



---

Abteilung II  
B-2381/2020

## Urteil vom 23. September 2020

---

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Daniel Willisegger,  
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Ausstandsbegehren; Verfügung vom 4. März 2020.

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Die A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaft der [...]. Ihr wurde von der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend auch: Vorinstanz) am 6. Dezember 2012 eine Bewilligung als Bank und Effekthändlerin erteilt. Mit Verfügung der Schweizerischen Nationalbank (SNB) vom 29. Juni 2015 wurde die Beschwerdeführerin als systemrelevant i.S.v. Art. 7 ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) eingestuft.

Der Beschwerdeführerin ist es untersagt, Kredite oder Hypotheken an Dritte zu vergeben [...]. Sie erbringt jedoch Dienstleistungen im Zahlungsverkehr (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Art. 14 Abs. 1 POG), welcher die Eröffnung und Führung von Zahlungsverkehrskonti, den Giroverkehr und den halb-baren Verkehr umfasst.

Die gesetzlich vorgegebenen Restriktionen führen dazu, dass sich die Aktivseite der Bilanz der Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus liquiden Finanzanlagen sowie einem umfangreichen Liquiditätspolster zusammensetzt. Die Passiven bestehen praktisch ausschliesslich aus Kundeneinlagen, wobei die Bestände auf den [Konti] den grössten Anteil ausmachen. Aufgrund dieser Bilanzstruktur stellt der Zinserfolg eine zentrale Ertragsquelle der Beschwerdeführerin dar.

Zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin bestehen Meinungs-differenzen hinsichtlich der Zinsrisiken und deren Unterlegung mit Eigenmitteln, wobei die sog. Duration, die Zinsbindungsfrist, eine wichtige Rolle spielt.

**A.b** Mit Urteil 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 hob das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2018 auf, mit welchem die Verfügung der FINMA vom 22. Juli 2016 betreffend zusätzliche Eigenmittel bei der Beschwerdeführerin geschützt wurde. Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass die Verfügung der FINMA ein Geschäft von grosser Tragweite darstelle, weshalb darüber der Verwaltungsrat der FINMA hätte befinden müssen. Das Bundesgericht wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die FINMA zurück.

In seinem Urteil erwähnte das Bundesgericht unter anderem das neue, am 1. Januar 2019 in Kraft getretene FINMA-Rundschreiben 2019/2 "Zinsrisiken – Banken". Der Anhang 1 des besagten Rundschreibens umfasst drei Ziffern. Ziffer I nennt Kriterien für die Identifikation von Instituten mit möglicherweise unangemessen hohen Zinsrisiken im Bankenbuch oder unzureichendem Zinsrisikomanagement (sog. Ausreisserinstitute). Ziffer II enthält Kriterien zur Beurteilung von Ausreisserinstituten im Einzelfall. Ziffer III verweist auf Massnahmen, unter anderem das Halten von zusätzlichen Eigenmitteln.

**A.c** In einem Schreiben des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin an den Verwaltungsratspräsidenten der Vorinstanz vom 7. Januar 2019 trat die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz heran, um angesichts des Urteils 2C\_387/2018 des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 die Möglichkeit einer einvernehmlichen Bereinigung auszuloten.

**A.d** In der Verwaltungsratssitzung vom 24. Januar 2019 beriet der Verwaltungsrat der Vorinstanz über das weitere Vorgehen und erteilte dem zuständigen Geschäftsbereich Banken ein Verhandlungsmandat.

**A.e** In der Folge fanden am 6. und 19. Februar 2019 zwei Treffen zwischen Exponenten der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz statt, um eine einvernehmliche Lösung zu suchen.

**A.f** Sodann fand ein brieflicher Austausch zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz statt. Mit Schreiben vom 28. Februar 2019, 29. März 2019 und 7. Juni 2019 wandte sich der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin jeweils an den Verwaltungsratspräsidenten der Vorinstanz. Die Antworten des Verwaltungsratspräsidenten der Vorinstanz datieren vom 8. März 2019, 9. April 2019 und 21. Juni 2019.

**A.g** Am 9. Dezember 2019 stellte die FINMA der Beschwerdeführerin einen Entwurf der Verfügung betreffend zusätzliche Eigenmittel nach Art. 45 Bst. b in Verbindung mit Art. 131b Eigenmittelverordnung (nachfolgend: Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel) zu.

**A.h** Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 erbat die Beschwerdeführerin um Akteneinsicht, unter anderem in sämtliche Unterlagen und Dokumenten, aus denen sich ergebe, ob und wie sich der Verwaltungsrat der FINMA im Januar oder Februar 2019 mit dem gegenständlichen Verfahren befasst habe. Die Beschwerdeführerin hob im Schreiben hervor, dass die Entschei-

derung, ob ein Ausstandsbegehren gestellt werden solle, Einblick in das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats vom 24. Januar 2019 sowie in alle weiteren einschlägigen Unterlagen voraussetze. Würde die Akteneinsicht in diesem Punkt verweigert, so die Beschwerdeführerin im Schreiben weiter, wäre sie gezwungen, ein Ausstandsbegehren zu stellen.

**A.i** Mit Schreiben vom 20. Dezember 2019 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Verfahrensakten zu, welche ihrer Ansicht nach dem Verfügungsentwurf zugrunde lägen. Betreffend die Einsicht in weitere Unterlagen sei die Vorinstanz daran, die Einsicht in diese Unterlagen und Informationen zu prüfen bzw. diese aufzubereiten.

**A.j** Mit Schreiben vom 14. Januar 2020 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die Unterlagen und Dokumente, aus denen sich ergebe, ob und wie sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz im Januar oder Februar 2019 mit dem gegenständlichen Verfahren befasst habe, insbesondere das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats vom 24. Januar 2019, Teil der internen Meinungsbildung seien und nicht der Akteneinsicht unterlägen.

**A.k** Mit Stellungnahme vom 10. Februar 2020 zum Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel beantragte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz unter anderem, dass der Präsident sowie die Mitglieder des Verwaltungsrats der FINMA, die sich an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 (vgl. E. A.d) in einer Weise festgelegt hätten, wonach eine unbefangene Beurteilung der gegenständlichen Verfügung als ausgeschlossen erscheine, in den Ausstand zu treten hätten.

**A.l** Mit Verfügung vom 4. März 2020 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab. Als Begründung führte sie im Wesentlichen aus, das Ausstandsbegehren sei verspätet erfolgt und das Recht auf Ausstand somit verwirkt. Zudem lägen keine Ausstandsgründe vor, womit das Ausstandsbegehren auch in sachlicher Hinsicht keine Stütze finde.

## **B.**

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diese Verfügung der Vorinstanz am 4. Mai 2020 Beschwerde am Bundesverwaltungsgericht und beantragt Folgendes:

- "1. Es sei die Verfügung vom 4. März 2020 aufzuheben und es sei das vorinstanzlich gestellte Ausstandsbegehren gegen den Präsidenten des Verwaltungsrates sowie sämtliche Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerin,

die sich an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 in einer Weise festgelegt haben, dass eine unbefangene Beurteilung des gegenständlichen Verfügungsentwurfes als ausgeschlossen erscheint, gutzuheissen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Daneben stellt die Beschwerdeführerin den Beweisantrag, es seien vom Gericht die Verfahrensakten des Verwaltungsrats der Vorinstanz zur Sitzung vom 24. Januar 2019, insbesondere das Protokoll dieser Sitzung, herauszuverlangen.

Zur Begründung ihrer Rechtsbegehren macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie habe mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel mit Schreiben vom 9. Dezember 2019 erstmals Gelegenheit erhalten, sich im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens förmlich zu den Ausstandsvorschriften zu äussern. Nach der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel habe sie mittels Schreiben vom 12. Dezember 2019 an die Vorinstanz ohne Verzug um Einsicht in die Unterlagen und Dokumente ersucht, aus denen sich ergebe, ob und wie sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz mit dem gegenständlichen Verfahren befasst habe. Die konkrete Zusammensetzung des Entscheidgremiums, welches sich an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 mit der Behandlung des Geschäfts befasst habe, habe sie erst mit dem Empfang der angefochtenen Verfügung vom 4. März 2020 erfahren.

Was den geltend gemachten Ausstandsgrund der Vorbefassung betrifft, hält die Beschwerdeführerin fest, die angefochtene Verfügung vermeide es zwar klar festzustellen, was der Verwaltungsrat der Vorinstanz am 24. Januar 2019 effektiv diskutiert und beschlossen habe. Aus der im Rahmen der Besprechung vom 6. Februar 2019 von der Vorinstanz abgegebenen Präsentation sowie auch aus den beiden Antwortschreiben des Verwaltungsratspräsidenten der Vorinstanz vom 8. März 2019 und 9. April 2019 ergebe sich aber mit hinreichender Klarheit, dass sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz hinsichtlich der für den Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel relevanten Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" verbindlich festgelegt habe. Aus der Festlegung des Verwaltungsrats der Vorinstanz auf eine "Zwei-Jahres-Duration" ergebe sich zwingend die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut, was ebenfalls zwingend zur Anordnung zusätzlicher Eigenmittel führe.

Mit der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut habe die Vorinstanz das Ergebnis der Ausreisseranalyse nach Anhang 1 des FINMA-Rundschreibens 2019/2 vorweggenommen.

Die Beschwerdeführerin führt zudem aus, sie habe am 6. Juni 2019 erstmals Gelegenheit erhalten, ihr bankinternes Replikationsmodell vorzustellen, mit dem die Zinsbindung bzw. Duration mit empirischen Methoden erhoben werde. Der Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel gehe mit keinem Wort auf dieses bankinterne Verfahren zur Messung der Duration ein. Dass die Vorinstanz hinsichtlich eines zweiten Verfahrens nicht ergebnisoffen sei, zeige sich auch darin, so die Beschwerdeführerin weiter, dass die Vorinstanz das Urteil 2C\_387/2018 des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 als blosses Absenderproblem verstehe: die Verfügung müsse statt durch die Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat erlassen werden, ohne dass aber Anlass zu einer inhaltlichen Überprüfung bestünde. Diese Haltung der Vorinstanz ergebe sich daraus, weil der Mediensprecher der FINMA sich dahingehend habe zitierten lassen, dass der FINMA-Verwaltungsrat in Sachen A.\_\_\_\_\_ in naher Zukunft entscheiden werde und "den Fall mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit nicht anders beurteilen [wird] als seine Geschäftsleitung".

### C.

Mit Vernehmlassung vom 9. Juni 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Im Wesentlichen führt sie aus, das Ausstandsbegehren sei ihrer Ansicht nach verspätet erfolgt, weil ein Ausstandsbegehren so schnell als möglich gestellt werden müsse und an keine formelle Einladung geknüpft sei. Die Beschwerdeführerin habe bereits im Frühjahr 2019 und spätestens im Sommer 2019 über sämtliche Angaben verfügt, die sie zur Einreichung eines Ausstandsbegehrens hätte veranlassen müssen. Die Beschwerdeführerin habe keine Einsicht in ein FINMA-interne Protokoll oder in andere Akten zum Verfahren benötigt, um ein genügend konkretes Ausstandsbegehren abzufassen.

Was den geltend gemachten Ausstandsgrund der Vorbefassung betrifft, erinnert die Vorinstanz zunächst daran, dass das Verfahren in der Hauptsache weiterhin pendent und die Schlussverfügung aufgrund der Stellungnahme der Beschwerdeführerin weiterhin in Bearbeitung sei. Die Annahmen betreffend die Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" würden aus Sicht der FINMA ein Zwischenergebnis darstellen. Dies zeige auch die im Rahmen der Besprechung vom 6. Februar 2019 abgegebene Präsentation, wonach der Verwaltungsrat an der Sitzung vom

24. Januar 2019 einen Verhandlungsrahmen beraten habe und zum damaligen Zeitpunkt zu keinem anderen Schluss gelangt sei. Um die seitens der Beschwerdeführerin angeregten Gespräche seinerzeit überhaupt erst führen zu können, sei es legitim und auch notwendig gewesen, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz eine Bestandsaufnahme gemacht und sich mit der Materie auseinandergesetzt habe. Ein Verdacht auf eine unzulässige Vorbefassung müsste sich nach Ansicht der Vorinstanz aus anderen Gründen ergeben und nicht aus abweichenden Ansichten aufgrund einer ersten Einschätzung, zumal diese im dynamischen Prozess der Beratungen mit der Beschwerdeführerin und aufgrund der laufenden Verarbeitung und Aktualisierung des Zahlenmaterials aus der Aufsicht seitens der FINMA stetig angepasst würde.

Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Presseartikeln lasse sich nicht entnehmen, dass die Einschätzung der FINMA betreffend die Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" abschliessend sei. Es sei textlich offensichtlich, dass es um Einschätzungen resp. Mutmassungen des entsprechenden Mediums gehe, wie sich die Vorinstanz allenfalls verhalten werde.

#### **D.**

Mit unaufgeforderter Replik vom 23. Juni 2020 stellt sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass sie einer laufenden Aufsicht durch die Vorinstanz unterliege und mit dieser in ständigem Kontakt stehe. Der Erlass einer Verfügung im erstinstanzlichen Verfahren habe im Gegensatz zu einem Rechtsmittelverfahren keinen eindeutig bestimmten Anfang. Eine direkte Anwendung der für das Rechtsmittelverfahren entwickelten Faustregel, wonach Ausstandsbegehren innerhalb von ein bis zwei Wochen nach Kenntnis des Ausstandsgrunds gestellt werden müssten, sei für das erstinstanzliche Verfahren nicht tauglich.

#### **E.**

Mit Schreiben vom 29. Juni 2020 verzichtet die Vorinstanz auf eine Duplik und hält an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde vollumfänglich fest.

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

### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32] i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021] und Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]).

**1.2** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG). Sie ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **2.**

Der Entscheidkörper für die angefochtene Verfügung bestand aus fünf Mitgliedern des Verwaltungsrats der Vorinstanz. Die Vorinstanz hält fest, dass die besagten fünf Mitglieder des Verwaltungsrats nicht mit dem Geschäft vom 24. Januar 2019 befasst waren. Die Zuständigkeit und die Beschlussfähigkeit des Entscheidkörpers für die angefochtene Verfügung wird von der Beschwerdeführerin explizit nicht bestritten und ist nicht zu beanstanden (Art. 10 Abs. 2 VwVG, Art. 9 Abs. 2 FINMAG, Art. 8 Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA).

### **3.**

**3.1** Der Anspruch auf unbefangene Entscheidträger der Verwaltung ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Danach hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Artikel 29 Abs. 1 BV wird durch Art. 10 Abs. 1 VwVG konkretisiert (vgl. STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 10 VwVG). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG haben Personen, die eine Verfügung

zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen (Bst. b), mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind (Bst. b<sup>bis</sup>), Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren (Bst. c) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Bst. d).

**3.2** Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Beurteilung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 74; RETO FELLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 10 VwVG). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (vgl. BGE 127 I 196 E. 2b, BGE 119 V 456 E. 5b; SCHINDLER, a.a.O., S. 91 f.). Eine tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3, mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.2).

**3.3** Für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) für unabhängige richterliche Behörden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweis u.a. auf BGE 125 I 209 E. 8, BGE 112 Ia 142 E. 2d); gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen

bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin gutzuheissen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweisen). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden (vgl. BGE 127 I 196 E. 2b).

**3.4** Artikel 10 VwVG ist auch im Verfahren vor der FINMA anwendbar (Art. 53 FINMAG). Die FINMA ist als unabhängige Verwaltungseinheit (Art. 5 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 FINMAG) mit umfassenden Kompetenzen im Rahmen der Finanzmarktaufsicht ausgestattet und verfügt über ein weitreichendes technisches Ermessen dabei, wie sie ihre Aufsichtsfunktion wahrnimmt (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2837). Die Aufsichtsinstrumente (Art. 29 ff. FINMAG) gestatten ihr, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und bei gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen in schwerwiegender Weise in die Rechte der Beaufsichtigten einzugreifen. Die Tatsache, dass die FINMA als erste Instanz auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen hat, ändert nichts am rechtsstaatlichen Erfordernis, dass sie die zu beurteilende Sachlage im Einzelfall unparteiisch und unbefangen handhaben muss (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 129). Zwar ist die FINMA unter Umständen – anders als ein Gericht – auch gehalten, sich öffentlich zu äussern oder zu rechtfertigen; solche Äusserungen müssen jedoch allgemein bleiben. Insbesondere gilt es zu verhindern, dass – sei es durch Äusserungen eines Entscheidungsträgers oder aufgrund anderer Faktoren – während einer Untersuchung der Anschein erweckt wird, der Verfahrensausgang sei nicht mehr offen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 2.1).

#### **4.**

Im vorliegenden Fall wird der Ausnahmegrund von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG, die Befangenheit aus anderen Gründen, geltend gemacht.

Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bildet einen Auffangtatbestand. Unter anderem werden die Tatbestände der sog. Vorbefassung unter Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG subsumiert. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich der Verwaltungsrat der FINMA an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 in einer Weise festgelegt habe, dass eine unbefangene

Beurteilung des gegenständlichen Verfügungsentwurfs als ausgeschlossen erscheine. Konkret beanstandet sie die angebliche Festlegung des Verwaltungsrats der Vorinstanz hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut", welche für die Beurteilung der Zinsrisiken der Beschwerdeführerin massgeblich seien.

## **5.**

Bevor die Stichhaltigkeit des vorliegend geltend gemachten Ausstandsgrunds beurteilt werden kann, ist zu prüfen, ob das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt, als sie es gestellt hat, noch zulässig oder bereits verspätet war.

**5.1** Die Beschwerdeführerin stellte das Ausstandsbegehren vor Vorinstanz formell mit Schreiben vom 10. Februar 2020 im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel, welchen sie mit Schreiben vom 9. Dezember 2019 erhalten hatte.

Sie macht geltend, erst mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel sei für sie mit hinreichender Klarheit erkennbar gewesen, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz tatsächlich die Absicht zu haben scheine, an der willkürlichen aufsichtsrechtlichen Standardduration und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut festzuhalten. Die Eröffnung des Verfahrens sei ihr im Vorfeld der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzlich Eigenmittel nie förmlich angezeigt worden. Es hätte auch die Möglichkeit bestanden, dass die Vorinstanz auf ihren Grundsatzentscheid zurückkomme und auf ein neues Verfahren verzichten könnte. Erst mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel sei klar gewesen, dass sich der Verwaltungsrat an seiner Sitzung vom 24. Januar 2019 effektiv festgelegt habe. Unter diesen Umständen erscheine es weltfremd zu verlangen, die Beschwerdeführerin hätte ein explizites Ausstandsbegehren bereits unmittelbar nach dem Briefwechsel im Frühjahr 2019 stellen müssen. Die Beschwerdeführerin hätte damit zum Ausdruck gebracht, dass sie den Beteuerungen des Verwaltungsratspräsidenten keinen Glauben schenke. Das hätte die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin zu Recht als Affront empfunden, was die Beziehungen im Rahmen der laufenden Aufsicht weiter belastet hätte. Der Beschwerdeführerin sei es nicht zuzumuten gewesen, ein Ausstandsbegehren in einem Zeitpunkt vorzubringen, in dem noch nicht einmal feststand, ob überhaupt ein Verfahren zum Erlass einer Verfügung betreffend zusätzliche Eigenmittel eröffnet würde. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin bereits in den Schreiben vom 28. Februar

2019 und 29. März 2019 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der Festlegung durch den Verwaltungsrat der Vorinstanz hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" nicht einverstanden sei und darin eine unzulässige Vorbefassung sehen würde. Dass ein Ausstandsbegehren unter Einhaltung einer bestimmten Form oder mit bestimmten Worten geltend gemacht werden müsse, sei weder in der Lehre noch der Rechtsprechung postuliert worden.

Die Vorinstanz stellt sich hingegen auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe bereits im Frühjahr 2019 und spätestens im Sommer 2019 über sämtliche Angaben verfügt, die sie zur Einreichung eines Ausstandsbegehrens hätte veranlassen müssen. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin damit rechnen können, dass dereinst der Verwaltungsrat der Vorinstanz entscheiden werde. Die Mitglieder des Verwaltungsrats seien öffentlich zugänglich auf der Internetseite der FINMA einzeln aufgeführt, gleich wie auch das Geschäfts- und Organisationsreglement der FINMA öffentlich zugänglich sei, welches die Entscheidkompetenz und die Zusammensetzung der jeweiligen Entscheidgremien festlege.

**5.2** Die Ausstandsgründe von Art. 10 Abs. 1 VwVG sind grundsätzlich von Amtes wegen zu beachten. Jedes Behördenmitglied ist dazu verpflichtet, Ausstandsgründe, die gegen seine Mitwirkung sprechen, von sich aus zu beachten, auch wenn keine Verfahrenspartei entsprechende Einwände erhebt. Tritt der Amtsträger bei erkennbarem Vorliegen eines Ausstandsgrunds nicht von sich aus in den Ausstand, hat die Verfahrenspartei ein Ausstandsbegehren zu stellen (vgl. FELLER/KUNZ-NOTTER, a.a.O., N. 35 zu Art. 10 VwVG, mit weiteren Hinweisen). Ein Ausstandsbegehren ist zwar grundsätzlich in jedem Verfahrensabschnitt zulässig; nach Kenntnis des entsprechenden Grunds ist es jedoch unverzüglich einzureichen. Die verspätete Geltendmachung von Ausstandsgründen verstösst gemäss Praxis gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., N. 104 zu Art. 10 VwVG, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Wer also einen Ablehnungsgrund nicht unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend macht, verwirkt den Anspruch auf seine spätere Anrufung (vgl. BGE 136 I 207 E. 3.4, BGE 135 III 334 E. 2.2).

**5.3** Die beiden Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" hinsichtlich derer die Beschwerdeführerin eine Vorbefassung des Verwaltungsrats der Vorinstanz geltend macht, haben die Parteien im Nachgang

zum Urteil 2C\_387/2018 des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 thematisiert. Die wichtigsten Aussagen werden nachfolgend chronologisch wiedergegeben.

Die Beschwerdeführerin hat im Schreiben an die Vorinstanz vom 28. Februar 2019 zu den Treffen bzw. Gesprächen zwischen den Parteien vom 6. Februar 2019 und 19. Februar 2019 Stellung genommen. Anlässlich des ersten Treffens habe es geheissen, so die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 28. Februar 2019, dass die FINMA die Zinsrisikoexposition der Beschwerdeführerin bereits nach dem neuen FINMA-Rundschreiben 2019/2 analysiert und der Verwaltungsrat an seiner Sitzung vom 24. Januar 2019 darüber beraten und entschieden habe, dass die Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut zu qualifizieren sei. Anlässlich des zweiten Treffens sei erklärt worden, dass sowohl die "Zwei-Jahres-Duration" als auch die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut durch den Verwaltungsrat der Vorinstanz vorgegeben seien. Die Beschwerdeführerin ersucht die Vorinstanz im Schreiben vom 28. Februar 2019 um Klärung, ob sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz in einer Art und Weise festgelegt habe, die eine unvoreingenommene und ergebnisoffene Beschlussfassung über eine neuerliche Verfügung ausschliesse.

Im Antwortschreiben vom 8. März 2019 stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, ihr Verwaltungsrat habe sich im Nachgang zum Bundesgerichtsentscheid vom 18. Dezember 2018 unverzüglich und unvoreingenommen mit der Zinsrisikoexposition der Beschwerdeführerin und dem Stand der diesbezüglichen Auseinandersetzung beschäftigt. Sie habe auf dieser Grundlage die Aufnahme von Verhandlungen – wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen – befürwortet. Es verstehe sich dabei von selbst, dass der (unpräjudizielle) Verhandlungsrahmen durch den Verwaltungsrat der Vorinstanz zu definieren gewesen sei. Die Vorinstanz stellt sich im Schreiben ferner auf den Standpunkt, dass die Positionen für eine Einigung offenbar zu weit auseinanderliegen würden und die Weiterführung von Verhandlungsgesprächen als nicht zielführend erscheine. Vorbehältlich abweichender Erkenntnisse im laufenden Aufsichtsprozess bzw. im Rahmen der nächsten Schritte, so die Vorinstanz weiter, müsse der Verwaltungsrat der Vorinstanz gegenwärtig davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin unüblich hohe Zinsrisiken im Bankenbuch habe. Als nächstes werde die Vorinstanz den in Anhang 1 des FINMA-Rundschreibens 2019/2 erwähnten Prozess vornehmen. Sollte aufgrund der erhobenen Daten sowie der übrigen relevanten Umstände auf Seiten der Beschwerdeführerin die Problematik weiterhin bestehen, werde die FINMA

die dannzumal erforderlichen Massnahmen verfügen. Schliesslich wird im Antwortschreiben vom 8. März 2019 versichert, dass der FINMA-Verwaltungsrat die Zinsrisikoexposition der Beschwerdeführerin weiterhin mit der notwendigen Sachlichkeit beurteile und selbstverständlich die Argumente der Beschwerdeführerin in seine Überlegungen miteinbeziehe.

Im Schreiben vom 29. März 2019 an die Vorinstanz nimmt die Beschwerdeführerin "zur Wahrung ihrer Rechte" nochmals Bezug auf die beiden fraglichen Parameter. Sie hält fest, die Vorinstanz würde nicht in Abrede stellen, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz für die Verhandlungen mit der Beschwerdeführerin die "Zwei-Jahres-Duration" sowie die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut als rote Linie vorgegeben habe. Die Vorgabe einer Standardduration und erst recht die Qualifikation als Ausreisserinstitut, so die Beschwerdeführerin weiter, setze das voraus, was im Verfahren nach Anhang 1 des Rundschreibens 2019/2 zu beweisen wäre.

Im Antwortschreiben vom 9. April 2019 hält die Vorinstanz fest, entgegen den Zweifeln der Beschwerdeführerin schliesse die "unverzügliche und unvoreingenommene" Behandlung des Bundesgerichtsentscheids und der angefochtenen Verfügung durch den Verwaltungsrat der Vorinstanz nicht aus, dass sich dieser bezüglich der umstrittenen Fragen zur Zinsbindung und zur Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut gewissenhaft mit den bisher vorliegenden Grundlagen auseinandersetze und dies auch weiterhin tue. Das vom Verwaltungsrat der Vorinstanz bisher erteilte Verhandlungsmandat beruhe auf bisher bekannten Standpunkten und Fakten und schloss selbstredend nicht aus, dass allfällige neue Tatsachen und neue Argumente der Beschwerdeführerin in die weiteren Überlegungen ebenfalls einbezogen würden.

In einem dritten Schreiben vom 7. Juni 2019 nimmt die Beschwerdeführerin Bezug auf eine Besprechung zwischen dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und der FINMA sowie den dort angeblich gemachten Äusserungen. Unter anderem führt die Beschwerdeführerin aus, es sei nicht zutreffend, wie dies allem Anschein nach am besagten Treffen seitens der FINMA suggeriert worden sei, dass die FINMA vergleichsbereit gewesen sei und die Positionen nahe beieinander gelegen hätten. Richtig sei vielmehr, dass die Beschwerdeführerin im Nachgang zum Bundesgerichtsentscheid vom 18. Dezember 2018 die Bereitschaft zu einem Vergleich bekräftigt habe. Die Vorinstanz habe daraufhin aber nicht nur die "Zwei-Jahres-Duration" als nicht verhandelbar

bezeichnet, sondern darüber hinaus auch die Absicht erkennen lassen, den daraus abgeleiteten Eigenmittelzuschlag nochmals massiv zu erhöhen. Die Vorinstanz habe sich ein weiteres Mal in Fragen festgelegt, die Gegenstand des laufenden Verfahrens gemäss Anhang 1 zum FINMA-Rundschreiben 2019/2 sein sollten. Dies bestätige den Eindruck, dass die Vorinstanz ihre Meinung längst gemacht habe und das Verfahren als reine Formsache betrachte.

Die Vorinstanz verweist im neuerlichen Antwortschreiben vom 21. Juni 2019 auf den bisherigen Briefwechsel und hält nochmals fest, dass sich der Verwaltungsrat im Nachgang zum Bundesgerichtsentscheid vom 18. Dezember 2018 unvoreingenommen mit der Zinsrisikoexposition der Beschwerdeführerin auseinandersetze. Er werde nach einer entsprechenden Analyse und unter Berücksichtigung der im FINMA-Rundschreiben 2019/2 "Zinsrisiken – Banken" vorgesehenen Prozessschritte entscheiden, ob und – falls ja inwieweit – Massnahmen mittels einer anfechtbaren Verfügung angeordnet würden.

**5.4** Es muss geklärt werden, ob für die Beschwerdeführerin der von ihr geltend gemachte Ausstandsgrund tatsächlich erst mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel am 9. Dezember 2019 mit hinreichender Klarheit erkennbar gewesen ist oder ob sie, wie dies die Vorinstanz geltend macht, bereits im Frühjahr 2019 und spätestens im Sommer 2019 über die für das geltend gemachte Ausstandsbegehren notwendigen Kenntnisse verfügt hat.

Die Beschwerdeführerin vertrat in den Schreiben vom 28. Februar 2019 und 29. März 2019 aufgrund der Treffen mit der Vorinstanz vom 6. und 19. Februar 2019 die Auffassung, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz vorbefasst sei und bat um Klärung dieser Angelegenheit. Aus der Sicht der Beschwerdeführerin konnte der Verwaltungsrat der Vorinstanz die Bedenken hinsichtlich einer Vorbefassung hinsichtlich der beiden Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" in den Schreiben vom 8. März 2019 und 9. April 2019 anscheinend nicht ausräumen. Insbesondere im dritten Schreiben der Beschwerdeführerin vom 7. Juni 2019 kommt nämlich klar zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin in jenem Zeitpunkt fest davon ausgeht, dass der Verwaltungsrat – trotz konsequent anderslautender Bezeugungen – seine Meinung hinsichtlich der "Zwei-Jahres-Duration" und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut gemacht habe. So hält sie im Schreiben vom 7. Juni 2019 ihre An-

sicht fest, wonach die Vorinstanz die "Zwei-Jahres-Duration" als nicht verhandelbar bezeichnet habe und sich die Vorinstanz ein weiteres Mal in Fragen festgelegt habe, die Gegenstand des laufenden Verfahrens gemäss Anhang 1 zum FINMA-Rundschreiben 2019/2 sein sollten. Trotz der Schreiben der Vorinstanz vom 8. März 2019 und 9. April 2019 sieht sich die Beschwerdeführerin gemäss dem Schreiben vom 7. Juni 2019 darin bestätigt, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz seine Meinung längst gemacht habe und das Verfahren als reine Formsache betrachte.

Insoweit war die Beschwerdeführerin nach dem bisher Gesagten spätestens im Zeitpunkt des Schreibens vom 7. Juni 2019 davon ausgegangen, dass der von ihr geltend gemachte Befangenheitsgrund, die angebliche Vorbefassung des Verwaltungsrats der Vorinstanz hinsichtlich der "Zwei-Jahres-Duration" und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut, zutreffen würde.

Dass die Beschwerdeführerin bereits in jenem Zeitpunkt hinreichende Kenntnis vom später geltend gemachten Ausstandsgrund haben musste, bestätigt sich auch deshalb, weil sich nach dem 7. Juni 2019 in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bezüglich der von der Beschwerdeführerin angerufenen Umstände nichts mehr geändert hat. So hat die Vorinstanz im Schreiben vom 21. Juni 2019 lediglich nochmals auf die bisherigen Briefe vom 8. März 2019 und 9. April 2019 verwiesen und – wie schon zuvor – nochmals betont, dass sie sich mit der Angelegenheit unvoreingenommen auseinandersetze. Soweit die Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" betroffen sind, deckt sich im Ergebnis auch der Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit den Vorbringen, welche die Beschwerdeführerin bereits in den Schreiben vom 28. Februar 2019, 29. März 2019 und 7. Juni 2019 formuliert hat. Mit anderen Worten ist der Inhalt des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel hinsichtlich der fraglichen Parameter lediglich eine Manifestation von dem, was die Beschwerdeführerin als Grund für den Ausstand anführt und bereits in den besagten Schreiben festgehalten hat. Die nach Ansicht der Beschwerdeführerin ausstands begründenden Tatsachen waren ihr also nicht erst mit dem am 9. Dezember 2019 zugestellten Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel bekannt geworden. Demnach kann sich die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Ansicht nicht auf den Standpunkt stellen, sie habe erst mit Erhalt des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel hinreichende Kenntnisse vom geltend gemachten Ausstandsgrund erhalten.

Anlässlich des Treffens der Parteien vom 6. Februar 2019 erstellte die Vorinstanz eine Präsentation zuhanden der Beschwerdeführerin. Auf Seite 2 heisst es, dass die FINMA die Zinsrisiken der Beschwerdeführerin gemäss dem FINMA-Rundschreiben 2019/2 neu analysiert habe, der Verwaltungsrat der Vorinstanz am 24. Januar 2019 in seiner ordentlichen Sitzung über eine entsprechende Vorlage beraten habe und dass die Beschwerdeführerin ein Ausreisserinstitut sei, erhöhte Zinsrisiken aufweise und als Massnahme ein Eigenmittelzuschlag, ein sog. Säule-2-Zuschlag, nötig sein würde. Die Beschwerdeführerin erstellte zum besagten Treffen vom 6. Februar 2019 eine Besprechungsnotiz. Darin wird festgehalten, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz an seiner Sitzung vom 24. Januar 2019 bestätigt habe, dass die Beschwerdeführerin als eine Ausreisserbank gelte und eine "Zwei-Jahres-Duration" gemäss Ansicht der Vorinstanz weiterhin angemessen erscheine. Gemäss Besprechungsnotiz vertrat die Vorinstanz anlässlich des Treffens vom 6. Februar 2019 zudem die Auffassung, dass die Identifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserbank und der Säule-2-Zuschlag nicht verhandelbar seien. In einer zweiten Besprechungsnotiz zum Treffen vom 19. Februar 2019 hält die Beschwerdeführerin erneut fest, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz an seiner Sitzung vom 24. Januar 2019 beschlossen habe, bei der Beschwerdeführerin von einer "Zwei-Jahres-Duration" auszugehen. Diese drei Dokumente, die Präsentation anlässlich des Treffens vom 6. Februar 2019 und die von der Beschwerdeführerin erstellten Besprechungsnotizen zu den Treffen vom 6. und 19. Februar 2019, lassen ebenfalls erkennen, dass die Beschwerdeführerin von den ihrer Ansicht nach ausstandsbegründenden Tatsachen nicht erst mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs betreffend zusätzliche Eigenmittel erfahren hat. Darüber hinaus belegen die besagten drei Dokumente, dass die Beschwerdeführerin zumindest hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" über die wesentlichen Eckpunkte der Sitzung des Verwaltungsrats der Vorinstanz vom 24. Januar 2019 im Bilde war. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt die Herausgabe insbesondere des Protokolls der Sitzung des Verwaltungsrats der Vorinstanz vom 24. Januar 2019 daher keine Voraussetzung dar, um die Vorbefassung des Verwaltungsrats der Vorinstanz hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" geltend zu machen.

Zusammenfassend steht für das Gericht fest, dass der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte, mutmassliche Ausstandsgrund der Vorbefassung hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreis-

serinstitut" spätestens bereits im Juni 2019 offenkundig war. Diese spätestens im Juni 2019 bestehende Offenkundigkeit führt dazu, dass sich das vor dem Bundesverwaltungsgericht als Beweisantrag formulierte Editionsbegehren der Beschwerdeführerin um Herausgabe des Protokolls der Sitzung des Verwaltungsrats der Vorinstanz vom 24. Januar 2019 beweisrechtlich als untauglich erweist und abzuweisen ist, zumal die Geltendmachung des Ausstandsbegehrens die Einsicht in das besagte Protokoll gar nicht voraussetzt. Selbst wenn keine beweisrechtliche Untauglichkeit des Editionsbegehrens anzunehmen wäre, müsste das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats der Vorinstanz vom 24. Januar 2019 grundsätzlich – besondere Ausnahmefälle vorbehalten – als verwaltungsinternes Dokument vom Einsichtsrecht der Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 1A.586/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 7.3).

**5.5** Mit dem Urteil 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 hob das Bundesgericht – wie bereits erwähnt – die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Juli 2016 betreffend zusätzliche Eigenmittel bei der Beschwerdeführerin mit der Begründung auf, die Verfügung stelle ein Geschäft von grosser Tragweite dar, weshalb die strittige Verfügung in die Kompetenz des Verwaltungsrats gefallen wäre. Das Bundesgericht wies in seinem Urteil unter anderem auch auf das FINMA-Rundschreiben 2019/2 "Zinsrisiken – Banken" hin, das verschiedene Kriterien für die Identifikation und Beurteilung von Ausreisserinstituten enthalte und am 1. Januar 2019 in Kraft trat. Gemäss Bundesgericht werde die FINMA, und insbesondere ihr Verwaltungsrat, zu entscheiden haben, ob eine neue Verfügung – unter Berücksichtigung der eingetretenen Rechtsänderungen – zu ergehen habe. Soweit die FINMA neu verfüge, habe sie die gesetzliche Zuständigkeitsordnung einzuhalten.

Dass der Verwaltungsrat der FINMA und dessen Präsident an einer allfälligen neuen Verfügung betreffend zusätzliche Eigenmittel mitwirken, war für die Beschwerdeführerin infolge des Urteils 2C\_387/2018 des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 ohne weiteres vorweg ersichtlich. Jedenfalls musste sie ernsthaft damit rechnen. Es ist öffentlich bekannt und auf der Internetseite der Vorinstanz abrufbar, wer Präsident und wer Mitglied des Verwaltungsrats der FINMA ist. Aufgrund der beschränkten Anzahl der Mitglieder musste die Beschwerdeführerin grundsätzlich von einem möglichen Mitwirken aller Mitglieder ausgehen (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.4). Aus dem auf der Internetseite der FINMA abrufbaren Geschäfts- und Organisationsreglementen ist (neu) ebenfalls erkennbar, dass Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge oder -beschränkungen zu den Geschäften von grosser

Tragweite gehören, über die der Verwaltungsrat der FINMA zu entscheiden hat, sofern sie potentiell weitreichende Folgen haben (vgl. insb. Art. 2bis Abs. 2 und Abs. 3 Bst. e des Organisationsreglements der FINMA und Art. 5 Abs. 3 des Geschäftsreglements der FINMA).

Demnach war der Beschwerdeführerin die Entscheidbefugnis des Verwaltungsrats der Vorinstanz hinsichtlich einer Verfügung betreffend zusätzliche Eigenmittel vorweg bekannt.

**5.6** Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin gegen die verspätete Geltendmachung des Ausstandsbegehrens sind nicht stichhaltig.

So vermögen die Einwände der Beschwerdeführerin, die Eröffnung des Verfahrens sei ihr nie förmlich angezeigt worden, es hätte sein können, dass die Vorinstanz auf ein neues Verfahren verzichte und die Vorinstanz hätte ein sofortiges Ausstandsbegehren als Affront aufgefasst, die verspätete Geltendmachung des Ausstandsbegehrens nicht zu entschuldigen. Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückgewiesen. In der Folge traten die Verfahrensparteien in eine Verhandlungsphase ein. Die Vorinstanz hat bereits mit Schreiben vom 8. März 2019 mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin mit einer neuen Verfügung betreffend zusätzlich Eigenmittel zu rechnen habe, gleich wie der Beschwerdeführerin auch das entscheidende Gremium bekannt war oder zumindest hätte bekannt sein müssen. Das Verfahren vor der Vorinstanz bot in keinem Zeitpunkt konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz möglicherweise auf eine Verfügung verzichten werde oder sie ein Ausstandsbegehren als Affront auffassen könnte. Es handelt sich bei diesen Vorbringen um blosser Vermutungen, die das Zuwarten der Geltendmachung des Ausstandsbegehrens im vorliegenden Fall nicht rechtfertigen. Insgesamt war die Beschwerdeführerin in keinem Zeitpunkt daran gehindert, ein Ausstandsbegehren zu stellen.

Die in den Schreiben vom 28. Februar 2019 und 29. März 2019 zum Ausdruck gebrachte Ansicht der Beschwerdeführerin, dass sie mit der Festlegung der fraglichen Parameter durch den Verwaltungsrat der Vorinstanz nicht einverstanden sei und darin eine unzulässige Vorbefassung sehen würde, entbindet die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Ansicht nicht davon, ein Ausstandsbegehren zu formulieren. Dies gilt im vorliegenden Fall insbesondere deshalb, weil die Beschwerdeführerin im Schreiben vom

28. Februar 2019 explizit um Klärung bat und nicht einen Ausstand beantragte. In den Antwortschreiben nahm die Vorinstanz sodann zu den Vorwürfen Stellung und brachte klar zum Ausdruck, dass sie ihrer Ansicht nach in keiner Weise befangen sei. Trotz dieser offensichtlichen Differenz verzichtete die Beschwerdeführerin bis am 10. Februar 2020 darauf, ein Ausstandsbegehren zu stellen.

**5.7** Zusammenfassend ist die Rechtslage insoweit klar, dass ein Ausstandsbegehren auch in einem erstinstanzlichen Verfahren unverzüglich nach Kenntnisnahme zu stellen ist, weil andernfalls ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorliegt und der Anspruch auf eine spätere Anrufung verwirkt ist. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin den Ausstandsgrund der Vorbefassung des Verwaltungsrats der Vorinstanz hinsichtlich der Kriterien "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" nicht unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend gemacht, obwohl sie mit einer Verfügung zu rechnen hatte und ihr das Entscheidgremium bekannt war. Die Geltendmachung des Ausstandsbegehrens wäre ihr spätestens im Juni 2019 möglich und zumutbar gewesen. Stattdessen hat sie zugewartet und erst am 10. Februar 2020 ein Ausstandsbegehren gestellt. Damit ist das Verhalten der Beschwerdeführerin als treuwidrig einzustufen. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin das Ausstandsbegehren verspätet gestellt und ihren Anspruch somit verwirkt hat.

## **6.**

Selbst wenn das geltend gemachte Ausstandsbegehren nicht verspätet gestellt worden wäre, läge – wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen zeigt – kein Ausstandsgrund vor.

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt, wie bereits erwähnt, der Präsident und die Mitglieder des Verwaltungsrats der Vorinstanz, die sich an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 in einer Weise festgelegt hätten, dass eine unbefangene Beurteilung des gegenständlichen Verfügungsentwurfs als ausgeschlossen erscheine, seien vorbefasst. Konkret beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz anlässlich der Sitzung vom 24. Januar 2019 hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" verbindlich festgelegt habe. Damit habe der Verwaltungsrat der Vorinstanz das Ergebnis der Ausreisseranalyse nach Anhang 1 des FINMA-Rundschreibens 2019/2 vorweggenommen. Entscheidungsspielraum habe die Vorinstanz nur hinsichtlich technischer Aspekte sowie gegebenenfalls hinsichtlich der Höhe

der zusätzlichen Eigenmittel signalisiert. Das bankinterne Replikationsmodell, mit welchem die Zinsbindung bzw. Duration erhoben werde, sei mit keinem Wort im Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel erwähnt, obwohl das Bundesgericht im Urteil 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 die Ansicht vertreten habe, dass der FINMA mit Hinblick auf die Quantifizierung von Zinsbindungen keine Befugnis zustehe, um auf eine vorgegebene Standardduration abzustellen. Das besagte Urteil verstehe die Vorinstanz ohnehin im Sinne eines blossen Absenderproblems, was sich auch aus der Aussage des Mediensprechers ergebe, wonach der Verwaltungsrat der Vorinstanz den Fall mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit nicht anders beurteilen werde als seine Geschäftsleitung.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die Annahmen betreffend "Zwei-Jahres-Duration" und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut stelle aus ihrer Sicht ein Zwischenergebnis dar. Sollte künftig allein eine erste Einschätzung schon genügen, um einen begründeten Anschein der Befangenheit zu erwecken, dürfte dies gemäss Vorinstanz im Ergebnis dazu führen, dass mündliche Erörterungen und allfällige Einigungsversuche vor Erlass einer Verfügung verunmöglicht würden. Was die angeführte Aussage des Mediensprechers der Vorinstanz angehe, sei es offensichtlich, dass es sich nur um eine Einschätzung resp. Mutmassung des entsprechenden Mediums handle, wie sich die Vorinstanz allenfalls verhalten werde.

**6.2** Wie bereits erwähnt bildet Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG einen Auffangtatbestand unter dem die sog. Vorbefassung subsumiert wird. 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 (vgl. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., N. 71 und 73 zu Art. 10 VwVG). Indessen lässt der Umstand, dass sich eine Person bereits mit der Sache auseinandergesetzt hat und sich aufgrund der bestehenden Aktenlage eine Meinung gebildet hat, diese nicht als vorbefasst und befangen erscheinen, weil andernfalls eine Verwaltungstätigkeit nicht mehr möglich wäre. Die Vorbefassung begründet insbesondere dann keine Ausstandspflicht, wenn das Verfahren in Bezug auf den Sachverhalt und die zu beurteilenden Fragen offen erscheint und nicht der Anschein der Vorbestimmtheit erweckt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts U 302/05 vom 30. August

2006 E. 6.3). Bloss allgemeine Vorwürfe der Befangenheit – beispielsweise andere Ansichten in Grundsatzfragen oder der Umstand, dass die herrschende Praxis der Behörde zu einer bestimmten Frage von der Auffassung der betreffenden Partei abweicht – sind keine konkreten Anhaltspunkte für eine Befangenheit (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, N. 3.69).

Zu den Ausstandsgründen gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zählen auch Stellungnahmen und Äusserungen über den Verfahrensausgang. Diese können dann Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 133 I 89 E. 3.3; BREITENMOSE/SPORI FEDAIL, a.a.O., N. 93 zu Art. 10 VwVG).

**6.3** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt es für sich alleine keinen Ausstandsgrund dar, dass die Vorinstanz im bisher vorläufigen Ergebnis, dem Verfügungsentwurf betreffend zusätzliche Eigenmittel, an ihrer ersten Einschätzung anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrats vom 24. Januar 2019 festgehalten hat. Es bräuchte darüber hinaus ein Misstrauen in die Unparteilichkeit des Verwaltungsrats der Vorinstanz, das sich auf vernünftige Gründe abstützen liesse. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden, die auf einen Anschein der Befangenheit des Verwaltungsrats der Vorinstanz hindeuten könnten. So sind die angebliche Nicht-Beachtung der bankinternen Replikationsmodelle und die von der Beschwerdeführerin angeführte Vorwegnahme der Ausreisseranalyse gemäss Anhang 1 des FINMA-Rundschreibens 2019/2 allgemein gehaltene Vorwürfe. Diese grundsätzlichen Entscheide der Vorinstanz, das Abstellen auf eine Standardduration anstatt auf das bankinterne Replikationsmodell und die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut, sind in einem Rechtsmittelverfahren überprüfbar. Die Streitbarkeit der genannten Aspekte begründet aber nicht den Anschein der Befangenheit, sondern ist lediglich Ausdruck der unterschiedlichen Auffassungen der Parteien hinsichtlich der korrekten Zinsbindungsdauer und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut.

Ohne dass weitere Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen, ist der stetigen Beteuerung der Vorinstanz zu glauben, dass sie ergebnisoffen bleibe und es sich hinsichtlich der Parameter "Zwei-Jahres-Duration" und "Ausreisserinstitut" um eine vorläufige Einschätzung handle (vgl. die Schreiben vom 8. März 2019, 9. April 2019 und 21. Juni 2019). Zum einen hat sich

die Vorinstanz damit von Anfang an dem Vorwurf einer abschliessenden Meinungsbildung widersetzt. Zum anderen hat eine vorläufige Festlegung der besagten Parameter es der Vorinstanz erlaubt, mit der Beschwerdeführerin über einen möglichen Eigenmittelzuschlag zu verhandeln. Es besteht kein Anlass zur Annahme, dass die Vorinstanz die nochmalige Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der definitiven Verfügung zum Vorherein als unnütze Formalität betrachtet. Damit besteht vielmehr Grund zur Annahme, dass sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz noch nicht definitiv festgelegt hat. Es mag im Resultat zutreffen, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht, dass, falls die Vorinstanz an der "Zwei-Jahres-Duration" und der Qualifikation der Beschwerdeführerin als Ausreisserinstitut festhält, nur noch hinsichtlich technischer Aspekte sowie gegebenenfalls hinsichtlich der Höhe der zusätzlichen Eigenmittel Spielraum bestünde. Damit vermag die Beschwerdeführerin wohl die Wichtigkeit der fraglichen Parameter aufzuzeigen, nicht jedoch, dass sich die Vorinstanz auf einen Verfahrensausgang festgelegt hat. Die Tatsache, dass sich der Verwaltungsrat der Vorinstanz anlässlich der Sitzung vom 24. Januar 2019 zu den fraglichen Parametern geäussert und eine Einschätzung vorgenommen hat, führt also unabhängig davon, ob diese Einschätzung richtig oder falsch ist, nicht automatisch zum Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit. Darüber hinaus gehend vermochte die Beschwerdeführerin keine Tatsachen aufzuzeigen, die Misstrauen in die befangenheitsrechtliche Korrektheit des Verhaltens der Vorinstanz nahelegen.

Insbesondere vermag auch der von Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Zeitungsartikel der Luzerner Zeitung zum Urteil 2C\_387/2018 des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 keine Ausstandspflicht zu begründen. Der besseren Verständlichkeit wegen wird der Zeitungsartikel ohne Anführungs- und Schlusszeichen wörtlich wiedergegeben, soweit er für das vorliegende Verfahren relevant ist:

Aus dem Schneider ist A. \_\_\_\_\_ damit jedoch nicht. "Der Finma-Verwaltungsrat wird in Sachen A. \_\_\_\_\_ in naher Zukunft über den Fall entscheiden", sagt ein Finma-Sprecher. Gut möglich, dass dieser zum selben Schluss kommt, schliesslich war der Finma-Verwaltungsrat über die Verfügung an A. \_\_\_\_\_ informiert. Immerhin: A. \_\_\_\_\_ hat damit Zeit gewonnen, sich auf die Aufstockung der Eigenmittel vorzubereiten.

Soweit im Zeitungsartikel der Luzerner Zeitung darüber berichtet wird, der Verwaltungsrat der Vorinstanz könnte zum gleichen Schluss kommen wie

seine Geschäftsleitung, handelt es sich nicht um eine in direkter Rede gekennzeichnete Aussage eines Sprechers der FINMA. Auch sonst wird im Zeitungsartikel in keiner Weise darauf verwiesen, dass die geäußerte Vermutung ("Gut möglich, dass [der FINMA-Verwaltungsrat] zum selben Schluss kommt") in den Aussagen des Finma-Sprechers wurzelt. Die in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzte Aussage des FINMA-Sprechers betrifft nur den zeitlichen Ablauf, nämlich, dass der Verwaltungsrat der FINMA in naher Zukunft über den Fall entscheiden werde. Bei der Spekulation, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz zum gleichen Schluss kommen könnte wie seine Geschäftsleitung, handelt es sich nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts um eine Meinung der Luzerner Zeitung. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin legt der Zeitungsbericht somit nicht nahe, dass der Verwaltungsrat der Vorinstanz voreingenommen sein könnte. Ein zweiter von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegter Pressebericht verweist in der entscheidenden Passage lediglich auf den Bericht der Luzerner Zeitung und ist nicht weiter zu berücksichtigen.

**6.4** Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin keine Ausstandspflicht des Präsidenten und der Mitglieder des Verwaltungsrats der Vorinstanz zu begründen vermag. Die Rüge, der Präsident und die Mitglieder des Verwaltungsrats der Vorinstanz hätten sich an oder in Zusammenhang mit der Sitzung vom 24. Januar 2019 in einer Weise festgelegt, dass eine unbefangene Beurteilung des gegenständlichen Verfügungsentwurfs als ausgeschlossen erscheine, erweist sich demnach als unbegründet.

## **7.**

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]) und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G01291107; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

**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: 30. September 2020