richter C._____ ein Ausstandsbegehren gestellt. Mit Eingabe vom 26. Januar 2015 an die Abteilung hat Richter C._____ indessen das Bestehen eines Ausstandsgrunds explizit

bestritten. Damit sind die genannten Voraussetzungen zur Beurteilung dieses Ausstandsbegehrens erfüllt und es ist auf dieses einzutreten.

2.

2.1 Art. 34 BGG nennt die Ausstandsgründe. Die Ausstandsregelung von Art. 34 BGG, welche die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) konkretisiert (vgl. ANDREAS GÜNGERICH, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, zu Art. 34 Rz. 2), gewährleistet die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Urteil des BVGer A-6806/2009 vom 10. Februar 2010 E. 5.2). Ein Ausstandsgrund liegt vor, wenn die Gerichtsperson ein persönliches Interesse an der Sache hat (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG), in einer anderen Stellung damit bereits einmal befasst war (Bst. b), oder enge partnerschaftliche (Bst. c) bzw. familiäre (Bst. d) Bande zu einer Partei, deren Vertretung oder einer Person aufweist, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war. Sodann hat in den Ausstand zu treten, wer aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung befangen sein könnte (Bst. e; vgl. hierzu und zum Folgenden statt vieler: Urteil des BVGer A-2342/2014 vom 6. Juni 2014 E. 2.2 m.w.H.; ISABELLE HÄNER, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rz 8 und 16 zu Art. 34 BGG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz 3.58 ff., insb. Rz. 3.61, 3.67 und 3.69). Zur Bejahung der vom Gesetz umschriebenen besonderen Feindschaft oder Freundschaft müssen erhebliche Umstände geltend gemacht werden können; blosser Antipathie oder Kollegialität genügen nicht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.67, mit weiteren Hinweisen). Sodann stellt die Mitwirkung in einem früheren Verfahren für sich allein keinen Ausstandsgrund dar (Art. 34 Abs. 2 BGG). Die persönliche Unbefangenheit eines Richters oder einer Richterin ist deshalb im Grundsatz zu vermuten und von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (A-6806/2009 E. 5.2 m.w.H.). Unter Vorbefassung versteht man den Umstand, dass sich dieselbe Amtsperson in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei eine ähnliche

Frage zu beantworten hatte. Dadurch könnte bei den Verfahrensbeteiligten eine gewisse Besorgnis entstehen, dass diese Amtsperson sich schon vor dem dafür vorgesehenen Verfahrensabschnitt eine Meinung über den Verfahrensausgang gebildet hat, dass sie ihre Erwartungen in ihre Fragen projiziere, die Antworten auf diese Fragen im Sinne ihrer Erwartungen interpretiere und vor allem Fragen nicht sehe, die eine unbefangene Person erkennen und stellen würde. Eine frühere Beteiligung stellt aber für sich allein noch keinen Befangenheitsgrund dar. Das Treffen eines Zwischenentscheidungs in der gleichen Sache stellt noch keine Vorbefassung dar. Für die Annahme der Voreingenommenheit müssen vielmehr weitere Gründe und konkrete Anhaltspunkte hinzukommen, z.B. dass sich der Richter bereits in einer Art festgelegt hat, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich ist und der Verfahrensausgang deshalb nicht mehr offen erscheint (vgl. STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG [nachfolgend: Praxiskommentar], 2009, Art. 10 N. 71, 82 S. 204, 205 f.). Art. 59 VwVG hat dagegen die Ausstandspflicht im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren zum Gegenstand. Ein solches findet indessen nur noch in spezialgesetzlich vorgesehenen Fällen und Rechtsgebieten statt; im Übrigen ist es im Zuge der Totalrevision der Bundesrechtspflege weitgehend weggefallen. Verfügungen von Bundesbehörden unterliegen heute im Normalfall direkt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Nach Art. 59 VwVG hat die Zugehörigkeit zur vorinstanzlichen Verwaltungseinheit die Ausstandspflicht im Rechtsmittelverfahren zur Folge. Personen im Dienste der Vorinstanz haben damit in den Ausstand zu treten, und zwar unabhängig davon, ob sie sich persönlich bereits mit dem angefochtenen Entscheid befasst haben und damit vorbefasst im engeren Sinne sind oder nicht (DIESELBEN, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 59 N. 3 und 8 S. 1176 f.).

2.2 Die Tatsachen, die den Ausstandsgrund bewirken, müssen von der Partei, die sich darauf berufen will, zumindest glaubhaft gemacht werden (Art. 36 Abs. 1 BGG). Bloss allgemeine Vorwürfe der Befangenheit, wie andere Ansichten in Grundsatzfragen oder der Umstand, dass die herrschende Praxis der Behörde zu einer bestimmten Frage von der Auffassung der Parteien abweicht, sind keine konkreten Anhaltspunkte für eine Befangenheit (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.69).

2.3 Wird der Ausstandsgrund bejaht, sind die Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, aufzuheben, sofern dies eine Partei innert fünf Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrunds verlangt (Art. 38 Abs. 1 BGG).

3.

3.1 Die Beschwerdeführenden rufen explizit die Ausstandsgründe des persönlichen Interesses und der besonderen Feindschaft an (Art. 34 Abs. 1 Bst. a und e BGG). In ihrer Begründung zweifeln sie die Sachkenntnis einerseits der Vorinstanz an, welche im finanzmarktrechtlichen Untersuchungsverfahren gegen sie offensichtlich unrichtige vorsorgliche Massnahmen verfügt habe, sowie andererseits von Richter C._____, welcher diese Massnahmen mit den beanstandeten Zwischenverfügungen vom 15. und 18. Dezember 2014 geschützt habe. Indessen verhält es sich so, dass gemäss konstanter Behörden- und Gerichtspraxis im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts bei Vorliegen gewisser Verdachtsmomente die Pflicht zur Einleitung einer Untersuchung und zur Sicherung der öffentlichen und privaten Interessen mittels vorsorglicher und einstweiliger Massnahmen besteht (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-2204/2011 vom 27. April 2011 i.S. Bank am Bellevue, a.a.O., m.w.H.). Bereits die Vorinstanz hat sich hierzu in ihren entsprechenden Verfügungen einlässlich geäußert (vgl. ihre Verfügung vom 9. Oktober 2014, Rz 15 ff.). Insofern folgten Vorinstanz und Instruktionsrichter mit ihren Verfügungen einer konstanten Praxis. Dass die Beschwerdeführenden die Begründetheit der getroffenen Massnahmen anders beurteilen und eine andere Auffassung als die genannten Behörden vertreten, mag aus ihrer Sicht verständlich erscheinen. Indessen kann hierin, wie in Erwägung 2.2 hiavor dargelegt, weder ein persönliches Interesse noch eine besondere Feindschaft der mit der Sache befassten Gerichtsperson und somit auch kein Ausstandsgrund im Sinne des Gesetzes erblickt werden. Insofern erweisen sich ihre dahin gehenden Vorbringen als unbehelflich und ihr Ausstandsbegehren als unbegründet.

3.2 Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, Richter C._____ habe ihnen mit Zwischenverfügung vom 18. Dezember 2014 deliktisches Handeln unterstellt. Der interessierende Passus auf Seite 9 f. der Zwischenverfügung vom 18. Dezember 2014 lautet wie folgt:

"dass daher im vorliegenden Fall namentlich im Hinblick auf den Anleger- und Funktionenschutz sowie vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Kontinuität des Verfahrens ein

überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht wiederherzustellen, dies insbesondere auch, um allfälligen deliktischen Handlungen vorbeugen sowie Beweise sichern zu können."

Auch in dieser Hinsicht verhält es sich jedoch so, dass Vorinstanz und Instruktionsrichter einer konstanten, sich aus den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen ergebenden Praxis gefolgt sind. Gemäss dieser sind bei Vorliegen gewisser Anhaltspunkte, wonach finanzmarktrechtliche Bestimmungen verletzt worden sein könnten und allenfalls erneut verletzt werden könnten, für die Dauer des Verfahrens die als notwendig erachteten vorsorglichen Massnahmen zu treffen. Das bedeutet selbstredend nicht, dass der betroffenen Partei in diesem frühen Verfahrensstadium ein konkretes deliktisches Verhalten unterstellt wird. Ob ein solches gegeben ist, soll ja gerade mit der angeordneten Untersuchung und dem sich daran anschliessenden Verfahren abgeklärt werden. Vielmehr soll mit diesen Massnahmen – wie es das Gesetz verlangt – lediglich die Möglichkeit der Kollusion oder von allfälligen künftigen Verletzungen der fraglichen Erlasse ausgeschlossen werden. Die beanstandete Formulierung spricht denn auch "von allfälligen deliktischen Handlungen". Hierin den Ausdruck einer "besonderen Feindschaft" oder einer sonstwie begründeten Befangenheit zu erblicken, wie es die Beschwerdeführenden tun, vermag ebenso wenig zu überzeugen.

4.

Auch die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführenden setzen sich einlässlich mit der Frage der materiellen Richtigkeit der beanstandeten vorsorglichen Massnahmen auseinander, welche die Beschwerdeführenden als nicht gegeben erachten. Weil nach dem Gesagten in diesem Verfahren jedoch nicht hierüber, sondern vielmehr über das allfällige Vorliegen der (im Gesetz umschriebenen) Ausstandsgründe zu befinden ist, sind sie ebenfalls ungeeignet, die behauptete Befangenheit von Richter C. _____ darzutun. Damit erweist sich das Ausstandsbegehren als insgesamt unbegründet und ist abzuweisen.

5.

Über die Kosten dieses Verfahrens ist im Verfahren B-6734/2014 zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

2.

Über die Kosten dieses Verfahrens wird im Verfahren B-6734/2014 entschieden.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde);
- Richter C. _____ (im Hause).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

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 Rechtschrift 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: 23. Februar 2015