Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 171/2007/leb
2C 283/2007

Urteil vom 19. Oktober 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger, Müller, Karlen,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
Eidgenössische Bankenkommission, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. A._____,
2. B._____ AG,
3. C._____ AG,
4. D._____ AG,
5. E._____,
Beschwerdegegner,
alle vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Martin Hess und/oder Dr. Michael Mráz,
Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II,
Postfach, 3000 Bern 14.

Gegenstand
aufschiebende Wirkung und Ausstand,

Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 4. April/21. Mai 2007.

Sachverhalt:
A.
Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) stellte am 24. Januar 2007 fest, dass A._____, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____AG gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bankengesetz verstossen hätten (Ziff. 1 des Dispositivs). Gestützt hierauf eröffnete sie über A._____ und die B._____ AG ab dem 26. Januar 2007 den bankenrechtlichen Konkurs (Ziff. 2 des Dispositivs); gegen die C._____ AG und die D._____ AG ordnete sie die aufsichtsrechtliche Auflösung an (Ziff. 10 des Dispositivs). Die EBK erklärte die Ziffern 1 - 16 sowie 20 ihres Entscheids für sofort vollstreckbar; bis zur Rechtskraft der Verfügung habe der Liquidator bzw. der Konkursliquidator seine Verwertungshandlungen indessen "auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken" (Ziff. 21 des Dispositivs).
B.
B.a A._____, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG gelangten hiergegen am 28. Februar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht. Am 22. März 2007 forderte dessen Instruktionsrichter, Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz, die Verfahrensparteien auf, zur Frage einer allfälligen aufschie-

benden Wirkung der Beschwerde Stellung zu nehmen. A._____, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG ersuchten darum, diese zu gewähren. Die Bankenkommission widersetzte sich einer entsprechenden Anordnung; eventuell sei der D._____ AG und der C._____ AG im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein Untersuchungsbeauftragter beizugeben. Mit Verfügung vom 4. April 2007 erkannte der Instruktionsrichter, dass die aufschiebende Wirkung mit Bezug auf Ziff. 21 i.V.m. Ziff. 2 und 10 des Dispositivs wieder hergestellt werde (Ziff. 1 der Verfügung); gleichzeitig ordnete er an (Ziff. 2 der Verfügung):
"Die Eidgenössische Bankenkommission EBK und damit der von der EBK für A._____ und die B._____ AG als Konkursliquidator bzw. für die C._____ AG und die D._____ AG als Liquidator eingesetzte Dr. iur. Daniel Hunkeler, [...], wird angewiesen, unverzüglich d.h. ab Entgegennahme dieser Verfügung bis auf Weiteres Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen zu unterlassen und ihre/seine Handlungen nur auf sichernde und werterhaltende Massnahmen bzw. auf die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken sowie bereits angeordnete Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen unverzüglich zu sistieren".
B.b
Die Eidgenössische Bankenkommission gelangte am 27. April 2007 mit dem Antrag an das Bundesgericht (Verfahren 2C 171/2007), diese Verfügung aufzuheben; der Entscheid erweise sich als widersprüchlich, sei zu Unrecht von Amtes wegen erfolgt und gefährde die Anlegerinteressen. Das Bundesverwaltungsgericht beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. A._____, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG beantragen, auf die Beschwerde mangels Legitimation der EBK nicht einzutreten; eventuell sei die Eingabe unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.
C.
C.a Am 25. April 2007 stellte die Eidgenössische Bankenkommission beim Bundesverwaltungsgericht gegen Instruktionsrichter Hans-Jacob Heitz ein Ausstandsbegehren; dieser habe als befangen zu gelten, da er in seiner Verfügung bezüglich aufschiebender Wirkung die gleichen Ausführungen und Überlegungen wie in früheren, als Anwalt verfassten Eingaben gemacht habe; er vermöge auch als Bundesverwaltungsrichter "keine differenzierte und unvoreingenommene Haltung über die Tätigkeit der EBK" an den Tag zu legen. Da er zudem im Zusammenhang mit Honorarforderungen aus einem früheren Mandat am 7. April 2007 an sie gelangt sei und dabei einmal mehr "unmissverständlich" zum Ausdruck gebracht habe, dass er von ihrer Aufgabe und Tätigkeit nicht viel halte, könne er nicht als unbefangen gelten. Mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2007 wies die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts das Ausstandsgesuch ab, soweit sie darauf eintrat.
C.b Die Eidgenössische Bankenkommission ist am 8. Juni 2007 mit dem Antrag an das Bundesgericht gelangt (Verfahren 2C 283/2007), die Zwischenverfügung vom 21. Mai 2007 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, "die Beschwerdesache A._____ und andere Beschwerdeführer gegen Eidg. Bankenkommission unter Ausschluss von Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz zu instruieren und zu entscheiden"; zudem sei das Bundesverwaltungsgericht anzuhalten, auf das Begehren einzutreten, "Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz habe in vor Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachten Gerichtsverfahren, die eine Verfügung der EBK zum Gegenstand haben, generell in den Ausstand zu treten". Das Bundesverwaltungsgericht sowie A._____, die B._____ AG, die C._____ AG und die D._____ AG beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der EBK richten sich gegen zwei selbständig eröffnete Zwischenentscheide im selben Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie betreffen die gleichen Parteien und hängen sachlich eng zusammen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Verfahren zu vereinigen und in einem gemeinsamen Urteil zu erledigen (Art. 24 BZP i.V.m. Art. 71 BGG; vgl. BGE 113 Ia 390 E. 1 S. 394).
2.
Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit bzw. die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 133 I 185 E. 2; 133 II 249 E. 1.1); immerhin hat der Beschwerdeführer seine Eingabe gemäss Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG hinreichend zu begründen und in diesem Rahmen nötigenfalls auch darzulegen, dass und inwiefern er die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen erfüllt (BGE 133 II 249 E. 1.1). Gegen den selbständig eröffneten Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren gegen Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

zulässig, zumal diese in der dem Streit zugrundeliegenden Sache ebenfalls offen stünde (Finanzmarktaufsicht; vgl. Art. 82, 83 und 92 BGG). Gegen den selbständigen Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung ist sie gegeben, soweit daraus ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG); es kann damit jedoch bloss eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (vgl. Art. 98 BGG).
3.
3.1 Die Bankenkommission macht im Verfahren 2C 171/2007 geltend, der Instruktionsrichter habe zu Unrecht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen ihre Verfügung vom 24. Januar 2007 wieder hergestellt. Hierzu ist sie im vorliegenden Zusammenhang nicht befugt:
3.2 Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG sind Personen, Organisationen und Behörden vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Das ist für die Bankenkommission gestützt auf Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (in der Fassung vom 1. Januar 2007; SR 952.0) der Fall. Ihr Beschwerderecht soll im bankenrechtlichen Aufsichtsbereich den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen; die EBK hat deshalb diesbezüglich kein zusätzliches öffentliches Interesse an der Anfechtung eines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts darzutun (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 4; 128 II 193 E. 1 S. 195 f., je mit Hinweisen). Bei der von ihr aufgeworfenen Frage muss es aber dennoch um ein konkretes Rechtsproblem gehen, an dessen Beurteilung ein schutzwürdiges (öffentliches) Interesse besteht (vgl. das Urteil 2A.748/2006 vom 18. Januar 2007, E. 2; Spühler/Dolge/Vock, Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 5 zu Art. 89; allgemein: BGE 133 II 249 E. 1.3). Der Nachteil, der den durch sie zu schützenden öffentlichen Interessen droht, muss durch die beantragte Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts beseitigt werden können,
d.h. die durch die Bankenkommission zu wahrenden Anlegerinteressen müssen bei einem Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens offensichtlich anders und besser geschützt werden können, als dies geschehen ist (vgl. das Urteil 2A.426/2005 vom 30. August 2005, E. 1 mit Hinweisen).
3.3
3.3.1 An der entsprechenden Voraussetzung fehlt es hier: Die Bankenkommission hat ihre Verfügung vom 24. Januar 2007 - insbesondere bezüglich des Konkurses und der aufsichtsrechtlichen Liquidation - für sofort vollstreckbar erklärt, gleichzeitig jedoch alle Verwertungshandlungen bis zur Rechtskraft des Entscheids praxisgemäss auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland beschränkt (Ziff. 21 des Dispositivs). Der Instruktionsrichter seinerseits stellte die aufschiebende Wirkung gegen die Ziffern 2 und 10 ihrer Verfügung zwar teilweise wieder her, gleichzeitig wies er im Sinne einer damit verbundenen vorsorglichen Massnahme (Art. 56 VwVG [in der Fassung vom 17. Juni 2005]) die EBK bzw. den von dieser eingesetzten Liquidator an, ab Entgegennahme der Verfügung bis auf Weiteres Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen zu unterlassen "bzw. auf die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken sowie bereits angeordnete Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen unverzüglich zu sistieren".
3.3.2 Gestützt hierauf mochte vorerst zwar unklar sein, was hinsichtlich des Konkurses bzw. der aufsichtsrechtlichen Liquidation (insbesondere bezüglich deren Publikation und Wirkungen) während des Beschwerdeverfahrens gelten sollte, doch erläuterte der Instruktionsrichter die Tragweite seines Entscheids am 25. April 2007 in einem Schreiben an den (Konkurs-)Liquidator: Die aufschiebende Wirkung habe als insofern wieder hergestellt zu gelten, als er unverzüglich "Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen zu unterlassen" und seine Aktivitäten auf "sichernde und erhaltende Massnahmen bzw. auf die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken" habe. Die bereits angeordneten Liquidations-, Konkurs- und Verwertungshandlungen seien "unverzüglich zu sistieren", doch blieben die "laut Ziff. 1 bis 20 und Ziff. 22 der Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission verfügten Massnahmen grundsätzlich [...]aufrecht", dürften indes im Rahmen der Vollstreckung bis auf Weiteres "nicht fortgesetzt werden". Die verfügte Konkurseröffnung und Liquidation mit den entsprechenden Publikationen gälten weiter, ebenso bestünden die (sichernde) Funktion des Konkursliquidators bzw. des aufsichtsrechtlichen Liquidators, die Kontensperren sowie die
den Beschwerdeführern "auferlegte Einstellung der Geschäftstätigkeit bzw. Einschränkung von deren Handlungsfähigkeit gemäss Ziff. 5 und 6 bzw. Ziff. 13 der angefochtenen Verfügung" fort.
3.3.3 Damit galt spätestens ab dem 25. April 2007 im Resultat dieselbe Regelung, wie sie die Bankenkommission bereits in ihrer Verfügung vom 24. Januar 2007 getroffen hatte und wie sie der bisherigen Praxis des Bundesgerichts in ähnlichen Fällen entsprach (BGE 131 II 306 Lit. C u. E. 4.3.5; 132 II 382 ff., dort im Sachverhalt S. 384). Die EBK hat das Schreiben des Instruktionsrichters vom 25. April 2007 am 2. Mai 2007 ohne

weitere Begründung mit der Erklärung nachgereicht, dass es "nichts am Inhalt" ihrer Beschwerde ändere; sie ist damit der Substantiierungspflicht bezüglich eines allfälligen Fortbestehens des schutzwürdigen Interesses an der Beurteilung ihrer Eingabe nicht nachgekommen (vgl. E. 2). Eine vorsorgliche Massnahme kann nicht allein wegen deren Begründung angefochten werden, auch wenn der Instruktionsrichter sich darin - wie hier - im Rahmen einer ersten Prüfung (prima facie) zu einzelnen Punkten der Sachverhaltsfeststellung kritisch äussert. Es fehlt der EBK diesbezüglich somit an einer formellen Beschwer, die es rechtfertigen könnte, die im Resultat von ihrer Anordnung nicht (mehr) abweichende vorsorgliche Massnahme auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen. Da dies erst durch die Klarstellung des
Instruktionsrichters ersichtlich wurde, ist das Interesse der EBK an der Beurteilung ihrer Beschwerde gegen die Instruktionsverfügung vom 4. April 2007 nachträglich dahingefallen; das Verfahren 2C 171/2007 ist deshalb als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. BGE 118 Ia 488 E. 1a; 118 Ib 1 E. 2 S. 7; 111 Ib 56 E. 2).

3.4 Über die Kosten- und Entschädigungsfolge ist unter diesen Umständen nach dem mutmasslichen Prozessausgang zu entscheiden, wobei es bei einer summarischen Prüfung der Erfolgschancen sein Bewenden haben muss: Nach Art. 98 BGG hätte das Bundesgericht die beanstandete vorsorgliche Massnahme nur auf eine klar gerügte Verletzung von verfassungsmässigen Rechten - insbesondere des Willkürverbots - hin prüfen können. Die Beschwerde enthielt weitgehend keine entsprechenden Rügen, sondern erschöpfte sich in appellatorischer Kritik an einzelnen Begründungselementen der angefochtenen Verfügung, was den Anforderungen von Art. 98 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 BGG kaum genügt hätte. Im Übrigen steht der Beschwerdeinstanz bei der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bzw. der Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Natur der Sache her ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu (Urteile 2A.426/2005 vom 30. August 2005, E. 2.1 u. 2.3, sowie 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 2.2 u. 2.3; BGE 129 II 286 E. 3 S. 289). Das Bundesgericht hebt deren Entscheid praxisgemäss bloss auf, wenn sie wesentliche Tatsachen völlig übersehen oder grundlegende Interessen gänzlich ausser acht gelassen bzw. offensichtlich falsch bewertet
hat (vgl. Urteil 2A.426/2005 vom 30. August 2005, E. 2.1; BGE 129 II 286 E. 3 S. 289). Zwar war verständlich, dass die EBK zum Schutz der Interessen der Anleger gegen die Verfügung des Instruktionsrichters an das Bundesgericht gelangte, da deren Konsequenzen ursprünglich nicht absehbar waren; es rechtfertigte sich indessen nicht, an dieser festzuhalten, nachdem der Instruktionsrichter im Rahmen seiner Erläuterungen im Resultat zur gleichen Lösung gelangt war wie sie selber. Der Bankenkommission, die ohne Vermögensinteresse in ihrem amtlichen Wirkungskreis gehandelt hat, sind dennoch keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 4 BGG); sie muss die Gegenpartei für das bundesgerichtliche Verfahren jedoch angemessen entschädigen (vgl. Art. 68 BGG).

4.

4.1 Die Bankenkommission macht im Verfahren 2C 283/2007 geltend, Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz habe als befangen zu gelten. Sie begründet dies einerseits damit, dass er aus einem früheren Rechtsstreit (bankenrechtlicher Konkurs der WIN+WEG Genossenschaft [im Folgenden: WWG]: BGE 132 II 382 ff.) als Anwalt noch eine offene Honorarforderung geltend mache, andererseits mit seinem Verhalten im Zusammenhang mit der umstrittenen vorsorglichen Anordnung vom 4. April 2007. Aufgrund deren Begründung und der Korrespondenz zwischen ihr und Hans-Jacob Heitz in Sachen WWG im Jahre 2007 bzw. der Vorgeschichte und der gesamten Umstände bestehe der objektiv begründete Verdacht, dass dieser "grösste Vorbehalte gegen die EBK als Institution und ihre Vorgehensweise im Allgemeinen hege (trotz der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorgehen der EBK gegen illegale Finanzintermediäre) und nicht mehr als unvoreingenommen und unbefangen gelten" könne. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Verfügung die Tragweite der Ausstandsbestimmungen verkannt, wenn es jedes Indiz für sich allein betrachtet, jedoch auf eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der von ihr angerufenen, von Hans-Jacob Heitz als Anwalt bzw. Instruktionsrichter verfassten Schriftstücke verzichtet habe.

4.2

4.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Ausstandsentscheid die Frage offengelassen, ob sich die Bankenkommission auf Art. 30 BV berufen kann, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt wird, Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht hat. Es erübrigt sich der Problematik der Grundrechtsträgerschaft der EBK weiter nachzugehen: Diese macht geltend, die Vorinstanz habe Art. 38 VGG in Verbindung mit Art. 34 BGG verkannt; sie ist als Verfahrenspartei befugt, die Auslegung dieser Bestimmungen auf ihre Bundesrechtskonformität hin überprüfen zu lassen, auch wenn es sich dabei um

gesetzliche Konkretisierungen des verfassungsmässigen Anspruchs auf ein unabhängiges und un-parteiisches Gericht handelt (vgl. Art. 95 lit. a BGG; vgl. zum konstitutiv-institutionellen Gehalt der entsprechenden Garantie: Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 442 f., 446; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 357 f.). Nach der Botschaft des Bundesrats vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege sind die Ausstandsgründe im Übrigen jeweils von Amtes wegen zu berücksichtigen (BBl 2001 S. 4202 ff., dort S. 4291).

4.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat auch die Frage unbeantwortet gelassen, "ob ein allfälliger Anspruch auf Anrufung von Ausstandsbestimmungen nicht ohnehin wegen Verspätung verwirkt" wäre; dies ist zu verneinen: Wer eine Justizperson wegen Befangenheit ablehnen will, muss sein Begehren einreichen, sobald er vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat und diesen sinnvollerweise darzutun bzw. die entsprechenden Umstände glaubhaft zu machen vermag (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG). Die EBK stellte ihr Ausstandsbegehren am 25. April 2007, nachdem Hans-Jacob Heitz einerseits in seiner Funktion als Instruktionsrichter am 4. April 2007 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder hergestellt und andererseits am 7. April 2007 als (ehemaliger) Rechtsvertreter der WWG mit dem Begehren an sie gelangt war, "dahingehend einzuwirken", dass seine am 16. Juni 2006 an die Liquidatoren eingegebene Honorarabrechnung für sein Mandat beglichen werde. Die EBK wies Hans-Jacob Heitz am 19. April 2007 darauf hin, dass seine Forderung im ordentlichen Gerichtsverfahren bzw. mittels Kollokationsklage geltend zu machen wäre, worauf dieser am 27. April 2007 erklärte, dass er das Schreiben zur Kenntnis genommen habe, es indessen als opportun erachten würde,
"bezüglich Anwaltshonorar [...]künftig eine weniger rigide Praxis zu entwickeln". Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, das Ablehnungsgesuch gegen ihn sei verspätet erfolgt, selbst wenn zu dessen Begründung auch auf Passagen in Rechtsschriften Bezug genommen wurde, welche der EBK bereits aus dem Verfahren WWG bekannt sein mussten und von ihr deshalb schon früher hätten angerufen werden können. Anlass hierzu konnte erst bestehen, nachdem sich - parallel zum Beschwerdeverfahren der Beschwerdegegner - ergeben hatte, dass aus dem Verfahren, an dem Hans-Jacob Heitz als Anwalt beteiligt war, noch Honorarforderungen offen standen und die Antwort der EBK eine weitere Reaktion von Bundesverwaltungsrichter Heitz als Anwalt provoziert hatte, worin er sich deren Auffassung widersetzte.

5.

5.1 Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelten die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes über den Ausstand sinngemäss (Art. 38 VGG). Danach dürfen Gerichtspersonen an einem Verfahren nicht mitwirken, wenn sie "aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten" (vgl. Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG). Es handelt sich hierbei um einen Auffangtatbestand, der im Sinne der bisherigen Rechtsprechung auszulegen ist (vgl. Güngerich, in: Seiler/von Werdt/ Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, a.a.O., Rz. 5 f. zu Art. 34; Urteil 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 u. 6.2; 131 I 113 E. 3.4 S. 116, 24 E. 1.1 S. 25). Solche Hinweise können in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet liegen. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden der Parteien (BGE 131 I 24 E. 1.1 S. 25, mit Hinweisen); das Misstrauen in die Unbefangenheit
muss in objektiver Weise gerechtfertigt erscheinen. Der Richter hat 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. Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters ist deshalb im Grundsatz zu vermuten (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3b S. 55); von der regelhaften Zuständigkeitsordnung darf nicht leichthin abgewichen werden (Urteil 1P.711/2004 vom 17. März 2005, E. 3.1, publ. in: ZBl 107/2006 S. 393 ff.).

5.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz am Ausgang des von ihm instruierten Beschwerdeverfahrens unmittelbar kein persönliches Interesse hat und zu keiner Partei in einem besonderen Freund- oder Feindschaftsverhältnis steht. Auch die von ihm getroffene vorsorgliche Massnahme vermag objektiv nicht den Anschein seiner Befangenheit zu begründen: Der Entscheid entspricht im Resultat der Anordnung der Bankenkommission in ihrer Verfügung vom 24. Januar 2007. Zwar hat der Instruktionsrichter im Rahmen seiner Prima-Vista-Beurteilung an der Verfügung der EBK eine gewisse Kritik geübt bzw. bei der Interessenabwägung auf allfällige Lücken und Zweifel hingewiesen, doch liess er sich dabei nicht

durch sachfremde Motive leiten. Er blieb sprachlich und in der Sache selber im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens. Zudem wies er wiederholt darauf hin, dass es sich um eine Einschätzung "zur Zeit" und aufgrund der "aktuellen Aktenlage" handle ("[...]aufgrund der aktuellen Aktenlage kann heute nicht ausgeschlossen werden, dass das Konkurs- bzw. Liquidationserkenntnis der EBK als Ganzes oder zu Teilen d.h. bezüglich einzelner Beschwerdeführer aufzuheben, d.h. die Beschwerde zu schützen ist"). Seine
Verfügung erweckt damit objektiv nicht den Eindruck, dass der Verfahrensausgang bereits entschieden wäre und aus der Sicht der am Verfahren Beteiligten nicht mehr als offen gelten könnte (vgl. BGE 133 I 1 E. 6.2). Erscheint ein Richter nicht schon deswegen als voreingenommen, weil er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abweist (so BGE 131 I 113 ff.), muss dies auch in einem Fall wie dem vorliegenden gelten, wo in den Entscheid über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme eine gewisse - nicht abschliessend vorgetragene - Kritik in der Sache eingeflossen ist (vgl. auch BGE 131 I 113 E. 3.6; 119 Ia 81 E. 4b S. 87).

5.3
Heikler erscheint die Frage der objektiven Begründetheit des Anscheins einer Befangenheit im Zusammenhang mit der Anwaltstätigkeit von Bundesverwaltungsrichter Heitz:
5.3.1 Bundesverwaltungsrichter Heitz vertrat die WWG mit einer Entschlossenheit und einem persönlichen Engagement, welches darauf hindeutet, dass er über die Interessen der Klientin hinaus auch seinen persönlichen Anschauungen im bankenrechtlichen Aufsichtsbereich zum Durchbruch verhelfen wollte. Er sparte dabei zum Teil auch mit einer - in einem eigenen Stil geübten - Kritik an der EBK nicht, wenn er etwa festhielt:
"1.5.5 Über alles hält die BF die [EBK]nicht nur als voreingenommen, sondern im Sinne von Art. 6 EMRK als parteiisch, denn es bleibt wegen der tatsächlich andern als von der [EBK]dargestellten Faktenlage unbesehen der Gesetzeslage der Grundverdacht, dass die [EBK]alles unternimmt, um mögliche Konkurrenz zu den Gross- und Privatbanken, welche - was gerichtsnotorisch sein müsste - immer mehr ungestraft und ohne entsprechende gesetzliche Leitplanken nicht nur eigentliche Bankgeschäfte wie bspw. Erbrechts- und Steuerberatung betreiben, a priori abzuwehren."
"3.5.1 [...]Man gewinnt den Eindruck, wonach die [EBK]- obwohl offenkundiges formelles Versehen seitens der BF - geradezu mit Verbissenheit an diesem weiteren Kernargument festhält, weil es [der EBK]gut ins Konzept passt, und die wirklichen Fakten nicht gelten lassen will, was wiederum auf deren Voreingenommenheit und fehlende Unabhängigkeit schliessen lassen dürfte. Auch scheint es an der unternehmerischen Einsicht zu fehlen."
5.3.2 Mit der Vorinstanz ist indessen davon auszugehen, dass solche anwaltschaftliche Kritik, auch wenn damit gewisse verallgemeinernde Unterstellungen verbunden sind, zulässig sein muss und nur ausnahmsweise als eigene, unerschütterliche Ansicht des Rechtsvertreters gewertet werden darf, welche ihn in einer späteren Funktion als Richter befangen erscheinen lässt. Bundesverwaltungsrichter Heitz machte in seinen Eingaben als Anwalt hinreichend deutlich, dass es sich bei der Kritik jeweils um eine solche seiner Klientin an der Praxis der Bankenkommission handelte; jene stand im Zusammenhang mit einem alternativen Zahlungssystem, das mit den traditionellen Institutionen in Konkurrenz treten sollte, was auch eine gewisse allgemeine Kritik am System und deren Aufsichtsbehörde im Interesse der Klientschaft zuliess. Der Tonfall der Ausführungen war zwar jeweils bestimmt, aber nie derart scharf, dass allein deswegen davon auszugehen wäre, Bundesverwaltungsrichter Heitz könnte die Arbeit der Bankenkommission gering schätzen und nicht in der Lage sein, finanzmarktrechtliche Probleme als Richter mit der nötigen Distanz und Unvoreingenommenheit anzugehen.
6.
Bei einer Gesamtbetrachtung begründet vor diesen Teilaspekten indessen die Tatsache den Anschein einer möglichen Befangenheit, dass Bundesverwaltungsrichter Heitz aus dem Verfahren WWG noch Honorarforderungen ausstehend hat, über deren Begleichung er mit der EBK im Streit liegt:
6.1
6.1.1 Nach Art. 6 Abs. 2 VGG dürfen Bundesverwaltungsrichter weder eine Tätigkeit ausüben, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigen, noch berufsmässig Dritte vor Gericht vertreten. Hans-Jacob Heitz arbeitet zu achtzig Prozent als Richter und aufgrund einer entsprechenden Bewilligung des Bundesverwaltungsgerichts zu zwanzig Prozent als Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei in Zürich, wobei er dort ausschliesslich beratend tätig sein soll. Die gleichzeitige Ausübung einer teilamtlichen Richter- und einer Anwaltstätigkeit ist mit Blick auf die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit

und Unparteilichkeit nicht an sich problematisch; es darf praxisgemäss davon ausgegangen werden, dass ein Richter im Teilamt regelmässig zwischen seiner amtlichen Funktion und seiner privaten beruflichen Tätigkeit zu unterscheiden vermag (BGE 133 I 1 E. 6.4.2; 124 I 121 E. 3b S. 124).
6.1.2 Ob die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit beeinträchtigt erscheint, ist indessen jeweils zusätzlich aufgrund der Umstände im Einzelfall zu prüfen: So hat das Bundesgericht erkannt, dass ein Anwalt nicht als nebenamtlicher Richter in einem Fall tätig sein darf, wenn er zu einer Partei in einem noch offenen Mandatsverhältnis steht oder aufgrund mehrfacher Mandate eine Art Dauerbeziehung zu dieser pflegt (BGE 116 Ia 485 E. 3b S. 489). Ebenso hat es das Bundesgericht als unzulässig bezeichnet, dass ein Anwalt als Richter in einer Sache tätig wird, die für ein gleichgelagertes Verfahren, in dem er eine Partei vertritt, eine erhebliche präjudizielle Bedeutung haben kann (vgl. BGE 124 I 121 E. 3; 128 V 82 E. 2). Ein einzelnes abgeschlossenes Mandat schliesst eine nebenamtliche Richtertätigkeit hingegen regelmässig nicht aus (BGE 116 Ia 485 E. 3b S. 489); auch darf ein früher für eine Mietervereinigung tätiger Anwalt in einem Mietgericht als Richter in Fällen mitwirken, in denen die Mietervereinigung, für die er tätig war, eine der Parteien vertritt (vgl. BGE 124 I 121 E. 3a in fine).

6.2
6.2.1 Das Verfahren gegen die WWG ist mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 25. April 2006 aufsichtsrechtlich zwar rechtskräftig abgeschlossen worden, die entsprechende bankenkonkursrechtliche Liquidation ist indessen noch nicht beendet. Bundesverwaltungsrichter Heitz trat am 7. April 2007 mit dem Anliegen an die Bankenkommission, auf die Liquidatoren "dahingehend einzuwirken, dass mir mein ausgewiesenes Honorar aus den Aktiven der Win+Weg Genossenschaft in Liquidation entrichtet wird". Der gesamte Honorarbetrag belaufe sich auf Fr. 49'985.00, wobei ein Teilbetrag von Fr. 23'594.655 von privaten Dritten vorgeschossen worden sei. Gemäss gefestigter Bundesgerichtspraxis sei es "selbstverständlich", dass ein Unternehmen bzw. wie hier eine Genossenschaft, welche vom "Bannstrahl der eidg. Bankenkommission EBK getroffen wird", sich verteidigen können müsse.
6.2.2 Die Bankenkommission teilte ihm am 19. April 2007 mit, dass sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Frage der Finanzierung eines Rechtsbeistands im Unterstellungsverfahren die Regeln über die unentgeltliche Prozessführung analog anzuwenden habe; Richter Heitz habe sich erst nach Abschluss seines Mandats um seine Honorarforderung gegenüber der WWG und somit für das Unterstellungsverfahren zu spät um diese bemüht; im Übrigen wäre "aufgrund der mangelhaften Qualität" der Eingaben eine Herabsetzung der Honorarforderung zu prüfen gewesen; zudem - so die EBK weiter - hätte, was noch entscheidender sei, "die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht als aussichtslos" bezeichnet werden müssen. Soweit die Honorarforderung aus dem Unterstellungsverfahren vor der Konkurseröffnung entstanden sei und die Konkursliquidatoren diese im Kollokationsplan abgewiesen hätten, habe er Kollokationsklage beim ordentlichen Gericht am Konkursort zu führen; bei Forderungen danach handle es sich um Massaverbindlichkeiten, welche in einem ordentlichen Gerichtsverfahren geltend zu machen wären.
6.2.3 Rechtsanwalt Heitz erklärte hierauf am 27. April 2007, die entsprechenden Ausführungen zur Kenntnis genommen zu haben, die Überlegungen der EBK indessen in verschiedenen Punkten nicht zu teilen. Unter anderem hielt er fest, dass die damals als Aktivum umstrittene Liegenschaft heute "weit unter deren wirklichem Wert geradezu verschleudert" werde, es "gerade im Anlegerinteresse schon zu begrüssen" wäre, "wenn in solcherart Verwertungsfällen von Ihrer Seite konstruktiver vorgegangen werden könnte"; es erscheine unter diesen Umständen auch "nur opportun", den Gesetzmässigkeiten des anwaltlichen Alltags (kurze Fristen, Dringlichkeit) Rechnung zu tragen und "bezüglich Anwaltshonorar in diesen Fällen künftig eine weniger rigide Praxis zu entwickeln".
6.3
6.3.1 Die bankenrechtliche Konkursliquidation erfolgt unter der Aufsicht der EBK (Eva Hüpkes, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, S. 524 N. 3 der Vorbemerkungen zum 11. bis 13. Abschnitt). Wer durch eine Handlung, einen Entscheid oder ein Unterlassen des Liquidators in seinen Interessen verletzt wird, kann ihr dies anzeigen (vgl. Art. 6 Abs. 2 der Bankenkonkursverordnung [BKV; SR 952.812.32]), worauf die Bankenkommission zur Beseitigung des Missstands handeln bzw. förmlich verfügen muss (vgl. BGE 132 II 382 E. 1.2.3; Poledna/ Marazzotta, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, a.a.O., Rz. 29 zu Art. 24; Eva Hüpkes, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002, S. 125 ff., dort S. 137). Unter Vorbehalt abwei-

chender bankenrechtlicher Bestimmungen (Art. 35-37g BankG; Art. 30 Abs. 2 SchKG) erfolgt die Liquidation zwar nach Art. 221-270 SchKG (Art. 34 Abs. 2 BankG) mit den entsprechenden Klagemöglichkeiten gemäss SchKG bei den örtlich und sachlich zuständigen kantonalen Gerichten (Eva Hüpkes, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/2003 S. 1 ff. dort S. 8), doch ist die EBK
nach Art. 34 Abs. 3 BankG befugt, auch im Einzelfall vom SchKG abweichende Verfügungen und Anordnungen zu treffen (Bauer/Haas, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, a.a.O., Rz. 27 ff. zu Art.34).
6.3.2 Da die Liquidation im Verfahren WWG nicht beendet ist, diese nach wie vor unter der Aufsicht der EBK steht und aus dem Mandatsverhältnis mit Rechtsanwalt Heitz als Gläubiger noch eine Forderung gegenüber der WWG behauptet wird, besteht objektiv der Anschein einer Befangenheit; zumindest in finanzieller Hinsicht kann das umstrittene Mandat nicht als abgeschlossen gelten. Das Bundesgericht hat bezüglich der Bezahlung des Anwaltshonorars aus den Mitteln der durch ein bankenrechtliches Unterstellungsverfahren betroffenen Gesellschaft festgehalten, dass es nicht angehe, dem betroffenen Unternehmen jegliche Finanzierung des Honorars aus den gesperrten Mitteln zu untersagen; die Bankenkommission habe diesbezüglich eine Interessenabwägung im Einzelfall analog den Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege vorzunehmen. Ihr entsprechender (Zwischen-)Entscheid sei auf dem verwaltungsrechtlichen Weg anfechtbar (Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 3b; publ. in: EBK Bulletin 42/2002 S. 45 ff.). Zwischen Bundesverwaltungsrichter Heitz und der EBK ist parallel zum vorliegenden Verfahren die Frage der Entschädigung seiner anwaltlichen Tätigkeit nach wie vor strittig; es besteht somit der objektiv begründete Anschein, dass der beim
Bundesverwaltungsgericht hängige Prozess bei seinem Mitwirken nicht mehr aus der Sicht aller Beteiligten offen erscheint, zumal sich auch in diesem Verfahren die Frage stellen kann, ob und wieweit allfällige Anwaltskosten aus dem blockierten Vermögen der betroffenen Firmen zu entrichten sind und sich Bundesverwaltungsrichter Heitz diesbezüglich bereits klar dahin gehend geäussert hat, dass in diesem Zusammenhang "künftig eine weniger rigide Praxis zu entwickeln" sei.
6.3.3 Anlässlich eines Besuchs von Vertretern des Bundesverwaltungsgerichts bei der EBK hat Bundesverwaltungsrichter Heitz am 31. Oktober 2006 erneut die Frage nach dem Sinn der Verwertung der Liegenschaft aufgeworfen, welche im Verfahren WWG zur Diskussion gestanden hatte; auf diese kam er wiederum in seinem Schreiben vom 27. April 2007 zurück, was darauf hindeutet, dass er noch keine hinreichende Distanz zwischen diesem Fall und seinen Aufgaben als Bundesverwaltungsrichter im Bereich der Bankenaufsicht gefunden hat. Es ist bei ihm objektiv eine mögliche Beeinflussung in dem Sinne nicht auszuschliessen, dass er seine eigenen Erwartungen in die sich stellenden Rechtsfragen projizieren, die Antworten auf diese im Sinne seiner Vorstellungen interpretieren und möglicherweise Aspekte nicht sehen könnte, die ein unbefangener Richter sehen würde (vgl. so zur Vorbefassung BGE 131 I 113 E. 3.4; 114 Ia 50 E. 3d S. 57). Er hat deshalb in Verfahren, welche die Bankenkommission betreffen, in den Ausstand zu treten, soweit jene in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den vom Bundesgericht im Urteil BGE 132 II 382 ff. beurteilten Fragen bzw. dem noch hängigen Liquidationsverfahren stehen.
6.3.4 Soweit die Vorinstanz in ihrem Entscheid davon ausgegangen ist, die ausstehende Honorarforderung spräche eher dafür, dass Bundesverwaltungsrichter Heitz zu Gunsten der EBK entscheiden könnte, verkennt sie, dass das Verfahren für alle Beteiligten als offen zu gelten hat und die Ausstandsgründe von Amtes wegen zu prüfen sind. Die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Richters gewährleisten, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zu Ungunsten oder zugunsten einer Partei auf das Urteil einwirken; es soll verhindert werden, dass jemand als Richter tätig wird, der unter Einflüssen steht, die ihn nicht mehr als "rechten Mittler" erscheinen lassen; der Anschein einer Befangenheit lässt sich deshalb nicht bereits dadurch entkräften, dass der Betroffene aufgrund der Umstände eher zugunsten des Gesuchstellers entscheiden würde.
7.
7.1 Die Beschwerde 2C 238/2007 ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Zwischenentscheid vom 21. Mai 1007 aufzuheben; in Gutheissung des Ausstandsbegehrens der Eidgenössischen Bankenkommission vom 25. April 2007 ist zudem festzustellen, dass Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz im Sinne der Erwägungen bei Verfahren der vorliegenden Art in den Ausstand zu treten hat.
7.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend rechtfertigt es sich, keine Kosten zu erheben (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG) und keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 2C 171/2007 und 2C 283/2007 werden vereinigt.
2.
2.1 Das Verfahren 2C 171/2007 wird als gegenstandslos erklärt und vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
2.2 Es werden keine Kosten erhoben.
2.3 Die Eidgenössische Bankenkommission hat die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
3.
3.1 Die Beschwerde 2C 283/2007 wird gutgeheissen, und die angefochtene Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Mai 2007 wird aufgehoben.
3.2 Es wird in Gutheissung des Gesuchs der Eidgenössischen Bankenkommission vom 25. April 2007 festgestellt, dass Bundesverwaltungsrichter Hans-Jacob Heitz im Sinne der Erwägungen bei Verfahren der vorliegenden Art in den Ausstand zu treten hat.
3.3 Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 19. Oktober 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: