



Abteilung II
B-5120/2016

Urteil vom 23. Februar 2017

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausstand.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BaFin ersuchte die Vorinstanz im Herbst 2015 auf dem Weg der internationalen Amtshilfe aufgrund bestehender Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen das Marktmanipulationsverbot gemäss § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 und § 3 Abs. 2 der deutschen Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung (MaKonV) um Informationen betreffend auffällige Transaktionen in Zertifikaten auf den [...] und auf den [...] im Zeitraum vom 27. Juli 2011 bis zum 30. Juli 2012. Die von der Vorinstanz bei der X. _____ AG eingeholten Informationen betrafen unter anderem die Y. _____ mit Sitz in Zürich. Die Vorinstanz setzte die Y. _____ mit Notifikationsschreiben vom 24. Juni 2016 über das Amtshilfegesuch der BaFin in Kenntnis und ersuchte die Y. _____ der Übermittlung der sie betreffenden, bei der X. _____ AG eingeholten Informationen zuzustimmen.

A.b Mit Schreiben vom 11. Juli 2016 an die Vorinstanz ersuchte der Beschwerdeführer, dass die Unterzeichneten des Notifikationsschreibens vom 24. Juni 2016, B. _____ und C. _____, in den Ausstand zu treten hätten. Er warf diesen beiden Mitarbeitern der Vorinstanz vor, durch die Anhandnahme des Amtshilfegesuchs der BaFin, die Einholung der ersuchten Informationen bei der X. _____ AG sowie die Zustellung des Notifikationsschreibens kriminelle Handlungen begangen zu haben. Mit Verfügung vom 19. Juli 2016 wies die Vorinstanz das Ausstandsgesuch ab, soweit sie darauf eintrat.

B.

Mit Eingabe vom 18. August 2016 stellte der Beschwerdeführer folgende Anträge:

1. Den Ausstand gegen die Beamten im Geschäftsbereich Enforcement der FINMA B. _____ und C. _____ sowie gegen D. _____ und E. _____ hinsichtlich aller Verfahren betreffend den Unterzeichner wie die Y. _____ AG anzuordnen unter Aufhebung der Verfügung vom 19. Juli 2016.
2. Der FINMA die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

3. Gemäss Art. 64 VwVG eine Parteientschädigung zugunsten des Unterzeichners von CHF 10'000.- für den Aufwand und die immateriellen Schäden dieses Verfahrens festzusetzen.
4. Als Zustelldomizil i.S. Art. 11 VwVG wird die Z. _____ AG benannt.

C.

Mit Vernehmlassung vom 23. November 2016 beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers.

D.

Am 27. September 2016 (Eingang 12. Dezember 2016) reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert eine weitere Eingabe ein, welche der Vorinstanz mit Verfügung vom 17. Januar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

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 Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes 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]). Ein Ausschlussgrund liegt nicht vor (Art. 32 VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG). Er 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) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Die Amtshilfe war vor dem 31. Dezember 2015 in Art. 38 Abs. 5 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) geregelt. Die auf den

1. Januar 2016 in Kraft getretene Revision des BEHG bzw. des FINMAG und dessen neue Art. 42 ff. finden auf den vorliegenden Fall Anwendung, da die angefochtene Verfügung nicht die Stattgebung des Amtshilfege- suchs zum Streitgegenstand hat (vgl. Urteile des BVGer B-7551/2015 vom 16. Februar 2016 E. 1 und B-7195/2015 vom 25. Januar 2016 E. 2).

Art. 42a Abs. 1 und 2 FINMAG (Amtshilfeverfahren) in der Fassung vom 19. Juni 2015, in Kraft seit 1. Januar 2016, lauten wie folgt:

¹Befindet sich die FINMA noch nicht im Besitz der zu übermittelnden Informa- tionen, so kann sie diese von den Informationsinhaberinnen und –inhabern verlangen. [...].

²Betreffen die von der FINMA zu übermittelnden Informationen einzelne Kun- dinnen und Kunden, so ist das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezem- ber 1968 unter Vorbehalt der Absätze 3-6 anwendbar."

2.1 Der Anspruch auf unbefangene Entscheidträger der Verwaltung ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidge- nossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101; vgl. hierzu und zum Folgen- den: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 2.1 – 2.6). Danach hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Ver- waltungsinstanzen 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. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG, Praxiskommentar, 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 ge- rader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder ver- schwägert sind (Bst. b bis), 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).

2.2 Als Personen, die im Sinne von Art. 10 VwVG eine Verfügung treffen oder vorbereiten, gelten nicht nur Amtsträger, sondern sämtliche Personen, insbesondere auch juristische und technische Sachbearbeiter, die an ei- nem Entscheid in irgendeiner Form beteiligt sind (vgl. RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N. 5 zu Art. 10 VwVG; BREI- TENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., N. 29 zu Art. 10 VwVG; REGINA KIENER,

Richterliche Unabhängigkeit: verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 80). Die Einflussnahme auf den Ausgang des Verfahrens kann auch beratend oder instruierend erfolgen (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 74).

2.3 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, sei es beratend oder instruierend (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 74; FELLER, a.a.O., 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; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 247; 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).

2.4 Artikel 10 VwVG ist auch im Verfahren vor der FINMA anwendbar (Art. 53 FINMAG). Die FINMA ist als unabhängige Verwaltungseinheit (Art. 4 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 FINMAG) mit umfassenden Kompetenzen im Rahmen der Finanzmarktaufsicht ausgestattet und verfügt über ein weit reichendes technisches Ermessen dabei, wie sie ihre Aufsichtsfunktion wahrnimmt (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2837 und 2846). Die Aufsichtsinstrumente (Art. 29 ff. FINMAG) gestatten ihr, unter Umständen auch 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. KIENER, a.a.O., S. 129).

2.5 Den Akten lässt sich entnehmen, dass die BaFin die FINMA im Herbst 2015 auf dem Weg der internationalen Amtshilfe aufgrund von Anhaltspunkten für einen Verstoss gegen das Marktmanipulationsverbot gemäss § 20a Abs. 1 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 und § 3 Abs. 2 MaKonV um Informationen betreffend auffällige Transaktionen in Zertifikaten auf den [...] und auf den [...] im Zeitraum vom 27. Juli 2011 bis 30. Juli 2012 ersucht hat. Die von der Vorinstanz bei der X. _____ AG eingeholten Informationen betrafen unter anderem die Y. _____ AG. Mit dem Schreiben vom 24. Juni 2016 setzte die Vorinstanz die Y. _____ über das Amtshilfegesuch der BaFin in Kenntnis und ersuchte um Zustimmung zur Übermittlung der sie betreffenden, bei der X. _____ AG eingeholten Informationen an die BaFin. Beim Schreiben der Vorinstanz, unterzeichnet von B. _____ und C. _____, handelt es sich um ein Notifikationsschreiben, das u.a. die gesetzliche Regelung von Art. 42a Abs. 2 FINMAG wiedergibt. Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern B. _____ und C. _____ aufgrund dieses Schreibens Ausstandsregeln verletzt haben bzw. in den Ausstand treten sollen. Es liegen demgemäss keine Umstände vor, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermöchten.

Verbale Anfeindungen, Unterstellungen oder auch das Erheben einer Strafanzeige durch eine Partei vermögen für sich allein nicht den Anschein der Befangenheit beim Adressaten zu begründen. Andernfalls hätte es die betreffende Partei in der Hand, einen Mitarbeiter der Verwaltung durch solche Handlungen in den Ausstand zu versetzen und so die Zusammensetzung der Behörde zu beeinflussen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7563/2015 vom 15. Februar 2016 E. 3.3.3 mit Verweis auf BGE 134 I 20 E. 4.3.2).

2.6 Überdies verlangt der Beschwerdeführer den Ausstand von D. _____ und E. _____. Da ein allfälliger Ausstand dieser beiden Mitarbeiter der Vorinstanz nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet und Beschwerdebegehren, welche neue Fragen aufwerfen, den Streitgegenstand überschreiten, kann die Frage nach dem Ausstand von D. _____ und E. _____ nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden.

2.7 Die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Hauptsache, d.h. zur Frage, ob die aufgrund des Amtshilfegesuchs der BaFin eingeholten Unterlagen betreffend die Y. _____ AG an die BaFin übermittelt werden dürfen oder nicht, sind unbeachtlich, da die Übermittlung der fraglichen Unterlagen in diesem Ausstandsverfahren (noch) nicht zur Diskussion steht.

3.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.– aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

Dem unterliegenden Beschwerdeführer 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).

4.

Die Beschwerde ans Bundesgericht ist unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe (Art. 83 Bst. h des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Gestützt auf den Grundsatz der Einheit des Verfahrens ist demzufolge vorliegender Entscheid ebenfalls nicht weiterziehbar (THOMAS HÄBERLI, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 9 zu Art. 83 BGG). Der Entscheid ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird dem einbezahlten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilagen: Vorakten)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben; Beilagen: Vorakten)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Ronald Flury

Karin Behnke

Versand: 24. Februar 2017