

BVGer B-2724/2016 vom 17. März 2026

Bundesverwaltungsgericht, 2026-03-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2724_2016

FR: TAF B-2724/2016 du 17 mars 2026

IT: TAF B-2724/2016 del 17 marzo 2026

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der Beschwerde im Hauptverfahren zuständig (Art. 31 f. und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Für die Beurteilung von Fragen formeller Natur, die sich im Rahmen des Hauptverfahrens ergeben, wie den Entscheid über ein Ausstandsbegehren, ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zuständig (BVGE 2007/4 E. 1.1).

E. 1.2

Die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) über den Ausstand gelten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss (Art. 38 VGG). Will eine Partei den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen, so hat sie dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 36 Abs. 1 BGG). Die betroffene Gerichtsperson hat sich über die vorgebrachten Ausstandsgründe zu äussern (Art. 36 Abs. 2 BGG). 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), wobei die Abteilungen am Bundesverwaltungsgericht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen entscheiden (Spruchkörper, Art. 21 Abs. 1 VGG), zumal gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren später - mithin nach Ablauf der Beschwerdefrist - keine Beschwerde mehr offensteht (Art. 92 Abs. 2 BGG; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi/Livio Bundi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 4. Aufl., Zürich/Genf 2025, N 1102).

E. 1.3

Die Gesuchstellerin ist Partei im Hauptverfahren und damit zur Einreichung des Ausstandsbegehrens berechtigt. Sie beantragt den Ausstand von Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ knapp drei Wochen nach der Veranstaltung, im Rahmen derer er die den Ausstand begründende Tatsache gesetzt haben sollte. Damit sind die formellen Anforderungen an ein Ausstandsbegehren erfüllt, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist.

E. 2.1

Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen (Gerichtspersonen) treten in Ausstand, wenn sie: a. in der Sache ein persönliches Interesse haben; b. in einer

anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig waren; c. mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft oder dauernder Lebensgemeinschaft leben; d. mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert sind; e. aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten (Art. 34 Abs. 1 BGG).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin begründet das Ausstandsbegehren mit einer Aussage, die Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ an einer Tagung zum Wettbewerbsrecht am 30. Januar 2026 getätigt haben soll. An der Tagung seien aktuelle Entwicklungen sowie die jüngste Revision des Kartellgesetzes thematisiert worden, wobei die präsentierten Darstellungen, namentlich zur Änderung von Art. 5 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) und der damit verbundenen Thematik der Bruttopreise, aus Sicht der Gesuchstellerin einseitig und ohne hinreichende Berücksichtigung der parlamentarischen Beratungen und der klaren Absichten des Gesetzgebers erfolgt seien. Daher habe der Inhaber und CEO der Gesuchstellerin das Wort ergriffen. Er habe zum Ausdruck bringen wollen, dass die parlamentarischen Debatten zur Revision von Art. 5 KG anders als dargestellt verlaufen seien, und dass insbesondere die Darstellung zu Bruttopreisen im Widerspruch zu den parlamentarischen Beratungen stehe. Er sei vom Tagungsleiter unterbrochen worden mit dem Hinweis, dass er kein Plädoyer zu seinem Fall halten dürfe, habe noch einen Satz zu Bruttopreisen anbringen können, woraufhin ihm aber das Mikrophon entzogen worden sei und der Tagungsleiter erklärte, man habe verstanden, dass er mit der neuen Fassung des Kartellgesetzes zufrieden sei, und man habe seine Bemerkung zu Bruttopreisen gehört. Unmittelbar darauf habe der mit dem Fall befasste Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____, der ebenfalls an der Tagung teilgenommen habe, gerufen: "Wir haben in der Vergangenheit bereits zwei Mal Bruttopreise als Kartellabsprache sanktioniert". Die Aussage sei ohne Differenzierung oder Kontextualisierung erfolgt. Die zeitliche Unmittelbarkeit und Bezugnahme auf Bruttopreise lege es aber nahe, dass die Äusserung als Reaktion auf die Wortmeldung des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin erfolgt sei. Diese öffentliche Äusserung sei geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass Dr. iur. A. _____ eine vorbestehende feste Meinung zu Bruttopreisabsprachen habe, und zwar in dem Sinn, dass diese per se als Preisabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren seien und direkt sanktioniert werden könnten. Angesichts der zentralen Bedeutung dieser Frage im hängigen Verfahren wecke die Aussage bei objektiver Betrachtung Zweifel an der Offenheit der rechtlichen Beurteilung. Es müsse befürchtet werden, dass Dr. iur. A. _____ sich von seiner Auffassung auch durch die jüngste Revision nicht abbringen lasse, obwohl diese nicht zuletzt durch den vorliegenden Fall ausgelöst worden sei und darauf abziele, in solchen Fällen eine fehlgeleitete Praxis zu korrigieren. Mit seiner Äusserung habe er klar gemacht, dass er zu Bruttopreisabsprachen und deren Sanktionierung eine vorgefasste, unverrückbare Auffassung habe, die sich nicht halten lasse und im Widerspruch zur Rechtslage stehe. Das Verfahren sei daher nicht mehr offen. Er sei befangen. Aus den Umständen und dem Kontext sei für die Tagungsteilnehmer

klar gewesen, dass die Äusserung von Dr. iur. A. _____ als Reaktion auf die vorangegangene Wortmeldung des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin im Kontext der Thematik Kartellrechts-Teilrevision, Bruttopreise und dem vorliegenden Fall erfolgt sei und dass nach Auffassung von Dr. iur. A. _____ das Verhalten der Gesuchstellerin zu sanktionieren sei, ungeachtet der Kartellrechts-Teilrevision.

E. 2.3

Dr. iur. A. _____ führt aus, im Rahmen einer Paneldiskussion habe der Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission im Hinblick auf die kartellrechtliche Behandlung von Bruttopreisen sinngemäss gesagt, dass der gerichtliche Entscheid zu Bruttopreisen noch ausstehe, das Urteil in Sachen (nähere Angaben zum Verfahren) vom Bundesverwaltungsgericht noch nicht getroffen worden sei und es sogar sein könne, dass das Gericht Bruttopreise gar nicht als kartellrechtswidrig qualifiziere. Daraufhin habe er sich bei der Tagungsleitung zu Wort gemeldet. Er habe das Mikrofon erhalten und gesagt: "Ich möchte darauf hinweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht bereits zwei Urteile zu Bruttopreisen erlassen hat". Die Diskussionsteilnehmer hätten diesen Hinweis nicht aufgenommen. Niemand habe Nachfragen gestellt. Er selber habe sich nicht mehr zu Wort gemeldet. Er habe sich somit weder zum Inhalt der Kartellgesetzrevision noch zum Inhalt der von ihm erwähnten Urteile geäussert. Dr. iur. A. _____ bestreitet einen zeitlichen Konnex zur Wortmeldung des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin, indem sein Hinweis nicht unmittelbar im Anschluss an dessen Votum erfolgt sei.

E. 2.4

Die Gesuchstellerin beruft sich auf den Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG. Dabei handelt es sich um einen Auffangtatbestand (Urteil des BGer 2C_171/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1). Eine Befangenheit liegt vor, wenn Umstände dargetan sind, die bei objektiver Betrachtung geeignet erscheinen, Misstrauen in die Unparteilichkeit einer Gerichtsperson zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (BGE 147 I 173 E. 5.1). Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden der Parteien (BGE 140 III 221 E. 4.1). Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass die betroffene Gerichtsperson tatsächlich befangen ist, sondern es genügt der objektiv gerechtfertigte Anschein (BGE 147 I 173 E. 5.1). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken (BGE 139 III 433 E. 2.1.2). Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 139 I 121 E. 5.1; BGE 133 I 1 E. 6.2). 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; von der regelhaften Zuständigkeitsordnung darf nicht leichthin abgewichen werden (Urteil des BGer 2C_171/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1).

E. 2.5

Der Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit entsteht nicht schon dann, wenn sich ein Richter in einer bestimmten Sachfrage eine Meinung gebildet hat. Auch die Meinungsäusserung zu Rechtsfragen ausserhalb des Gerichts durch einen Richter erweckt bei objektiver Betrachtungsweise grundsätzlich noch nicht den Anschein

der Voreingenommenheit für den Entscheid eines konkreten Streitfalls, selbst wenn sie für die Entscheidung erheblich ist. Erscheinen öffentliche Aussagen zu hängigen Verfahren objektiv geboten, so darf und muss vorausgesetzt werden, dass der informierende Richter in der Lage ist, seine Beurteilung des Prozessstoffes im Laufe des Verfahrens entsprechend dem jeweils neuesten Stand ständig neu zu prüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren. Anders lautende Anzeichen sind allerdings vorbehalten. Insofern können etwa konkrete Äusserungen Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie über das Notwendige hinausgehen und mindestens indirekt auf eine bestimmte abschliessende Meinungsbildung schliessen lassen, weil ihnen z.B. die notwendige Distanz fehlt. Der Anschein der Befangenheit kann bei einer öffentlichen Meinungsäusserung zu einer aktuellen Auseinandersetzung dann entstehen, wenn der Richter zu den sich stellenden Streitfragen derart Stellung bezieht, dass die Meinungsbildung im konkreten Fall nicht mehr offen erscheint oder eine "Betriebsblindheit" zu befürchten ist (BGE 133 I 89 E. 3.3). Hat sich ein Richter beispielsweise vor seiner Ernennung in einer Fachpublikation zu Rechtsfragen geäussert, die mit der zu beurteilenden Streitsache zusammenhängen, entsteht der Anschein der Befangenheit, wenn er sich durch die Art seiner Äusserung in einer Weise festgelegt hat, die bei objektiver Betrachtungsweise befürchten lässt, er habe seine Meinung abschliessend gebildet und werde die sich im Streitfall konkret stellenden Fragen nicht mehr umfassend und offen beurteilen (vgl. BGE 133 I 89 E. 3.4).

E. 2.6

Die Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen wirken gemäss Art. 26 VGG bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidungsfindung mit. Sie haben beratende Stimme (Abs. 1). Sie erarbeiten unter der Verantwortung eines Richters oder einer Richterin Referate und redigieren die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Abs. 2). Sie erfüllen weitere Aufgaben, die ihnen das Reglement überträgt (Abs. 3; vgl. Art. 29 f. des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 [VGR, SR 173.320.1]). Da die Ausstandsregelung für Gerichtspersonen gilt, gilt die zu Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG zitierte Rechtsprechung auch für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber.

E. 2.7

Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ bestätigt im Wesentlichen, die von der Gesuchstellerin zitierte Aussage an der fraglichen Tagung vor Publikum getätigt zu haben. Damit ist erstellt, dass er die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts referenziert hat. Dies alleine vermag jedoch nicht den Eindruck zu erwecken, er habe seine Meinung im in Frage stehenden Hauptverfahren abschliessend gebildet und werde die sich im Streitfall konkret stellenden Fragen nicht mehr umfassend und offen beurteilen. Auch in Berücksichtigung eines allfälligen zeitlichen Konnexes mit dem Votum des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin ist darin keine Meinungsäusserung zu erkennen, sondern ein Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Zwar handelt es sich um eine Äusserung (auch) gegenüber Dritten, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kritisch sein können: "Die Freiheit, im Verlauf des Verfahrens zu einer anderen als der gefassten Meinung zu gelangen, erscheint in besonderem Masse als eingeschränkt, wenn Äusserungen über den mutmasslichen Ausgang eines Prozesses gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber der Presse, gemacht werden, da in diesem Fall ein 'Umschwenken' besonders schwierig ist" (Urteil des BGer 1P.687/2005; 1P.688/2005 1P.697/2005; 1P.698/2005 vom 9. Januar 2006 E. 7.1). Doch hat sich Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ nicht zum Ausgang des Hauptverfahrens geäussert, sondern in seiner

Wortmeldung auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen. Darin ist, entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin, keine vorbestehende und feste Meinungsäußerung zu Bruttopreisabsprachen und zum in Frage stehenden Hauptverfahren zu erkennen und darüber hinaus auch keine Meinungskundgabe zum künftigen Recht und dessen allfällige Auswirkungen auf das Hauptverfahren und den Entscheid in der Sache. Es sind keine objektiven Gründe ersichtlich, die eine Befangenheit von Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ im Hauptverfahren begründen könnten.

E. 2.8

Die Gesuchstellerin beantragt zum genauen Zeitpunkt und Wortlaut der Äusserung von Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ eine Befragung des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin - dessen schriftliche Darstellung bereits mit dem Ausstandsgesuch eingereicht und damit zu den Akten genommen wurde - sowie Befragungen der übrigen Tagungsteilnehmer. Die Gesuchstellerin erklärt aber gleichzeitig, ob zwischen der Wortmeldung des Inhabers und CEO der Gesuchstellerin und der Aussage von Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ ein paar Minuten mehr oder weniger gelegen hätten, spiele für die zu beurteilende Frage der Befangenheit keine Rolle; ebenso wenig sei der exakte Wortlaut der Aussage von Gerichtsschreiber Dr. iur. A. _____ relevant. Damit ist der Beweisantrag in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, zumal eine Beweisabnahme am Sachverhalt des geltend gemachten Ausstandsgrunds nichts zu ändern vermöchte.

E. 3

Das Ausstandsgesuch erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 4

Die Kosten des vorliegenden Ausstandsverfahrens sind zur Hauptsache zu schlagen.

E. 5

Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1; Urteil des BGer 2C_808/2020 vom 1. Oktober 2020 E. 2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.