Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6962/2010

Zwischenentscheid vom 14. Januar 2011

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richter André Moser,
Gerichtsschreiber Alexander Misic.

Parteien

A._____, …,
Beschwerdeführer 1,

X._____ S.A., …,
Beschwerdeführerin 2,

beide vertreten durch, …,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Amtshilfe (DBA-USA).

Sachverhalt:

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

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

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

Daraufhin schloss der Bundesrat nach weiteren Verhandlungen mit den USA am 31. März 2010 in englischer Sprache ein Protokoll zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, unterzeichnet in Washington am 19. August 2009 (Änderungsprotokoll Amtshilfeabkommen; am 7. April 2010 im ausserordentlichen Verfahren veröffentlicht, mittlerweile AS 2010 1459, nachfolgend: Protokoll 10). Gemäss Art. 3 Abs. 2 Protokoll 10 ist dieses

ab Unterzeichnung und damit ab dem 31. März 2010 vorläufig anwendbar.

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

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

F.
Nachdem die UBS AG am 26. Februar 2010 das Dossier von A._____ und der X._____ S.A. der ESTV übermittelt hatte, gelangte Letztere in ihrer Schlussverfügung vom 9. August 2010 (aus hier nicht näher darzulegenden Gründen) zum Ergebnis, es handle sich um einen Fall, für den gemäss dem Abkommen 09 in der revidierten und von der Bundesversammlung genehmigten Fassung Amtshilfe zu gewähren sei.

G.
Mit Eingabe vom 23. September 2010 liessen A._____ und die X._____ S.A. (nachfolgend: Beschwerdeführende) gegen die Schlussverfügung der ESTV vom 9. August 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und in materieller Hinsicht beantragen, auf das Amtshilfeersuchen sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Amtshilfeersuchen vollumfänglich abzuweisen (alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der ESTV). Zudem stellten die Beschwerdeführenden den Verfahrensantrag, das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen

Entscheids über die Beschwerde in der gleichen Sache vor dem Bundesstrafgericht zu sistieren.

H.
Mit Zwischenverfügung vom 30. September 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, eine Vernehmlassung einzureichen (unter anderem zum vorstehend aufgeführten Verfahrensantrag). Zugleich teilte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführenden die Zusammensetzung des Spruchkörpers für den Entscheid in der Sache mit und verlangte einen Kostenvorschuss.

I.
Mit Hinweis auf die klaren Zuständigkeitsvorschriften und zur Vermeidung weiterer Verfahrensverzögerungen wies das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 7. Oktober 2010 den Sistierungsantrag der Beschwerdeführenden ab.

J.
Mit Entscheid vom 13. Oktober 2010 erkannte die II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, auf die bei ihr separat eingereichte (und ebenfalls gegen die Schlussverfügung der ESTV vom 9. August 2010 gerichtete) Beschwerde der Beschwerdeführenden vom 23. September 2010 sei nicht einzutreten.

K.
Am 1. November 2010 beantragten die Beschwerdeführenden innert der ihm erstreckten Frist den Ausstand des gesamten Spruchkörpers, bestehend aus der Bundesverwaltungsrichterin Salome Zimmermann und den Bundesverwaltungsrichtern Daniel Riedo und Pascal Mollard (nachfolgend: Spruchkörper 1); zudem sei über das vorliegende Ausstandsbegehren eine selbständig zu eröffnende Zwischenverfügung zu erlassen.

L.
Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2010 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang des vorerwähnten Ausstandsbegehrens und teilte den Verfahrensbeteiligten die Besetzung des Spruchkörpers für den diesbezüglichen Zwischenentscheid mit.

Auf entsprechende Aufforderung des für jenen Zwischenentscheid eingesetzten Instruktionsrichters Daniel de Vries Reilingh hin, verneinten Richterin Salome Zimmermann, Richter Daniel Riedo und Richter Pascal

Mollard das Bestehen eines Ausstandsgrundes und beantragten die Abweisung des Gesuchs.

M.
Mit Eingabe vom 22. November 2010 beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden – innert der ihm abermals erstreckten Frist – (erneut) den Ausstand des für den Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren betreffend den Spruchkörper 1 vorgesehenen Spruchkörpers, bestehend aus den Bundesverwaltungsrichtern Daniel de Vries Reilingh und Jérôme Candrian sowie Bundesverwaltungsrichterin Marianne Ryter Sauvant (nachfolgend: Spruchkörper 2); es sei die Richterbank, die über den Ausstand des Spruchkörpers 1 befinden soll, mit Richtern zu besetzen, die nicht dem Bundesverwaltungsgericht (eventualiter: nicht dessen Erster Abteilung) angehören. Der Rechtsvertreter beantragte wiederum den Erlass einer selbständig zu eröffnenden Zwischenverfügung.

N.
Mit Verfügung vom 25. November 2010 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang des (zweiten) Ausstandsbegehrens vom 22. November 2010; im Übrigen hielt es fest, dass über das weitere Vorgehen zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde.

O.
Auf entsprechende Aufforderung der für den vorliegenden Zwischenentscheid neu eingesetzten Instruktionsrichterin Marianne Ryter Sauvant hin, verneinte Richter Daniel de Vries Reilingh mit Stellungnahme vom 1. Dezember 2010, das Bestehen eines Ausstandsgrundes und beantragte die Abweisung des Gesuchs.

Nach Einsicht in das Dossier verneinten sodann am 6. Dezember 2010 Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter Jérôme Candrian und der neu eingesetzte Richter André Moser (nachfolgend: Spruchkörper 3) das Bestehen eines Ausstandsgrundes.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehört auch die Schlussverfügung der ESTV im Bereich der internationalen Amtshilfe (Art. 32 VGG e contrario und Art. 20k Abs. 1 Vo DBA-USA). Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über Ausstandsbegehren zuständig (vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1). Auf die beiden form- und fristgerecht eingereichten Ausstandsbegehren ist somit – unter Vorbehalt der nachfolgenden Einschränkungen in E. 3.2.2 und in E. 3.3.2 – einzutreten. Soweit das VGG nichts anderes bestimmt, richtet sich gemäss dessen Art. 37 das Verfahren nach dem VwVG.

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) gelten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss (Art. 38 VGG; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Bernard Corboz et al. [Hrsg.], Commentaire de la LTF, Bern 2009 [nachfolgend: Commentaire LTF], N 6 zu Art. 34; ISABELLE HÄNER, in: Marcel A. Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 [nachfolgend: Kommentar BGG], N 3 zu Art. 34).

1.2. Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter beziehungsweise eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG). Diese Bestimmung äussert sich nicht darüber, in welcher Besetzung der Entscheid über ein Ausstandsbegehren zu ergehen hat. Die allgemeinen Bestimmungen zur Bildung der Spruchkörper in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sehen in der Regel die Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen vor (Art. 21 Abs. 1 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]). Beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren handelt es sich zwar um einen

Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 92 Abs. 1 BGG). Da aber mit diesem Entscheid abschliessend über das Vorliegen von Ausstandsgründen befunden wird, erscheint es auch in diesen Fällen angebracht, den Spruchkörper gemäss den allgemeinen Bestimmungen zu bilden. Entsprechend ist auch über Ausstandsbegehren in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen zu entscheiden (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-3001/2010 vom 20. September 2010 E. 1.2 und A-6354/2010 vom 16. September 2010 E. 1.2).

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

2.

2.1. Gemäss Art. 34 Abs. 1 BGG haben Gerichtspersonen u.a. dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, in der gleichen Sache tätig waren (Bst. b) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter, befangen sein könnten (Bst. e). Es handelt sich beim letztgenannten Ausstandsgrund um einen (nicht abschliessend formulierten) Auffangtatbestand, der im Sinn der bisherigen Rechtsprechung (zum alten Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG, BS 3 521]) auszulegen ist (vgl. ANDREAS GÜNGERICH, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, N 5 f. zu Art. 34; Urteil des Bundesgerichts 2F_2/2007 vom 25. April 2007 E. 3.2). Danach liegt eine Befangenheit vor, wenn Umstände dargetan sind, die bei objektiver Betrachtung geeignet erscheinen, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken (BGE 133 I 1 E. 5.2 und 6.2, 131 I 113 E. 3.4; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LTF, N 31 zu Art. 34), so dass er kein «rechter Mittler» (BGE 33 I 143 E. 2) mehr sein kann. Solche Hinweise können in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet liegen (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, N 7 zu Art. 30; GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bd. 1,

2. Aufl., St. Gallen etc., N 9 ff. zu Art. 30). Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden der Parteien (BGE 131 I 24 E. 1.1 mit Hinweisen); das Misstrauen in die Unbefangenheit muss in objektiver Weise gerechtfertigt erscheinen. Der Richter braucht nicht tatsächlich befangen zu sein; es genügt, wenn hinreichende Anhaltspunkte hierfür sprechen (BGE 128 V 82 E. 2a, 124 I 121 E. 3a, je mit weiteren Hinweisen). Da die Ausstandsregelung in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter steht, muss sie eine Ausnahme bleiben, soll die Zuständigkeitsordnung nicht ausgehöhlt werden (so ausdrücklich MARK LIVSCHITZ, N 5 zu Art. 47, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, mit dem Hinweis, dass andernfalls «jede Prozesspartei ‹ihre› Richterbank mit fadenscheiniger Begründung nach Belieben auswählen [könnte]»). Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters ist deshalb im Grundsatz zu vermuten (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3b; AUBRY GIRARDIN, Commentaire LTF, N 34 zu Art. 34); von der regelhaften Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2007 und 2C_283/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1 mit Hinweisen; vgl. auch Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6354/2010 vom 16. September 2010 E. 2 mit Hinweis).

2.2. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann unter Umständen ein Ausstandsgrund gegeben sein, wenn eine sog. Vorbefassung vorliegt, d.h. wenn sich der Richter oder die Richterin schon zu einem früheren Zeitpunkt mit der Angelegenheit befasst hat (BGE 126 I 68 E. 3c mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1P.2/2004 vom 18. Februar 2004; dazu ausführlich RENÉ RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, N 521 ff.). Das Verfahren über den Ausstand von Gerichtspersonen ist jedoch nicht dazu bestimmt, die Recht- oder Verfassungsmässigkeit eines früheren Urteils, an dem bestimmte Gerichtspersonen mitgewirkt haben, in Frage zu stellen. Eine den Ausstand begründende Voreingenommenheit ist diesfalls nur dann anzunehmen, wenn besonders krasse und wiederholte Irrtümer vorliegen, diese einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (BGE 125 I 119 E. 3e; vgl. statt vieler: Urteile des Bundesgerichts 1B_164/2009 vom 31. August 2009 E. 2.1, 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010). Die Beteiligung an einem früheren Verfahren bildet

gemäss Art. 34 Abs. 2 BGG für sich allein denn auch keinen Ausstandsgrund, sofern nicht ein Tatbestand von Art. 34 Abs. 1 Bst. a-e BGG erfüllt ist (HÄNER, Kommentar BGG, N 22 zu Art. 34; GÜNGERICH, a.a.O., N 7 zu Art. 34; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-787/2008 vom 29. Februar 2008). Dementsprechend kann ein Ausstandsbegehren grundsätzlich nicht mit dem Ergebnis bzw. dem Inhalt bereits gefällter Entscheidungen begründet werden (Urteile des Bundesgerichts 2E_1/2008 vom 29. Mai 2008 E. 2.1.4, 2C_253/2007 vom 26. Juni 2007 E. 2; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010, A-3001/2010 vom 20. September 2010 E. 4.1).

3.

3.1. Im vorliegenden Fall verlangen die Beschwerdeführenden einerseits den Ausstand von Bundesverwaltungsrichterin Salome Zimmermann sowie der Bundesverwaltungsrichter Daniel Riedo und Pascal Mollard; andererseits seien die Bundesverwaltungsrichter Daniel de Vries Reilingh, Jérôme Candrian und Bundesverwaltungsrichterin Marianne Ryter Sauvant (Spruchkörper 2) zu verpflichten, für den Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren betreffend die erstgenannten Gerichtspersonen (Spruchkörper 1) in den Ausstand zu treten.

Bezüglich des Spruchkörpers 2 bringen die Beschwerdeführenden vor, dieser sei vollumfänglich aus Richtern der Ersten Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts besetzt, der auch die abgelehnten Richter des Spruchkörpers 1 angehören. Es sei objektiv nicht vorstellbar, dass die Mitglieder des Spruchkörpers 2 über ihre Abteilungskollegen einen Entscheid über die Befangenheit fällen könnten. Gegen Richter Daniel de Vries Reilingh, der dem Spruchkörper 2 angehört, wird zudem vorgebracht, dieser sei aufgrund seiner Mitwirkung am Amtshilfe-Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-4876/2010 materiell vorbefasst und zeige keine Bereitschaft, die Pilotentscheide des Bundesverwaltungsgerichts zu hinterfragen. Damit werden gegen Richter Daniel de Vries Reilingh sinngemäss dieselben Gründe vorgebracht wie gegen den Spruchkörper 1 (vgl. dazu die Ausführungen in E. 3.3). Es erscheint daher gerechtfertigt, in einem ersten Schritt die Ausstandsgründe betreffend Richterin Marianne Ryter Sauvant und Richter Jérôme Candrian zu prüfen (E. 3.2). Sodann soll die Frage geklärt werden, ob jedwelche Mitwirkung an Amthilfe-Entscheiden (wie im Fall von Bundesverwaltungsrichter Daniel de Vries Reilingh) respektive die

Mitwirkung an einem Pilotentscheid (Spruchkörper 1) *per se* einen Ausstandsgrund konstituiert (E. 3.3).

3.2. In seinem Ausstandsbegehren vom 22. November 2010 machen die Beschwerdeführenden geltend, die Bundesverwaltungsrichterin und die Bundesverwaltungsrichter des Spruchkörpers 2 seien urteils- und objektivitätstrübenden Einflüssen insofern ausgesetzt, als dass sie gewöhnlich mehr Lebenszeit miteinander verbringen würden als mit ihren Ehe- oder Lebenspartnern. Die Richterinnen und Richter der Spruchkörper 1 und 2 würden sich fast jeden Tag im Büro sehen, sich in Diskussionen austauschen, miteinander in die Kaffeepause gehen und zuweilen gemeinsam das Mittagessen einnehmen. Deshalb sei es nach Auffassung der Beschwerdeführenden objektiv nicht vorstellbar, dass der Spruchkörper 2 einen Entscheid über die (Un-)Befangenheit des Spruchkörpers 1 fällen könne, ohne von kollegialen Gefühlen beeinflusst zu werden.

3.2.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Kollegialität gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG kein Ausstandsgrund bildet und soziale Beziehungen, wie z.B. eine persönliche Bekanntschaft oder ein Duzverhältnis, grundsätzlich nicht zur Befangenheit führen (vgl. HÄNER, Kommentar BGG, N 16 zu Art. 34, unter Berufung auf REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 99; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 112 f.). Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG verlangt eine besondere Freundschaft, d.h. qualifizierte Umstände, die auf eine besondere Intensität hinweisen (SCHINDLER, a.a.O., S. 112). Selbst wenn solche Umstände gegeben wären, müsste im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob die besondere Freundschaft objektiv den Anschein von Befangenheit zu erwecken vermag (HÄNER, Kommentar BGG, N 16 zu Art. 34). Sodann verlangt Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG nicht, dass Richterinnen und Richter in den Ausstand treten müssen, wenn zwischen ihnen eine Freundschaft besteht, sondern nur, wenn sie mit einer Partei oder ihrer Vertreterin resp. ihrem Vertreter ein Freundschaftsverhältnis pflegen. Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb sich in diesem Zusammenhang eine weitere Prüfung der Vorbringen der Beschwerdeführenden erübrigt.

3.2.2. Die Beschwerdeführenden bringen sodann in allgemeiner Weise vor, zwischen Richterinnen und Richtern bestünde eine sog. interne Abhängigkeit, d.h. eine gruppendynamisch bedingte Beeinflussung bestimmter Gerichtspersonen durch Richterkollegen. Durch die

Zugehörigkeit zur selben Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts sei deshalb der Anschein möglicher Berufsfreundschaft ausreichend, um einen Ausstandsgrund gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG zu bejahen. Wie soeben ausgeführt ist diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Auch wenn die von den Beschwerdeführenden beschriebenen gruppendynamischen Phänomene nicht völlig in Abrede gestellt werden können, gilt es, mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit grundsätzlich Folgendes festzuhalten: Trotz und gerade aufgrund der zahlreichen und mannigfaltigen Einflüsse (wie gesellschaftliche Sitten, Gewohnheiten, Werturteile, besondere Freundschaft, persönliche Feindschaft, die öffentliche Meinung oder bestimmte politische Ereignisse), die auf die Unabhängigkeit des richterlichen Urteils einwirken und die Freiheit des Richters beeinträchtigen können, kann und muss von diesem erwartet werden, dass er seine Unvoreingenommenheit wahrt (BGE 104 Ia 272 E. 3a). Dies ergibt sich direkt aus der verfassungsmässigen Umschreibung der richterlichen Unabhängigkeit gemäss Art. 191c BV, wonach die richterlichen Behörden in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet sind. Schon deshalb vermag nicht jeder beliebige Einfluss der vorgenannten Art, dem der Richter im täglichen Leben ausgesetzt ist, eine Befangenheit zu begründen, welche ihn unfähig macht, in einer Streitsache als Richter zu amten. Wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.1), muss das Misstrauen in den Richter zudem in objektiver Weise als begründet erscheinen (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C_466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.4.2 mit Hinweisen). In Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung bildet sodann die Zugehörigkeit der Richter zu einer Gerichtsbehörde wie namentlich dem Bundesverwaltungsgericht, aber auch die Zugehörigkeit zur selben Abteilung, für sich allein keinen Ausstandsgrund. Zu beurteilen wäre ohnehin nur, ob die Gefahr der Befangenheit bezüglich der mit der Beurteilung des vorliegenden Falles betrauten Gerichtsperson besteht. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführenden vermögen daher den Ausstand von vornherein nicht zu begründen, weshalb (auch) hierzu kein Ausstandsverfahren nach Art. 37 BGG durchgeführt zu werden braucht. Auf das gestellte Ausstandsbegehren vom 22. November 2010 ist deshalb nicht einzutreten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2010 vom 22. September 2010 E. 2.2 mit Hinweisen). Am (Nichteintretens-)Entscheid darüber dürfen dabei auch vom Ausstandsbegehren betroffene Gerichtspersonen mitwirken (Urteil des Bundesgerichts 2C_223/2010 vom 19. November 2010 E. 2.2; vgl. nachfolgend E. 3.3.2).

3.3. Mit Bezug auf Bundesverwaltungsrichterin Salome Zimmermann und die Bundesverwaltungsrichter Daniel Riedo, Pascal Mollard und Daniel de Vries Reilingh machen die Beschwerdeführenden hauptsächlich geltend, diese seien objektiv und offensichtlich befangen, da sie entweder bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 («Piloturteil») oder in anderen Amtshilfeersuchen mitgewirkt hätten. Eine ausgangsoffene Entscheidung erscheine aus diesem Grund nicht mehr gewährleistet, zumal Richterin Zimmermann und Richter Riedo sich bereits im Piloturteil zu den im vorliegenden Verfahren entscheidrelevanten Fragen abschliessend geäussert hätten. Es bestehe objektiv die Gefahr, dass die Bundesverwaltungsrichterin und die Bundesverwaltungsrichter die neuen Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht mehr unbefangen überprüfen. Sie seien präjudiziell vorbefasst, weshalb im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG objektiv zu befürchten sei, dass aus anderen Gründen der Verfahrensausgang nicht mehr offen erscheine. Auch bei Richter Mollard – so die Beschwerdeführenden – bestehe die Gefahr der präjudiziellen Vorbefassung aufgrund seiner Mitwirkung in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008, beide vom 5. März 2009. Ferner fordern die Beschwerdeführenden den Ausstand von Richter Daniel de Vries Reilingh mit der Begründung, dieser sei aufgrund seiner Mitwirkung an diversen Amtshilfeentscheiden, namentlich am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4876/2010 vom 11. Oktober 2010, vorbefasst.

3.3.1. Zwar trifft es zu, dass der vorliegend für den Entscheid in der Sache vorgesehene, mit Gesuch vom 1. November 2010 abgelehnte Spruchkörper 1 – davon ausgenommen ist einzig Richter Pascal Mollard – am besagten Piloturteil beteiligt war. Gleichermassen zutreffend hat auch der mit Gesuch vom 22. November 2010 abgelehnte Richter Daniel de Vries Reilingh bereits an verschiedenen Amtshilfeentscheiden (Sachentscheiden [insb. auch Rückweisungen an die Vorinstanz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs], Abschreibungsentscheiden und Zwischenentscheiden über Ausstandsbegehren) mitgewirkt. Das Verfahren über den Ausstand von Gerichtspersonen ist indes wie gesagt nicht dazu bestimmt, die Recht- oder Verfassungsmässigkeit eines früheren Urteils, an dem bestimmte Gerichtspersonen mitgewirkt haben, in Frage zu stellen (E. 2.2). Schon deshalb kann vorliegend nicht auf die Rüge eingegangen werden, die abgelehnten Gerichtspersonen hätten die Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bzw. bereits jene der Zulässigkeit des Amtshilfegesuchs unkritisch und im Ergebnis

falsch beurteilt. An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass sich die II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für die Beurteilung der von den Beschwerdeführenden bei ihr eingereichten Beschwerde vom 23. September 2010 mit Entscheid vom 13. Oktober 2010 als «eindeutig nicht zuständig» erachtet hat und demzufolge auf die Beschwerde nicht eingetreten ist (unveröffentlichter Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 13. Oktober 2010 [RR.2010.211+212], rechtskräftig). Des weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dessen Urteile einen gewissen Prajudizcharakter besitzen, ausdrücklich festgehalten hat, dass die richterliche Unabhängigkeit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich nicht verletzt wird, wenn eine Richterin oder ein Richter in anderen Verfahren, über ähnliche, aber gesonderte Fragen entschieden hat (vgl. zu einem Strafverfahren den Entscheid des EGMR vom 14. Juni 2001, 63226/00 – Craxi/Italien; ausführlich zur Rechtsprechung des EGMR WOLFGANG PEUKERT, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, N 213 ff. zu Art. 6; JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N 30b zu Art. 6).

3.3.2. Soweit die hier zu beurteilenden Ausstandsbegehren ausschliesslich mit der Mitwirkung der abgelehnten Gerichtspersonen namentlich am besagten Piloturteil oder an anderen Amtshilfeentscheiden begründet werden, sind sie als untauglich und mithin als unzulässig zu qualifizieren. Bei einer solchen Ausgangslage dürfen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die vom Begehren betroffenen Gerichtspersonen an der Feststellung von deren Unzulässigkeit mitwirken (Urteil des Bundesgerichts 2C_253/2007 vom 26. Juni 2007 E. 2 mit Hinweisen insb. auf BGE 114 Ia 278 E. 1, 105 Ib 301 E. 1c; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 6B_463/2009 vom 20. Juli 2009 E. 2.3.3). Das Bundesgericht hat zudem mit Urteil 2C_223/2010 vom 19. November 2010 ein Ausstandsbegehren, welches ausschliesslich damit begründet wurde, dass Gerichtsmitglieder an einem früheren Entscheid mitgewirkt hätten, der für die betreffende Partei (oder deren Vertreter) negativ ausgefallen war, als untauglich und unzulässig qualifiziert. Eine angeblich falsche Rechtsauffassung – so das Bundesgericht – begründe für sich allein noch keinen Anschein der Befangenheit. Die vom Ausstandsbegehren betroffenen Gerichtspersonen dürfen am (Nichteintretens-)Entscheid darüber mitwirken (Urteil des Bundesgerichts 2C_223/2010 vom 19. November 2010 E. 2.2 [mit weiteren Hinweisen]).

Aus diesem Grund hätte daher auch der Spruchkörper 2 den vorliegenden Zwischenentscheid fällen können. Hingegen wurde – wie bereits im Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6743/2010 vom 13. Dezember 2010 – ein anderes Vorgehen gewählt, um jeglichen Anschein einer möglichen Befangenheit oder Voreingenommenheit zu vermeiden. Da Amtshilfefälle in Steuersachen ausschliesslich in den Zuständigkeitsbereich der zweiten Kammer der Ersten Abteilung des Bundesverwaltungsgericht fallen, wurde deshalb ein Spruchkörper 3 gebildet, der ausschliesslich aus Bundesverwaltungsrichtern der ersten Kammer der Ersten Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts besteht. Dieser Spruchkörper 3 tritt auf die beiden Ausstandsbegehren nicht ein.

3.4. Zusammenfassend vermag weder die Zugehörigkeit der Richter zu einer Gerichtsbehörde wie dem Bundesverwaltungsgericht (resp. seiner Ersten Abteilung) noch die Mitwirkung der abgelehnten Gerichtspersonen namentlich am besagten Piloturteil oder an bestimmten Amtshilfeentscheiden für sich allein einen Ausstandsgrund zu begründen. Auf die gestellten Ausstandsbegehren ist insoweit nicht einzutreten.

Da namentlich gegen den Spruchkörper 2 nur pauschale bzw. untaugliche und damit im Ergebnis unzulässige Ausstandsgründe geltend gemacht wurden, darf der Spruchkörper 3 nicht nur an der Feststellung von deren Unzulässigkeit mitwirken (E. 3.2.2), sondern ist im Folgenden (E. 4) auch zur Beurteilung der geltend gemachten spezifischen Ausstandsgründe gegen den Spruchkörper 1 legitimiert (vgl. die Hinweise in E. 3.3.2).

4.

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

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

deshalb von vornherein nicht zu erwarten, dass diejenigen Mitglieder des Spruchkörpers 1, die bereits am Piloturteil mitgewirkt hätten, sich in Widerspruch zu ihrem damaligen Entscheid setzen und diejenigen Rügen und Begründungen, die zusätzlich zu denjenigen der Beschwerde im Piloturteil vorgebracht würden, ernsthaft prüfen und möglicherweise als berechtigt beurteilen würden. Insofern erscheine das vorliegende Verfahren aufgrund der Vorbefassung der abgelehnten Richter nicht mehr offen; die Mitglieder des Spruchkörpers 1 hätten infolge ihrer Teilnahme am Piloturteil keinen Entscheidungsspielraum mehr, ohne sich zu ihrer früheren Haltung in Widerspruch zu setzen und unter grosser öffentlicher Beachtung eine Fehlbeurteilung eingestehen zu müssen. Es sei daher nicht zu erwarten, dass sie die neu von den Beschwerdeführenden aufgeworfenen Rechtsfragen unbefangen prüfen würden. Die Tatsache, dass ein Fall zum Piloturteil deklariert worden sei, zeige, dass er als Präjudiz für die übrigen Verfahren diene. Der Pilotfall gebe den Rahmen für vergleichbare Fälle vor. Die Offenheit des einzelnen Verfahrens sei auch darum nicht mehr gewährleistet.

4.2. Der Umstand, dass sich das Bundesverwaltungsgericht zur Bewältigung der bekanntlich zahlreichen Amtshilfeverfahren auf einzelne Piloturteile stützt, ist nicht zu beanstanden; dies namentlich auch angesichts der mittels Staatsvertrag 10 eigens vorgesehenen Unterteilung der amtshilfefähigen Fälle in bestimmte Kategorien (2Aa, 2Ab, 2Ba, 2Bb) und der damit verbundenen Vielzahl grundsätzlich, d.h. mit Blick auf die im Anhang zum Staatsvertrag 10 beschriebenen vier Konstellationen gleich gelagerter Fälle. Die behaupteten inhaltlichen Fehler oder Verfassungswidrigkeiten des ergangenen Piloturteils vermögen für sich allein gesehen ohnehin keinen Ausstandsgrund darzustellen. Vielmehr handelt es sich dabei offensichtlich um appellatorische Kritik am genannten Urteil, worauf im vorliegenden Rahmen – gleich wie auf die von den Beschwerdeführenden geltend gemachte, gegen das Urteil ergangene Kritik in der Lehre – nicht einzugehen ist. Die Beschwerdeführenden vermögen nicht aufzuzeigen, inwiefern die einzelnen am besagten Piloturteil mitwirkenden Personen sich in einer Art festgelegt haben sollen, dass sie einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage – insbesondere bezüglich neuer Vorbringen seitens der Beschwerdeführenden – nicht mehr zugänglich sein sollten. Zwar trifft es zu, dass aus Gründen der Rechtssicherheit (auch) das Bundesverwaltungsgericht den in früheren Entscheidungen eingenommenen Standpunkt innerhalb bestimmter Grenzen grundsätzlich übernimmt und eine Änderung der Praxis regelmässig nur als begründet

erachtet, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnisses oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht. Dies bedeutet – nach den Worten des Bundesgerichts – aber einerseits, dass auch für einen anders zusammengesetzten Spruchkörper eine solche beschränkte Befolgungspflicht bestünde, andererseits, dass es sowohl für einen anders zusammengesetzten Spruchkörper wie auch für den damaligen durchaus möglich wäre, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen die Rechtslage in einem neuen Fall anders zu beurteilen (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C_466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.3.2).

4.3. Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, inwieweit den betreffenden Richtern besonders schwere und wiederholte Fehler im Verfahren oder bei der rechtlichen Beurteilung im Sinn einer schwerwiegenden Pflichtverletzung vorzuwerfen wären, die auf eine fehlende Distanz oder Neutralität schliessen lassen würden. Insoweit ist dem Anspruch auf ein faires Verfahren ohne weiteres Genüge getan worden. Unter diesen Umständen kann – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden – auch nicht von einer Vorbefassung gesprochen werden, selbst wenn sich dieselben Rechtsfragen erneut stellen sollten. Vielmehr ist es als Prozessrisiko der Beschwerdeführenden zu qualifizieren, wenn sie ungeachtet des rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010 den Beschwerdeweg beschreiten und unter Umständen dieselben Rügen vorbringen. Jedenfalls ist darin keine den Ausstand begründende Voreingenommenheit der abgelehnten Richterinnen und Richter zu sehen (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6262/2010 vom 20. Oktober 2010). In Bezug auf neu aufgeworfene Rechtsfragen sind sodann von vornherein keine Widersprüche zum ergangenen Piloturteil zu erwarten. Nach dem Gesagten ist eine Befangenheit im Sinn von Art. 34 Abs. 1 Bst. a-e BGG nicht ersichtlich.

4.4. Damit bleibt festzuhalten, dass auch mit Bezug auf das zu fällende Urteil in der Streitsache keine Gründe für einen Ausstand von Richterin Salome Zimmermann, Richter Daniel Riedo und Pascal Mollard vorliegen. Insofern sind die beiden Ausstandsbegehren der Beschwerdeführenden abzuweisen, soweit auf diese überhaupt eingetreten werden kann.

5.
Die Kosten für diesen Zwischenentscheid bleiben bei der Hauptsache.

6.
Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. h BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Ausstandsbegehren vom 1. November 2010 und vom 22. November 2010 werden abgewiesen, soweit auf diese eingetreten wird.

2.
Die Kosten dieses Zwischenentscheids bleiben bei der Hauptsache.

3.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

– die Beschwerdeführenden (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. …; Einschreiben)

Der vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Ryter Sauvant	Alexander Misic

Versand: