



Abteilung II
B-6887/2019

Zwischenentscheid vom 10. Februar 2020

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Keita Mutombo, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____,
vertreten durch
Michael Kunz, Fürsprecher, LL.M.,
Gesuchsteller.

Gegenstand

Ausstandsbegehren im Beschwerdeverfahren B-7186/2018.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA mit Verfügung vom 9. November 2018 gegen X. _____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ein Berufsverbot für die Dauer von 3 Jahren, unter Strafandrohung für den Fall der Wiederhandlung, ausgesprochen und ihm Verfahrenskosten von Fr. 30'000.– auferlegt hat,

dass der Gesuchsteller mit Eingabe vom 14. Dezember 2018 dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben und beantragt hat, die angefochtene Verfügung sei vollständig aufzuheben (Beschwerdeverfahren B-7186/2018; nachfolgend: Hauptverfahren),

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-3930/2016 vom 25. November 2019 eine Beschwerde der ehemaligen Arbeitgeberin des Gesuchstellers (nachfolgend: Bank) gegen die durch die FINMA verfügte Gewinneinziehung beurteilt hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht in diesem Urteil die Frage, ob die Bank eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht begangen habe, im Sinne einer Vorfrage zu Ungunsten der Bank entschieden hat,

dass der Gesuchsteller mit Eingabe vom 24. Dezember 2019 im Hauptverfahren den Ausstand von Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Francesco Brentani, Richter Roland Flury und Gerichtsschreiberin Maria Cristina Lolli sowie von allfälligen weiteren am Urteil B-3930/2016 beteiligten Gerichtspersonen beantragt,

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

dass das Bundesverwaltungsgericht auch für die Beurteilung von Fragen formeller Natur, die sich im Rahmen des Hauptverfahrens ergeben, zuständig ist, so auch für den Entscheid über ein Ausstandsbegehren (BVGE 2007/4 E. 1.1),

dass, soweit das Ausstandsgesuch Gerichtsschreiberin Maria Cristina Lolli betrifft, nicht darauf einzutreten ist, da sie nicht als Gerichtsschreiberin im Hauptverfahren vorgesehen ist,

dass ausser den drei Richtern des Spruchkörpers und der erwähnten Gerichtsschreiberin keine weiteren Gerichtspersonen am Urteil B-3930/2016 beteiligt waren, weshalb auf das Ausstandsgesuch nicht einzutreten ist, soweit es sich gegen "allfällig weitere" am Urteil B-3930/2016 beteiligte Gerichtspersonen richtet,

dass im Übrigen auf das Ausstandsgesuch einzutreten ist,

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

dass eine Partei, die den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen will, dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen hat, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat, und die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen hat (Art. 36 Abs. 1 BGG),

dass die betroffene Gerichtsperson sich über die vorgebrachten Ausstandsgründe zu äussern hat (Art. 36 Abs. 2 BGG),

dass im vorliegenden Fall von den betroffenen Richtern Stellungnahmen eingeholt worden sind,

dass ohne Anhörung der Gegenpartei über die Ausstandsfrage entschieden werden kann (Art. 37 Abs. 2 BGG),

dass der Gesuchsteller zur Begründung des Ausstandsgesuchs vorbringt, sowohl der Sachverhalt wie auch die damit verbundenen Rechtsfragen bezüglich der (fehlenden) Kenntnis der Bank über die "Underlying Investments" stellten im Urteil B-3930/2016 gegen die Bank einen zentralen Sachverhalt und den Kern des Vorwurfs der schweren Verletzung von Aufsichtsrecht dar,

dass er weiter darlegt, da die Vorinstanz ihm selbst vorwerfe, für die unterlassene Abklärung verantwortlich zu sein, seien sowohl dieser Sachverhalt wie auch die damit verbundenen Rechtsfragen für beide Verfahren identisch,

dass der Gesuchsteller ausführt, gestützt auf BGE 142 II 243 E. 2 sei das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, im Verfahren gegen eine natürliche Person die von der FINMA behauptete schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch die Bank selbst im Falle einer rechtskräftigen Verfügung gegen

die Bank erneut zu prüfen und zu beurteilen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht im Hauptverfahren B-7186/2018 somit erneut den identischen Sachverhalt und die identischen Rechtsfragen prüfen müsse,

dass der Gesuchsteller erklärt, die genannten Gerichtspersonen hätten im Urteil B-3930/2016 den Sachverhalt bezüglich der "Underlying Investments" und der entsprechenden (fehlenden) Kenntnis der Bank bereits festgestellt und beurteilt, weshalb der konkrete Sachverhalt und die Beantwortung der damit verbundenen konkreten Rechtsfragen im Hauptverfahren B-7186/2018 nicht mehr als offen erscheine und es nicht vorstellbar sei, dass die genannten Gerichtspersonen im Hauptverfahren B-7186/2018 den identischen rechtlich relevanten Sachverhalt anders feststellen und beurteilen und damit ihr eigenes Urteil B-3930/2016 indirekt als falsch qualifizieren würden,

dass der Gesuchsteller schliesslich vorbringt, damit liege eine Befassung in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit und damit eine Vorbefassung vor, was in seinem Verfahren zu einer Ausstandspflicht der betroffenen Gerichtspersonen führen müsse,

dass der Gesuchsteller sich auf den Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG beruft,

dass nach dieser Bestimmung Gerichtspersonen in Ausstand treten, wenn sie aus anderen als in den vorangegangenen Bestimmungen aufgeführten Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten,

dass Befangenheit im Sinne dieser Auffangbestimmung vorliegt, wenn Umstände dargetan sind, die bei objektiver Betrachtung geeignet erscheinen, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken (BGE 133 I 1 E. 6.2; Urteil des BGer 2C_171/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1), wobei solche Hinweise in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein können (BGE 142 III 732 E. 4.2.2),

dass die persönliche Unbefangenheit eines Richters oder einer Richterin im Grundsatz zu vermuten ist und von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege – nicht leicht-

hin abgewichen werden darf (Urteil des BGer 2C_171/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1; Urteil des BVGer A-6806/2009 vom 10. Februar 2010 E. 5.2 m.H.),

dass unter Vorbefassung der Umstand verstanden wird, dass sich dieselbe Amtsperson in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei eine ähnliche Frage zu beantworten hatte, wodurch bei den Verfahrensbeteiligten eine gewisse Besorgnis entstehen könnte, 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. BGE 140 I 326 E. 5.1, BGE 131 I 113 E. 3.4, BGE 114 Ia 50 E. 3d), was anhand konkreter Anhaltspunkte und unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände im Einzelfall zu untersuchen ist (BGE 138 I 425 E. 4.2.1),

dass insbesondere in der Mitwirkung ein und desselben Richters in mehreren Verfahrensstadien ein Unterlaufen der gesetzlich – eventuell zur Sicherung der Unvoreingenommenheit – vorgesehenen Zuweisung verschiedener Funktionen an unterschiedliche Organe erblickt und als Grund für eine Befangenheit gesehen werden kann (BGE 114 Ia 50 E. 3d),

dass dagegen im Gesetz selbst vorgesehen ist, dass die Mitwirkung in einem früheren Verfahren des gleichen Gerichts für sich allein keinen Ausstandsgrund bildet (Art. 34 Abs. 2 BGG),

dass insofern die Mitwirkung in einem anderen Fall, in dem das betreffende Gericht die gleichen Fragen zu entscheiden hatte, insbesondere etwa in einem Pilotfall oder Grundsatzurteil, für sich allein keine Befangenheit begründet (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d; Urteil des BGer 2C_1156/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.2 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1099),

dass daher auch im vorliegenden Fall der Umstand, dass die vom Ausstandsgesuch betroffenen Richter in einem Parallelverfahren ein Urteil gefällt haben, in dem teilweise die gleichen Sach- und Rechtsfragen vorfrageweise zu beantworten waren, für sich allein keinen Ausstandsgrund darstellt,

dass vorliegend weder der Gesuchsteller noch die betroffenen Richter selber anlässlich ihrer Stellungnahmen andere Gründe darlegen, welche die betroffenen Richter als befangen erscheinen lassen würden,

dass das Ausstandsgesuch daher abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist,

dass die Kosten des Ausstandsverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Ausstandsbegehren betreffend das Hauptverfahren B-7186/2018 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Kosten des Ausstandsverfahrens von Fr. 1'000.– werden dem Gesuchsteller auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Zwischenentscheids zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Je eine Kopie der Stellungnahmen der vom Ausstandsgesuch betroffenen Richter geht an den Gesuchsteller.

4.

Dieser Entscheid geht an:

- den Gesuchsteller (Gerichtsurkunde; Beilagen: gem. Ziff. 3)
- die FINMA als Vorinstanz im Verfahren B-7186/2018

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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: 11. Februar 2020