Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2703/2010
{T 0/2}

Urteil vom 6. Juli 2010

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser,
Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Marion Spori Fedail.

Parteien

X._____,
vertreten durch Dr. Peter Honegger und lic.iur. Daniel Eisele, Rechtsanwälte, Niederer Kraft & Frey, Bahnhofstrasse 13, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstand.

Sachverhalt:

A.
Die Vorinstanz führt eine Untersuchung wegen möglicher Meldepflichtverletzungen im Zusammenhang mit einem namhaften Beteiligungsaufbau an Y. In diesem Zusammenhang eröffnete sie ein Verfahren gegen den Investor Prof. Dr. A. In einem zweiten Verfahren prüft die Vorinstanz, ob die Beschwerdeführerin den Beteiligungsaufbau von Prof. A. in unzulässiger Weise unterstützt hat, indem Y.-Pakete bei der U. (Herr B.) und der V. Versicherung (Herr C.), bei Herrn D. und bei anderen Investoren "parkiert" und "abgerufen" worden sind.

Mit Schreiben vom 12. März 2010 gelangte die Beschwerdeführerin, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Peter Honegger und lic. iur Daniel Eisele, an die Vorinstanz und beantragte den Ausstand der drei Mitarbeiter der Vorinstanz, K., L. und M. Sie machte im Wesentlichen geltend, die von ihr angerufenen Zeugen seien erst zu einer Anhörung eingeladen worden, nachdem sie eine Rechtsverweigerungsbeschwerde eingereicht und das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz aufgefordert habe, zur Verweigerung der Zeugeneinvernahme Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz habe zudem nur belastende, nicht jedoch entlastende Elemente in ihre Zusammenfassung des Sachverhalts vom 4. Februar 2010 aufgenommen, sie habe das Akteneinsichtsrecht verletzt, die ausführlichen Stellungnahmen der Beschwerdeführerin nicht beachtet sowie in der Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht in einem kardinalen Punkt irreführende Angaben gemacht. Des Weitern habe die Vorinstanz ein Gesuch um Bewilligung als Vermögensverwalter seitens der X. Asset Management AG von der Bedingung abhängig gemacht, dass F. und G. als Folge der Y.-Untersuchung ihr Verwaltungsratsmandat bei der X. Asset Management AG abgäben bzw. ruhen liessen. Aufgrund all dieser Vorkommnisse bestehe der schwerwiegende Verdacht, dass die genannten Mitarbeiter der Vorinstanz voreingenommen bzw. befangen seien.

Am 22. März 2010 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab. Sie hielt fest, die von der Beschwerdeführerin angebrachten Vorbehalte gegen drei Mitarbeiter erschöpften sich in Kritik an der Verfahrensführung und an der Ermittlung des Sachverhalts. Die Führung eines erstinstanzlichen Verfahrens resp. die Beteiligung und Mitwirkung

dabei sei jedoch gerade der Primärauftrag der FINMA, damit diese ihre gesetzlich festgelegte Aufgabe, nämlich die Aufsicht über den Finanzmarkt, wahrnehmen könne. Ausstandsgründe seien personenspezifisch in der Weise darzulegen, dass mindestens glaubhaft werde, inwiefern die betroffenen Personen objektiv den Eindruck erweckten, sie seien befangen. Die Art und Weise der Verfahrensführung könne diesen Eindruck aber nicht vermitteln. Denn müsste davon ausgegangen werden, dass die Verfahrensführung einen Ausstandsgrund schaffen könnte, würde eine beförderliche Verfahrensführung gänzlich verunmöglicht bzw. jedes verwaltungsmässige Handeln behindert.

B.
Am 19. April 2010 erhob die Beschwerdeführerin gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und es seien die Mitarbeiter der Vorinstanz, K und M., zu verpflichten, im Verfahren in den Ausstand zu treten (L. ist inzwischen nicht mehr bei der Vorinstanz tätig). In prozessualer Hinsicht beantragt sie, es seien die Verfahrensakten des Bundesverwaltungsgerichts im Fall B-936/2010 (bzgl. Rechtsverweigerungsbeschwerde) für das Verfahren beizuziehen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz. Das Ausstandsbegehren stützt sich unter anderem auf zwei Privatgutachten.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Untersuchung der Vorinstanz sei es zu einer aussergewöhnlichen Häufung von Verfahrensfehlern gekommen. Diese Verfahrensfehler liessen schwerwiegende Bedenken aufkommen, dass die Untersuchung nicht mehr offen, sondern vorausbestimmt sei. K. habe sich bereits im November 2009 in einem Telefongespräch dahingehend geäussert, dass die "Facts auf dem Tisch" lägen, obwohl wichtige Zeugen (von der Beschwerdeführerin als "Kronzeugen" bezeichnet) noch gar nicht angehört worden seien. M. habe im Februar 2010 den Entwurf des relevanten Sachverhalts erstellt, obwohl die beantragte Zeugeneinvernahme immer noch nicht stattgefunden habe. Die Zeugen seien erst unter Druck der vor dem Bundesverwaltungsgericht erhobenen Rechtsverweigerungsbeschwerde ab Mitte März 2010 einvernommen worden. Die genannten Mitarbeiter der Vorinstanz befänden sich, nachdem die "Kronzeugen" ausgesagt hätten, in einem Konflikt: Wenn sie den Sachverhalt aufgrund der Zeugenaussagen von Grund auf neu

schrieben, desavouierten sie ihr bisheriges Vorgehen bzw. die damit verbundenen exorbitanten Kosten. Es bestehe deshalb die Gefahr, dass die Aussagen der "Kronzeugen" kaum oder gar keinen Eingang in den Endentscheid der Vorinstanz fänden. Indem die Mitarbeiter der Vorinstanz auf mehrfaches Beweisanerbieten der Beschwerdeführerin nicht zeitgerecht reagiert hätten, sei dieser der Eindruck vermittelt worden, nicht gehört und nicht ernst genommen zu werden. Der Umstand, dass der Sachverhalt am 4. Februar 2010 im Entwurf bereits erstellt und den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet worden sei, erwecke die Besorgnis, dass die Vorinstanz weitere Beweiserhebungen für überflüssig halte. Die unvollständigen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vor dem Bundesverwaltungsgericht im Fall B-936/2010 deuteten zudem auf mangelnde Objektivität und fehlende Distanz hin. Auch in der unverhältnismässigen Hausdurchsuchung der Bank am 10. Juni 2009, in der Kaschierung der Einflussnahme der Vorinstanz auf den Schlussbericht des Untersuchungsbeauftragten und im Missachten von entlastenden Aussagen der Zeugen seien gravierende Verfahrensmängel zu erblicken, welche in ihrer Gesamtheit den Anschein einer Befangenheit begründeten.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 22. April 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz unter anderem vorsorglich, Prozesshandlungen in dem gegenwärtig von ihr geführten, gegen die Beschwerdeführerin gerichteten finanzmarktrechtlichen Aufsichtsverfahren nach Möglichkeit nicht durch diejenigen Personen vornehmen zu lassen, gegen welche sich das streitbezogene Ausstandsbegehren richtet.

D.
Mit Vernehmlassung vom 14. Mai 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Sie hält an den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung fest und betont, dass die Verfahrensführung allein Sache der untersuchenden Behörde sei und die Parteirechte der Beschwerdeführerin stets beachtet worden seien. Es gehe nicht an, dass die Parteien der FINMA vorschrieben, welche Massnahmen sie im laufenden Verfahren zu treffen, welche Zeugen oder Auskunftspersonen sie in welchem Zeitpunkt einzuvernehmen oder wie sie ihren provisorischen Sachverhalt zu präsentieren habe. Ein solches Diktat

würde die Erfüllung der Aufgaben der FINMA verunmöglichen. Die aufgeblähten und extensiven angeblichen Mängel des Verfahrens vermöchten keinen objektiven Anschein einer Befangenheit zu begründen. Weder aus der gerügten, angeblich unsachgemässen und unvollständigen Aktenführung und dem nicht substantiierten Vorwurf, keine Akteneinsicht erhalten zu haben und nicht umfassend angehört worden zu sein, noch aufgrund einzelner, nicht bewiesener Äusserungen könne auf eine Befangenheit geschlossen werden. K. habe sich zu keinem Zeitpunkt in der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Form geäussert. Der Sachverhalt vom 4. Februar 2010 sei nicht abschliessend erstellt, sondern umreisse den sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aus den Akten ergebenden Sachverhalt chronologisch. Die Vorinstanz äussere sich darin auch nicht in rechtlicher Hinsicht zur Sache. Die Kritik der Beschwerdeführerin richte sich allein gegen die Verfahrensführung der FINMA und angebliche Versäumnisse derselben im Zusammenhang mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Diese Kritik vermöge jedoch keine Ausstandsgründe zu schaffen.

E.

Am 27. Mai 2010 gab die Beschwerdeführerin das Protokoll der Einvernahme eines "Kronzeugen" sowie ein ergänzendes Kurzgutachten zu den Akten und führte aus, die Vorinstanz bzw. deren Mitarbeiter, K. und M., hätten der gerichtlichen Aufforderung vom 22. April 2010, Ziffer 6, wonach sie im Aufsichtsverfahren nach Möglichkeit keine Prozesshandlungen vornehmen sollten, keine Beachtung geschenkt und an der Einvernahme der "Kronzeugen" teilgenommen. Dieses Verhalten stelle eine ausstandsrelevante Missachtung einer gerichtlichen Anordnung dar. Des Weitern habe K. im Verlauf der Einvernahme erklärt, er kenne die Akten nicht, was erhebliche Zweifel daran aufkommen lasse, ob die Befragung mit der nötigen Sorgfalt vorbereitet worden sei. Dadurch werde bei den Verfahrensbetroffenen der bereits bestehende Eindruck verstärkt, dass sie von den Vertretern der Vorinstanz nicht ernst genommen würden. Sollte das Bundesverwaltungsgericht den Anschein der Befangenheit bejahen, beantrage die Beschwerdeführerin unter anderem, dass der Verfahrensabschnitt "Erstellung des Sachverhalts" von unbefangenen Mitarbeitern neu verfasst werde.

Die Vorinstanz nahm am 11. Juni 2010 Stellung zu diesen Ausführungen. Sie macht geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe ihr nicht verboten, Personen einzusetzen, welche vom Ausstandsbegehren betroffen seien. Im Zeitpunkt des Empfangs der Zwischenverfügung habe keine Möglichkeit bestanden, einen Wechsel in der Besetzung für die am nächsten Tag stattfindende Einvernahme vorzunehmen. In die übrigen Einvernahmen sei sodann nur noch M. involviert gewesen, womit dem gerichtlichen Ersuchen im Rahmen des Möglichen Rechnung getragen worden sei. Im Übrigen gebe die Beschwerdeführerin die Situation bezüglich der angeblich belastenden Äusserung von K. ausserhalb jedes Kontexts wieder.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 22. März 2010 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der FINMA erlassene Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist davon besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert. Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und es liegt eine rechtsgültige Vollmacht der Rechtsvertreter vor. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1 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. Art. 29 Abs. 1 BV wird durch Art. 10 Abs. 1 VwVG konkretisiert. Diese Verfahrensvorschrift des VwVG ist auch im Verfahren vor der FINMA anwendbar (Art. 53 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]).

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 dabei 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, in schwerwiegender Weise in die Rechte der Beaufsichtigten einzugreifen. Daher sind die Anforderungen an die (persönliche) Unabhängigkeit der Mitarbeiter der FINMA an einem ähnlich strengen Massstab zu messen wie jene, welche für Gerichtspersonen nach dem hier nicht unmittelbar anwendbaren Art. 30 BV gelten. 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: verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 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 Entscheidträgers oder aufgrund anderer Faktoren – während einer Untersuchung der Anschein erweckt wird, der Verfahrensausgang sei nicht mehr offen.

2.2 Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Neben der eigentlichen Befangenheit oder Interessenkollision ist von vornherein jeder entsprechende Anschein zu vermeiden. 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; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 247; vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, 91 f.).

Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, anwendbar 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; RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 10 N. 5).

2.3 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 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).

Im vorliegenden Fall kommt keiner der in den Bst. a–c erwähnten Ausstandsgründe in Betracht. Zu prüfen ist hingegen, ob eine Befangenheit "aus anderen Gründen" (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG) vorliegt.

2.4 Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG bildet einen Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den "anderen Gründen" handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Dabei kann insbesondere auch das Zusammentreffen verschiedener Um-

stände, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme einer Ausstandspflicht aufweisen, zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen (SCHINDLER, a.a.O., S. 111 und 139).

So führen durch ein Behördenmitglied begangene prozessuale Fehler oder Fehlentscheide in der Sache unter Umständen dann zur Annahme der Befangenheit, wenn es sich um wiederholte und krasse Irrtümer handelt, die zugleich als schwere Amtspflichtverletzungen zu qualifizieren sind (vgl. BGE 125 I 119 E. 3e, BGE 116 Ia 135 E. 3a, BGE 115 Ia 400 E. 3b; vgl. auch FELLER, a.a.O., Art. 10 N 29). Solche Verfahrensfehler vermögen eine Ausstandspflicht insbesondere dann zu begründen, wenn objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2).

Auch Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, nämlich dann, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2, BGE 133 I 89 E. 3.3). Dasselbe gilt für Ratschläge an eine Partei, insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind (vgl. ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 5a N 14; SCHINDLER, a.a.O, S. 136; FELLER, a.a.O., Art. 10 N 26).

3.

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, K. habe im November 2009 in einem Telefongespräch festgehalten, dass der Sachverhalt aufgrund der E-Mails klar sei und weitere Zeugeneinvernahmen seitens der Vorinstanz nicht geplant seien. Dabei habe er folgende Äusserungen gemacht: "Die Facts liegen auf dem Tisch und nun muss man auch mal den Sack zumachen"; "Wir wollen auch gewinnen. Wir haben keine Lust, den case vor Gericht zu verlieren". Diese Aussagen liessen den Schluss zu, dass K. sich bereits eine Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet habe und dass es ihm an der gebotenen Zurückhaltung und Neutralität fehle.

3.1 In den Akten befindet sich ein Memorandum mit dem Titel "Telefonanruf von FINMA, K. und L. vom 17. November 2009", welches von einem Mitarbeiter des Anwaltsbüros Niederer Kraft & Frey (Vertreter der Beschwerdeführerin) verfasst worden ist (Beschwerdebeilage 13). Beim Telefongespräch scheint es primär darum gegangen zu sein, dass K. der Beschwerdeführerin den Entwurf einer für den folgenden Tag geplanten Medienmitteilung vorlas, zu welcher die Beschwerdeführerin innerhalb eines Tages Stellung nehmen sollte. Ferner wurde das weitere Vorgehen im Fall besprochen. Im Memorandum werden die einzelnen, im Gespräch gemachten Aussagen sinngemäss festgehalten, unter anderem folgende:

- Wir fügen an, dass die Befragung der genannten Kronzeugen absolut zentral ist. Der Fall ist ohne solche Befragungen nicht spruchreif.

- Wir werden gleichzeitig beantragen, dass die Zeugen anschliessend auch noch von der FINMA (allenfalls unter Strafandrohung) angehört werden. Gegen einen solchen Antrag hat K. ebenfalls nichts einzuwenden. K. stellt zudem in Aussicht, dass evtl. auch Einvernahmen von Drittpersonen im Beisein der Parteien stattfinden könnten bzw. werden.

- K. tätigt im Verlaufe des Gesprächs auch folgende Aussagen: "Die Facts liegen auf dem Tisch und nun muss man auch mal den Sack zu machen"; "Wir wollen auch gewinnen" und "Wir haben keine Lust, den case vor Gericht zu verlieren".

3.2 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin findet sich im Memorandum keine Aussage von K., wonach der Sachverhalt aufgrund der E-Mails klar und weitere Zeugeneinvernahmen nicht geplant seien. Im Gegenteil zeigte er sich gemäss dem im Memorandum Festgehaltenen einer Einvernahme der Involvierten nicht abgeneigt ("K. stellt zudem in Aussicht, dass evtl. auch Einvernahmen von Drittpersonen im Beisein der Parteien stattfinden könnten bzw. werden").

3.3 Die Vorinstanz bestreitet, dass Aussagen wie "Die Facts liegen auf dem Tisch und nun muss man auch mal den Sack zumachen"; "Wir wollen auch gewinnen. Wir haben keine Lust, den case vor Gericht zu verlieren" überhaupt in dieser Form gemacht worden sind.

Die Beschwerdeführerin vermag denn auch weder einen Beweis dafür zu erbringen noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit glaubhaft zu

machen, dass die genannten Aussagen tatsächlich in dieser Art und in dem von ihr geltend gemachten Zusammenhang erfolgt seien. Denn zum einen ergibt sich aus der Aktennotiz der Gesamtzusammenhang der umstrittenen Äusserungen nicht, zum anderen ist es fraglich, ob eine Aktennotiz, wie die von der Beschwerdeführerin vorgelegte, überhaupt beweistauglich ist, handelt es sich dabei doch nicht um eine wortwörtliche, sondern um eine bloss *sinngemässe* Zusammenfassung des stattgefundenen Gesprächs, welche von einer Partei einseitig verfasst und deren Korrektheit von der Gegenseite nie bestätigt worden war.

3.4 Nach dem Gesagten ist in den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Äusserungen von K. kein Ausstandsgrund zu erblicken.

4.

Die Beschwerdeführerin führt des Weitern aus, die Vorinstanz habe auf ihre mehrfachen Anträge auf Zeugeneinvernahme nicht reagiert und die Zeugen erst unter Druck der vor dem Bundesverwaltungsgericht erhobenen Rechtsverweigerungsbeschwerde ab Mitte März 2010 einvernommen. Dies habe ihr das Gefühl gegeben, nicht gehört und nicht ernst genommen zu werden. Der Entwurf des Sachverhalts sei von der Vorinstanz jedoch schon am 4. Februar 2010 erstellt worden, was den Eindruck erwecke, dass die Auskünfte und Zeugnisse keine Entscheidrelevanz hätten und der Verfahrensausgang vorbestimmt sei. Die genannten Mitarbeiter der Vorinstanz befänden sich, nachdem die "Kronzeugen" ausgesagt hätten, in einem Konflikt: Wenn sie den Sachverhalt aufgrund der Zeugenaussagen von Grund auf neu schrieben, desavouierten sie ihr bisheriges Vorgehen bzw. die damit verbundenen exorbitanten Kosten. Es bestehe deshalb die Gefahr, dass die Aussagen der "Kronzeugen" kaum oder gar keinen Eingang in den Endentscheid der Vorinstanz fänden. Hinzu komme, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin für die Stellungnahme zum Sachverhaltsentwurf keine Fristabnahme, sondern nur eine Fristerstreckung gewährt habe. Somit gingen die verantwortlichen Mitarbeiter der Vorinstanz davon aus, dass sie den Sachverhalt vom 4. Februar 2010 nicht mehr überarbeiten müssten.

Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, der Sachverhalt vom 4. Februar 2010 sei nicht abschliessend erstellt, sondern stelle den sich bis zu

einem bestimmten Zeitpunkt aus den Akten ergebenden Sachverhalt chronologisch dar. Der chronologische Sachverhalt umfasse weder eine Darstellung der rechtlichen Grundlagen noch Wertungen, geschweige denn eine abschliessende Subsumtion der Ereignisse. Im Übrigen habe die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. April 2010 mitgeteilt, dass zu gegebener Zeit vor Erlass einer Verfügung eine neue Frist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs angesetzt werde; sie habe der Beschwerdeführerin die am 4. Februar 2010 angesetzte Frist somit abgenommen. Es sei stossend, dass sich die Beschwerdeführerin über die angeblich nicht erfolgte Fristabnahme beklage, habe sie doch in ihren Schreiben vom 16. März 2010 und vom 9. April 2010 selber auch um "Fristabnahme bzw. Fristerstreckung" nachgesucht.

4.1 Die Beschwerdeführerin ersuchte die Vorinstanz mit Anträgen vom 27. November 2009, 2. Dezember 2009, 10. Dezember 2009, 15. Januar 2010 sowie 8. Februar 2010 um die Einvernahme der sog. "Kronzeugen" (C., B., A.).

Die Vorinstanz reagierte auf diese Anträge zuerst gar nicht. Am 4. Februar 2010 stellte sie der Beschwerdeführerin einen "aufgrund der derzeit vorliegenden Akten zusammengefassten Sachverhalt" (erstellt von M. und L.) zu und gewährte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 26. Februar 2010. Im letzten Absatz des Schreibens hielt die Vorinstanz fest, sie beabsichtige, gestützt auf Art. 14 VwVG Zeugen einzuvernehmen, und sie ersuche die Beschwerdeführerin zu diesem Zweck, ihr die Kontaktdaten der Herren D. und E. mitzuteilen.

Mit Schreiben vom 11. Februar 2010 hielt die Vorinstanz sodann gegenüber der Beschwerdeführerin fest, dass sie ihr Begehren vom 8. Februar 2010 bezüglich Zeugeneinvernahme zur Kenntnis genommen habe und dieses auf geeignete Art und Weise und zu gegebenem Zeitpunkt – allenfalls auch im Rahmen einer Endverfügung – behandeln werde (unterschrieben von M. und K.).

Erst nachdem die Beschwerdeführerin am 16. Februar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben hatte, leitete die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin beantragten Einvernahmen in die Wege. Die Vorladungen erfolgten ab dem 24. Februar 2010. Die Befragungen fanden ab dem 17. März bis

(soweit ersichtlich) 19. Mai 2010 statt. An den Einvernahmen beteiligten sich jeweils M., manchmal auch K. und/oder L., welcher nun nicht mehr bei der Vorinstanz tätig ist.

4.2 Die Vorinstanz sandte der Beschwerdeführerin am 4. Februar 2010, wie vorstehend erwähnt, den "aufgrund der derzeit vorliegenden Akten zusammengefassten Sachverhalt" zu und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 26. Februar 2010 dazu zu äussern. Hierbei handelt es sich um ein im Hinblick auf die Endverfügung provisorisch verfasstes und im Rahmen des rechtlichen Gehörs den Parteien unterbreitetes Dokument. Mit Schreiben vom 25. Februar 2010 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Fristerstreckung bis 18. März 2010. Mit Schreiben vom 16. März 2010 stellte die Beschwerdeführerin angesichts der noch stattfindenden Befragungen der Zeugen ein Gesuch um Fristabnahme und Neuansetzung der Frist nach Zustellung des ergänzten Sachverhalts und erbat eine diesbezügliche förmliche Verfügung. Eventualiter sei die Frist bis 20 Tage nach der Zustellung des korrigierten Sachverhalts zu erstrecken. Die Vorinstanz gewährte der Beschwerdeführerin in der Folge mit formlosem Schreiben vom 22. März 2010 eine Fristerstreckung bis 22. April 2010.

Am 9. April 2010 stellte die Beschwerdeführerin erneut ein Gesuch um Fristabnahme bzw. – eventualiter – Fristerstreckung. Am 20. April wurde ihr von der Vorinstanz Fristabnahme gewährt. Mit Hinweis auf die erfolgten Beweisabnahmen forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin am 21. Mai 2010 erneut auf, bis zum 18. Juni 2010 schriftlich ihre abschliessende Stellungnahme einzureichen.

4.3 Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

Das Beweisantragsrecht ist ein Teilaspekt der Mitwirkungsrechte der Betroffenen an der Beweiserhebung und fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 VwVG, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG setzt voraus, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen und dadurch das betreffende Beweismittel anbieten. Die Form des Beweisantrags

wird im VwVG nicht festgelegt; insbesondere ist somit nicht Schriftform verlangt, so dass grundsätzlich auch mündliche Anträge zulässig sind (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 33 N 7 und 8, mit Hinweisen).

Die Behörde hat die Pflicht, die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese beträfen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über den streitigen Umstand Beweis zu erbringen. Ferner kann die Behörde im Einzelfall von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (sog. antizipierte Beweiswürdigung). Insofern kommt der Behörde bei der Auswahl der abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 33 N 3, 14 ff., 21 ff., mit Hinweisen).

Wird ein Beweisantrag abgewiesen, so hat die Behörde dies zu begründen (vgl. PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 33 N 3). Der Entscheid über die Gutheissung bzw. Abweisung eines Beweisantrags stellt eine Zwischenverfügung dar, die selbständig angefochten werden kann, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Bei nicht selbständig anfechtbaren Verfügungen ist die Behörde unter Umständen befugt, den Entscheid über gestellte Beweisanträge im Rahmen der Endverfügung zu eröffnen (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 33 N 35 f., mit Hinweisen).

4.4 Wie oben dargestellt (E. 2.4), können schwerwiegende Mängel im Verfahren die Unbefangenheit eines Entscheidträgers dann in Frage stellen, wenn objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich darin gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlende Distanz und Neutralität beruht (vgl. Urteil des BGer 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2; vgl. auch BGE 125 I 119 E. 3e, BGE 116 Ia 135 E. 3.1). Um die Offenheit des Verfahrens zu beurteilen, ist im Einzelfall auf die konkreten Umstände abzustellen.

Eine in diesem Sinne fehlende Distanz des Entscheidträgers und folglich mangelnde Offenheit des Verfahrens stellte das Bundesgericht in einem neueren Entscheid fest (vgl. Urteil 1B_263/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 3.3 betreffend Ausstandsgesuch gegen einen Staatsanwalt). Der betroffene Beschwerdeführer hatte im September

2007 Strafanzeige gegen verschiedene Personen erhoben. Im Mai 2008 erhob er zudem eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, welche vom Obergericht des Kantons Solothurn im September 2008 gutgeheissen wurde. Der zuständige Staatsanwalt hatte jedoch bereits am 18. Juli 2008 – ohne weitere, erforderliche Untersuchungshandlungen vorzunehmen – eine Verfügung erlassen, wonach auf die Strafanzeige gegen bestimmte Personen wegen einzelner Straftatbestände nicht eingetreten werde. Diese Verfügung wurde vom Obergericht im April 2009 teilweise aufgehoben, mit der Begründung, es wären weitere Abklärungen und eine Befragung des Anzeigers erforderlich gewesen. Der Staatsanwalt wurde angewiesen, eine Strafuntersuchung zu eröffnen, worauf der Beschwerdeführer das Ausstandsbegehren stellte. Das Bundesgericht befand, im Vorgehen des Staatsanwalts zeigten sich schwerwiegende Mängel, die geeignet seien, das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit und in die Offenheit des Verfahrens zu erschüttern. Es führte Folgendes aus:

"Trotz mehrmaliger Ergänzung seiner Anzeigen und entsprechender Nachfragen konnte er [der Beschwerdeführer] den Eindruck erhalten, er werde als Person nicht gehört und nicht ernst genommen. Auf die Rechtsverzögerungsbeschwerde vom 13. Mai 2008 hin trat Staatsanwalt W. am 18. Juli 2008 auf die Anzeige nicht ein, ohne weitere Untersuchungshandlungen vorzunehmen und ohne den Beschwerdeführer anzuhören. In objektiver Weise konnte der Beschwerdeführer befürchten, dass Staatsanwalt W. sich der Sache gar nicht annehmen wolle und dass er der Sache gegenüber auch im Falle neuer und erweiterter Erhebungen, die er nicht von sich aus in die Wege leitete, nicht offen sei."

4.5 Vorliegend besteht insofern eine ähnliche Situation, als die Vorinstanz auf den fünfmal gestellten Antrag der Beschwerdeführerin auf Befragung der "Kronzeugen" nicht reagierte, obwohl erkennbar war, dass dieser Beweisantrag für die Beschwerdeführerin von grosser Bedeutung war. Mit Schreiben vom 11. Februar 2010 erklärte sie schliesslich, dass sie das Begehren auf geeignete Art und Weise – allenfalls auch im Rahmen einer Endverfügung – behandeln werde. Erst nachdem eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben worden war, lud die Vorinstanz die betroffenen Personen zu einer Befragung vor.

Hinzu kommt, dass die Vorinstanz, wie erwähnt, den im Hinblick auf eine Endverfügung provisorisch verfassten und im Rahmen des recht-

lichen Gehörs der Beschwerdeführerin am 4. Februar 2010 zur Stellungnahme unterbreiteten Sachverhalt trotz der seither erfolgten Zeugeneinvernahmen nicht ergänzte bzw. eine entsprechende Ergänzung nicht nachreichte.

Es trifft zu, dass der Vorinstanz ein grosses Ermessen bei der Art und Weise zukommt, wie sie die Untersuchung führt und zu welchem Zeitpunkt sie welche Verfahrensschritte einleitet. Indessen stellt insbesondere das Ignorieren des wiederholten Antrags auf Zeugeneinvernahme, dann aber wohl auch die fehlende Ergänzung des im Februar 2010 erstellten Sachverhalts nach den Befragungen im März und April 2010, einen offensichtlichen, nicht leicht zu nehmenden Verfahrensmangel dar.

Namentlich gilt es hervorzuheben, dass die Vorinstanz, indem sie bzw. deren Mitarbeiter M. und K. am 11. Februar ohne nähere Begründung erklärten, dass sie den Antrag auf Zeugeneinvernahme allenfalls auch im Rahmen einer Endverfügung behandeln würden, zu erkennen gaben, auf eine Abnahme der beantragten Beweismittel gegebenenfalls gänzlich zu verzichten. Die Vorinstanz hätte jedoch in diesem Verfahrensstadium, in welchem sie den rechtserheblichen Sachverhalt offenbar bereits als erstellt erachtete, und in Anbetracht des Umstands, dass die Beschwerdeführerin einen erheblichen Reputationsschaden befürchtete, Letztere nicht weiter im Unklaren lassen dürfen. Vielmehr wäre sie verpflichtet gewesen, darzulegen und kurz zu begründen, dass und weshalb sie die beantragten Zeugeneinvernahmen als untauglich bzw. als nicht tunlich erachtete. Falls sie sich diesbezüglich noch keine abschliessende Meinung gebildet hatte, hätte sie auch dies der Beschwerdeführerin mit der notwendigen Klarheit mitteilen bzw. in einem formellen Zwischenentscheid vor Erlass ihrer Endverfügung in Aussicht stellen müssen. Dass die Vorinstanz dies unterliess, war dazu geeignet, bei der Beschwerdeführerin die Befürchtung zu wecken, ihr Anliegen werde nicht ernst genommen bzw. die handelnden Behördenmitglieder seien in der Sache nicht mehr offen. Gleich verhält es sich mit dem Umstand, dass die Vorinstanz allfällige neue Erkenntnisse aufgrund der zwischenzeitlichen Befragungen nicht in den Sachverhalt einfliessen liess bzw. keine entsprechende Ergänzung des Sachverhalts nachreichte.

4.6 Entscheidend ist indessen, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter in der Lage der Verfahrensbeteiligten die Situation einschätzen würde. Das heisst, das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss auch objektiv gerechtfertigt sein (vgl. BGE 119 V 456 E. 5b; SCHINDLER, a.a.O., S. 91 f.).

Aus den Akten ergibt sich, dass zwischen K. und dem Parteivertreter der Beschwerdeführerin gewisse, im Prozessverlauf begründete, telefonische Kontakte gepflegt wurden, bei denen u.a. anstehende prozessuale Fragen offenbar eingehender verhandelt und aus deren Anlass auch die oben genannte Telefonnotiz (vgl. E. 3.1) angefertigt wurde. Des Weiteren verhält es sich so, dass die Beschwerdeführerin selber recht früh den sog. "Kronzeugen" umfangreiche Fragenkataloge zugestellt hatte, die von diesen zum Teil beantwortet wurden, deren Beantwortung zum Teil aber auch abgelehnt worden war. Diese Dokumente liess sie anlässlich ihrer Ersuchen um die streitbezogenen Zeugenbefragungen auch der Vorinstanz zukommen (vgl. hierzu auch den Abschreibungsbeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. April 2010 im Verfahren B-936/2010). Weiter wurden bei der durch die Vorinstanz durchgeführten unangekündigten Hausdurchsuchung umfangreiche, auch elektronische Dokumente beschlagnahmt. Die im Laufe der Untersuchung angefallenen Akten umfassen – gemäss Aussagen der Beschwerdeführerin – rund 7000 Seiten bzw. 19 Bundesordner.

Es ist anzunehmen, dass der Vorinstanz aus diesen Akten die verschiedensten im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Geschäftsabläufe mit einer gewissen Einlässlichkeit ersichtlich waren. Demgegenüber waren die genannten "Kronzeugen", soweit dazumal ersichtlich, nicht durchwegs zur Aussage gewillt und – soweit sie ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hatten – auch nicht unbedingt zu (in jeder Hinsicht umfassenden) Aussagen verpflichtet, was sich unter Umständen und zumindest aus der Sicht der Untersuchungsbehörde auf den Beweiswert allfälliger Aussagen auswirken konnte.

Die genannten Umstände deuten demnach aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht zwingend darauf hin, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht ernst genommen hätte. Vielmehr scheint es so, dass sie die aus ihrer Sicht vorliegenden Beweise den

weiteren beantragten Beweisen gegenüber stellte und eine entsprechende – antizipierte – Beweiswürdigung vornahm, freilich zu Ungunsten der Beschwerdeführerin. Dazu war sie nach dem Gesagten aus rein prozessualer Sicht berechtigt. Ob diese Beweiswürdigung richtig war, lässt sich beim jetzigen Verfahrensstand nicht sagen. Zutreffend ist die Einschätzung der Beschwerdeführerin nach dem in E. 4.5 Gesagten, dass die Kommunikation dieser Beweiswürdigung eindeutig mangelhaft war. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat denn auch sogleich die richtigen Vorkehren getroffen, um diesen Mangel zu beheben. Aus dem in diesem Zusammenhang vorgeworfenen prozessualen Verhalten alleine vermag das Bundesverwaltungsgericht aber vor dem relevierten, besonderen Hintergrund dieses Verfahrens keine Befangenheit zu erkennen.

4.7 Im Sinne eines Zwischenergebnisses erblickt das Bundesverwaltungsgericht in der Art der Kommunikation der Vorinstanz im Zusammenhang mit den hier interessierenden Beweisanträgen zwar einen nicht leicht zu nehmenden Verfahrensfehler, nicht jedoch einen Ausstandsgrund. Insofern erweisen sich die gegenteiligen Vorbringen der Beschwerdeführerin als unbegründet.

5.

Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, in der unverhältnismässigen Hausdurchsuchung der Bank am 10. Juni 2009, der sklavischen Anlehnung an die missbräuchliche Anzeige der Y. und der Kaschierung der Einflussnahme der Vorinstanz auf den Schlussbericht des Untersuchungsbeauftragten seien gravierende Verfahrensmängel zu erblicken, die auf eine Voreingenommenheit schliessen liessen.

Die Frage, ob das Vorgehen der Vorinstanz, am 10. Juni 2009 unangemeldet eine Untersuchung im Bankhaus X. in Z. durchzuführen, angemessen war oder nicht, kann im jetzigen Verfahrensabschnitt nicht abschliessend beurteilt werden. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit sind u.a. die ins Gewicht fallenden öffentlichen Interessen den tangierten Privatinteressen gegenüberzustellen und es ist abzuwägen, ob die vorgenommene Massnahme erforderlich war oder eine mildere Massnahme ebenfalls geeignet gewesen wäre. Eine solche Abwägung kann ohne vollständige Kenntnis aller Akten nicht erfolgen. Noch weniger lässt sich im jetzigen Zeitpunkt abschätzen, ob

ein allfälliger diesbezüglicher Mangel derart gravierend wäre, dass er einen Ausstandsgrund zu schaffen vermöchte (vgl. vorne E. 2.4).

Das gleiche gilt in Bezug auf die Rüge, die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise Einfluss auf den Bericht des Untersuchungsbeauftragten genommen. Hierzu ist festzuhalten, dass der Untersuchungsbeauftragte aufgrund eines Mandats der Vorinstanz tätig wird. Die Bestimmungen des im OR geregelten Auftragsrechts kommen analog zur Anwendung (vgl. FRANZ HASENBÖHLER [Hrsg.], Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Zürich/Basel/Genf 2007, § 20 N 906). Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR ist der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet, die ihm übertragenen Geschäfte im Interesse des Auftraggebers vertragsgemäss zu besorgen. Im Rahmen dieses Auftragsverhältnisses erscheint es nicht als ungewöhnlich, dass – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – 34 Telefonate zwischen der Vorinstanz und dem Untersuchungsbeauftragten stattgefunden haben. Aus dem Umstand, dass keine Gesprächsnotizen hierzu verfasst wurden, lässt sich auch nicht unbesehen ableiten, die Vorinstanz wolle der Beschwerdeführerin gegenüber etwas verheimlichen.

Die Frage, ob sich die Vorinstanz bei der Verfassung der superprovisorischen Verfügung vom 9. Juni 2009 tatsächlich "sklavisch" an die Anzeige der Y. angelehnt hat und ob ein solches Vorgehen unrechtmässig wäre, ist vorliegend nicht relevant, wurde die superprovisorische Verfügung doch nicht von den vom Ausstandsbegehren betroffenen Mitarbeitern K. und M. unterschrieben, sondern von N. und O.

6.

Die Beschwerdeführerin führt aus, die Voreingenommenheit von K. und M. erhärte sich aufgrund des Umstands, dass sie einen negativen Einfluss auf ein Gesuch um Bewilligung als Vermögensverwalter der X. Asset Management AG genommen hätten.

Aus den Akten ergibt sich, dass die für die Behandlung des Gesuchs zuständige Person bei der Vorinstanz gemäss deren eigenen Aussagen in einem Mail "von der Abteilung P. zurückgepfiffen" worden war (vgl. Beschwerdebeilage 21). Dies war anscheinend darin begründet, dass aufgrund des Enforcement-Verfahrens gegen die Bank X. die Frage der Gewähr und des guten Rufs der Verwaltungsräte der X.

Asset Management AG im Raum stand. Der zuständige Mitarbeiter der Vorinstanz führte auf Intervention des Vertreters der X. Asset Management jedoch in einem Mail aus, nachdem er sich ein Bild von den gewährsrelevanten Aspekten habe machen können, könne er das Bewilligungsgesuch nunmehr gutheissen.

Die Bewilligung als Vermögensverwalter nach dem Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) wird u.a. dann erteilt, wenn die für die Verwaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten (Art. 14 Abs. 1 Bst. a KAG). Es entspricht einem korrekten Vorgehen, wenn vor der Bewilligungserteilung abgeklärt wird, ob die Verwaltungsräte der gesuchsstellenden Gesellschaft in ein laufendes Verfahren involviert sind oder nicht. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die verschiedenen Abteilungen der Vorinstanz dabei zusammenarbeiten und sich unter Umständen gegenseitig Hinweise geben.

7.

Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe in ihrer Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht im Rechtsverweigerungsverfahren B-936/2010 irreführende Angaben gemacht. Sie habe den unzutreffenden Eindruck zu erwecken versucht, sie hätte die Anhörung der wichtigen Zeugen angeordnet, worauf anschliessend eine (unnütze) Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben worden sei. Daraus werde ersichtlich, dass es ihr an Objektivität und Distanz fehle.

Die Vorinstanz führte in Ziff. 17 der Vernehmlassung vom 5. März 2010 aus, "dass die FINMA bereits am 4. Februar 2010 – sprich beinahe zwei Wochen bevor die Beschwerdeführerin ihre Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht hat – der Bank X. mitteilte, dass sie Einvernahmen anordnen würde". Die Vorinstanz fasste den Verlauf des Verfahrens indessen auch in den Ziff. 8 ff. der Vernehmlassung zusammen. Daraus ist zu entnehmen, dass sie im Schreiben vom 4. Februar 2010 die Kontaktdaten der Herren D. und E. verlangt, am 19. Februar 2010 die schriftliche Befragung von E. angeordnet und ab dem 24. Februar 2010 Vorladungen zu mündlichen Befragungen versandt hat.

Aus diesen Angaben in der Vernehmlassung wird klar ersichtlich, dass die Vorinstanz zwar am 4. Februar 2010 die Befragung zweier Personen in Aussicht gestellt hatte, die Einvernahme der sog. "Kronzeugen" indessen erst ab dem 24. Februar 2010 in die Wege geleitet worden war. Insofern kann der Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Ausführungen der Vorinstanz irreführend waren, nicht gefolgt werden. Die Vernehmlassung war lediglich in dem Sinne unvollständig, als die Vorinstanz ihr Schreiben vom 11. Februar 2010 nicht erwähnte, worin sie festgehalten hatte, das Begehren um Zeugeneinvernahme werde allenfalls auch im Rahmen einer Endverfügung behandelt. Daraus kann indessen nicht abgeleitet werden, es mangle der Vorinstanz grundsätzlich an Unabhängigkeit oder Objektivität.

8.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe in ihrem Sachverhalt vom 4. Februar 2010 Umstände, die zu ihren Gunsten sprächen (z.B. schriftliche Antworten der "Kronzeugen" in den von der Beschwerdeführerin versandten Fragebögen), nicht erwähnt. Auch sei sie auf die ausführliche Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Schlussbericht des Untersuchungsbeauftragten kaum eingegangen. Dadurch werde der Eindruck, wonach die Vorinstanz den Vorbringen der Beschwerdeführerin keine Beachtung schenke, bekräftigt.

Wie bereits früher dargelegt, teilt das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den zwischenzeitlich erfolgten Zeugenbefragungen in der provisorischen Darstellung des Sachverhalts vom 4. Februar 2010 in geeigneter Weise hätte Rechnung tragen müssen, was bedauerlicherweise nicht geschah. Einen Umstand, der zum Ausstand der mit der Sache befassten Mitarbeiter führen müsste, vermag es darin jedoch nicht zu erblicken (vgl. vorne E. 4.5 f.). Weil ein Ausstandsverfahren in tatbeständlicher Hinsicht dazu dient, schwere, auf eine Amtspflichtverletzung hinauslaufende und zugleich die Unabhängigkeit tangierende Verfahrensfehler festzustellen, kann es nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein, generell über allfällige unterschiedliche Auffassungen der Parteien betreffend die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu befinden. Dies umso weniger, als es sich vorliegend lediglich um einen provisorischen Bericht der Vorinstanz über den von ihr relevierten Sachverhalt handelt, zu welchem sich die Beschwerdeführerin in einem separaten Verfahrensschritt noch frei äussern kann

bzw. konnte. Sie selber räumt ein, dass ihr hierzu mehrfach eine Fristerstreckung gewährt wurde. Auch enthält dieser Bericht, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist, noch keine rechtliche Würdigung, welche erst später, nämlich in der abschliessenden Verfügung erfolgen wird. Insofern kann an dieser Stelle ebenso wenig abschliessend erkannt werden, ob die Vorinstanz in ihrer provisorischen Darstellung des Sachverhalts vertieft auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Schlussbericht der Untersuchungsbeauftragten hätte eingehen müssen. Vielmehr gilt auch insofern das in E. 5 Gesagte, weshalb die Beschwerdeführerin mit ihrem Argument nicht durchzudringen vermag.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der Verfahrensführung der Vorinstanz zwar Mängel erkennbar sind, dass sich daraus indessen kein in objektiver Weise gerechtfertigter Verdacht auf Voreingenommenheit ergibt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

10.

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden.

Vorliegend wurde festgestellt, dass der Vorinstanz im Zusammenhang mit den beantragten Zeugeneinvernahmen Verfahrensfehler unterliefen, welche indessen aus objektiver Sicht und auf Grund der konkreten Umstände keinen Ausstandsgrund zu schaffen vermögen (vgl. E. 4.5 f.). Im Rahmen der weiteren erhobenen Rügen konnten weder Verfahrensfehler noch Ausstandsgründe festgestellt werden. Damit gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat. Weil die letztlich nicht massgeblichen Verfahrensfehler gleichwohl eine entsprechende Prüfung der Ausstandsfragen mitverursacht haben, erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine reduzierte Gebühr von Fr. 2'000.– als angemessen (Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Diese ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu verrechnen. Die Restanz von Fr. 1'000.– ist der Be-

schwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurück zu erstatten. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler Marion Spori Fedail

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: 13. Juli 2010