

BVGer B-8282/2007 vom 1. September 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-09-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8282_2007

FR: TAF B-8282/2007 du 1 septembre 2008

IT: TAF B-8282/2007 del 1 settembre 2008

Regeste

Ausstand

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Die Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO vom 5. November 2007 kann einen derartigen Nachteil für die Beschwerdeführerinnen zur Folge haben, wenn und soweit sie ein mit einem nicht heilbaren Mangel behaftetes Verfahren aufrechterhalten bzw. fortsetzen würde. Demnach ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

E. 2

Die Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, sind also zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 3

Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob der am 15. Juni 2007 per sofort, mit Wirkung für die Zukunft in den Verfahren "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y._____, Z._____ und C._____ AG" erklärte Ausstand von R._____ als Rechtsfolge die Aufhebung (inklusive Entfernung der zugehörigen Akten) und Wiederholung aller bisherigen Verfahrenshandlungen in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC", an denen R._____ formell oder materiell mitwirkte, nach sich zieht.

E. 4.1

Nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Art. 22 KG regelt lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern. Für den Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariates der WEKO ist daher Art. 10 VwVG

massgebend.

E. 4.2

Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG treten Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in lit. a-c genannten Gründen in der Sache befangen sein könnten. Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt (Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (a.a.O.).

E. 5

1 Ergibt der Sachverhalt, dass ein Ausstandsgrund bereits zu Beginn des Verfahrens "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" vorlag, muss die Rechtsfrage, ob er auch rückwirkende Folgen zeitigen kann, nicht geprüft werden.

E. 5.1

Die Vorinstanz räumt ein, Verfahrenshandlungen, die zwischen dem 14. Mai und dem 11. Juni 2007 stattgefunden hätten, müssten ebenso wiederholt werden wie solche, die nach dem 11. Juni 2007 erfolgt seien und an denen R._____ mitgewirkt habe. Nach Ansicht der Vorinstanz lässt sich demzufolge der Zeitpunkt, in welchem der Ausstandsgrund eintrat, mit dem 14. Mai 2007, dem Tag der telefonischen Orientierung des WEKO-Sekretariates über das Zusammenschlussvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG", genau bestimmen.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerinnen halten es demgegenüber für unmöglich, den Zeitpunkt zu eruieren, ab welchem der Ausstandsgrund vorlag. Ihrer Meinung nach könnte er bereits bei Eröffnung der Vorabklärung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" am 24. Juli 2006 bestanden haben.

E. 5.3

Dafür gibt der Sachverhalt allerdings keine Hinweise, und auch die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, das ihre Hypothese untermauern könnte. Wäre in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" schon vor dem 14. Mai 2007 zumindest der Anschein einer Befangenheit von R._____ entstanden, so könnte dieser jedenfalls nicht mit dem Fusionsvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG" zusammenhängen. Auch wenn Befangenheit, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen, als innerer Zustand für Drittpersonen schwierig zu eruieren ist, lässt sich aus Gegebenheiten, welche mindestens den Anschein der Befangenheit in einem bestimmten Zeitpunkt begründen, nicht ohne weitere objektive Anhaltspunkte schliessen, dass dieser Anschein oder tatsächliche Befangenheit bereits in einem viel früheren Verfahrensstadium existierte. Sonst würden die höchstrichterlichen Kriterien für das Vorliegen eines Ausstandsgrundes aus den

Angeln gehoben. Das Verhalten von R._____ am 11. Juni 2007 kann den Anschein der Befangenheit deshalb nicht für den Zeitraum vor dem 14. Mai 2007 hervorgerufen haben. Die Beschwerdeführerinnen selbst bezeichnen die Vorschläge, welche er am 11. Juni 2007 in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" unterbreitete, bzw. den Zusammenhang, den er aus ihrer Sicht mit dem Fusionsvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG" herstellte, als diejenigen Umstände, die objektiv geeignet seien, Misstrauen gegen seine Unbefangenheit zu wecken.

E. 5.4

Einen allfälligen anderweitigen Ausstandsgrund hätten die Beschwerdeführerinnen in jenem Zeitpunkt geltend machen müssen, in welchem sie von entsprechenden Umständen erfahren hätten. Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird nämlich gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, also nach Kenntnisnahme bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird (BGE 132 II 485 E. 4.3).

E. 5.5

Ob R._____ tatsächlich befangen war, kann im Übrigen dahingestellt bleiben, denn die Vorinstanz gesteht zu, dass sein Verhalten einen Ausstandsgrund herbeiführte, auch wenn sie bestreitet, dass er wirklich befangen war bzw. eine Verbindung zwischen den beiden Verfahren schlug, um Druck aufzusetzen.

E. 5.6

Zusammenfassend lässt sich in tatsächlicher Hinsicht feststellen, dass der geltend gemachte Ausstandsgrund nicht vor dem 14. Mai 2007 eintrat und dass keine Umstände ersichtlich sind, welche einen Ausstandsgrund vor diesem Datum gesetzt hätten.

E. 6.1

Art. 10 VwVG enthält ebensowenig wie Art. 22 KG ausdrückliche Vorschriften über die Rechtsfolgen des Ausstandes. Nach bundesgerichtlicher Praxis müssen alle Verfahrensschritte, die sich auf einen Entscheid auswirken können, aufgehoben werden, wenn sie unter Beteiligung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds zustande kamen; entsprechende Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Der ausstandspflichtige Funktionsträger soll vom Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess vollständig ausgeschlossen werden (Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 125 und 129). Er soll sich ab sofort nicht mehr mit dem Dossier befassen und keinen Zugang zu den entsprechenden Dokumenten erhalten (Paul Richli, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 564). Ebensowenig soll er den Entscheid über Drittpersonen beeinflussen können (Benjamin Schindler, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBl 4/2005, S. 88).

E. 6.2

Einigkeit herrscht zwischen den Parteien darüber, dass der am 15. Juni 2007 erklärte Ausstand Wirkungen für alle ab dem 14. Mai 2007 in diesem Verfahren vorgenommenen Handlungen, an denen R._____ beteiligt war, entfaltet. Laut Vorinstanz fanden aber sämtliche Handlungen vor dem 14. Mai 2007 statt, was allerdings insofern nicht zutrifft, als

R. _____ dem General Counsel der C. _____ AG am 11. Juni 2007 einen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung in Sachen "A. _____ AG/B. _____ AG/Terminals mit DCC" unterbreitete (vgl. Art. 29 KG).

E. 6.3

Zu prüfen bleibt daher noch, ob der Ausstandsgrund auf Verfahrensschritte zurückwirkt, welche vor seinem Eintritt vollzogen wurden.

E. 6.3.1

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Verfahren müsse besonders hohen Anforderungen genügen, stehe doch eine kartellrechtliche Sanktion mit Strafcharakter zur Diskussion. Liege rechtsstaatlich nicht tolerierbares Verhalten vor, könne dies nicht durch einfachen Übergang zur Tagesordnung und Fortsetzung des Verfahrens behoben werden. Bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen entstünden subtile Abgrenzungsfragen, welche von Beginn weg grundlegend und korrekt untersucht werden müssten. Würden Ansprüche formeller Natur verletzt, hebe die Rechtsmittelinstanz den betreffenden Entscheid auf und weise die Sache zur Neubeurteilung und Wiederholung der fehlerhaften Verfahrensschritte an die Vorinstanz zurück.

E. 6.3.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, wichtigste Folge der Ausstandspflicht sei, dass der betroffene Entscheidträger vom weiteren Meinungsbildungs- und Entscheidfindungsprozess auszuschliessen sei. Für einen Sekretariatsmitarbeiter bedeute dies, dass er nicht mehr an einem bestimmten Fall arbeite und über den weiteren Verlauf des Verfahrens weder informiert noch dokumentiert werde. Diese Rechtsfolge sei durch das Sekretariat beachtet worden. Das Verfahren sei unverzüglich auf P. _____ übertragen worden, so dass R. _____ insbesondere von der Erstellung des Entscheidantrages an die Kommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG ausgeschlossen sei. Im vorliegenden Fall sei noch gar kein Entscheid getroffen und noch nicht einmal ein Antrag des Sekretariates an die WEKO gestellt worden.

E. 6.3.3

Der Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz, der sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergibt und in Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG konkretisiert wird, ist formeller Natur (Giovanni Biaggini, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 29 N. 8; René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N. 2722 f.; Schindler, S. 171 f.). Seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. der angefochtenen Verfügung (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d bzw. BGE 126 V 130 E. 2b). Alle Verfahrenshandlungen, die sich auf einen Entscheid auswirken können, müssen aufgehoben werden, wenn sie von einem ausstandspflichtigen Behördenmitglied oder unter Beteiligung eines solchen vorgenommen wurden (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ist ein Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO ausstandspflichtig, so hat er sich daher jeglicher Tätigkeit im betreffenden Fall zu entziehen (Bilger, S. 129). Er ist in der Regel durch einen anderen Mitarbeiter des Sekretariates zu ersetzen (Bilger, S. 124).

E. 6.3.4

In der hier zur Diskussion stehenden Untersuchung "A. _____ AG/B. _____ AG/Terminals mit DCC" des Sekretariates der WEKO wurde R. _____ frühestens am 14.

Mai 2007 ausstandspflichtig. Alle Verfahrenshandlungen, an denen er ab dem 14. Mai 2007 in dieser Sache mitwirkte, müssen deshalb aufgehoben werden. Da R. _____ am 15. Juni 2007 in den Ausstand trat, betrifft dies einzig seinen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung. Die entsprechenden Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ein aufzuhebender Entscheid oder eine aufzuhebende Verfügung in der Sache selbst liegt noch nicht vor. Vor dem 14. Mai 2007 unter Mitwirkung von R. _____ durchgeführte Verfahrenshandlungen erfolgten in einem Zeitraum, in dem dieser nicht ausstandspflichtig war, weshalb sie jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Ausstandspflicht nicht zu beanstanden sind. Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Bundesgerichtspraxis, die mit der Aufhebung vorinstanzlicher Urteile und der Wiederholung der betreffenden Verfahren einherging, bezieht sich auf Sachentscheide, welche unter Mitwirkung effektiv ausstandspflichtiger Personen zustande kamen. BGE 119 Ia 13, den die Beschwerdeführerinnen als nicht einschlägig erachten, enthält (in E. 3a) immerhin folgende allgemeine, vom konkreten Fall unabhängige Erwägung zu den Rechtsfolgen der Ausstandspflicht: "Cette garantie a pour corollaire que toute décision, ou tout acte de procédure susceptible d'influer sur la décision, pris par un magistrat récusé ou avec la participation d'un tel magistrat, doit pouvoir être écarté de la procédure." In der hier zu besprechenden Untersuchung (bzw. in der zugehörigen Vorabklärung) gab es jedoch mit Ausnahme des Vorschlags für eine einvernehmliche Lösung keine aktenkundigen Verfahrenshandlungen, die unter dem Einfluss einer im fraglichen Zeitpunkt ausstandspflichtigen Person stattgefunden hätten. Allerdings wird die WEKO bzw. ihr Sekretariat bei der Weiterführung der Untersuchung sicherstellen müssen, dass darauf auch keine Personen Einfluss nehmen, welche bereits an der Formulierung des erwähnten Vorschlags mitwirkten. 7. Gewiss stellen sich bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen Abgrenzungsfragen, welche von Anfang an sorgfältig geprüft werden müssen, und im Fall drohender kartellrechtlicher Verwaltungssanktionen mögen für das Verfahren besonders hohe Anforderungen gelten. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für ein unsorgfältiges oder fehlerhaftes Vorgehen der WEKO bzw. ihres Sekretariates in jenem Verfahrensstadium, in welchem noch keine Ausstandspflicht gegeben war. Auch deshalb liesse sich eine Wiederholung früherer Verfahrenshandlungen nicht rechtfertigen. Zudem ergäbe eine Wiederholung insoweit keinen Sinn, als der gleiche Sachverhalt mittels standardisierter Fragebogen nochmals erhoben werden müsste, es wäre denn, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich in massgebender Weise verändert.

E. 8

Zu bestimmen sind nunmehr die rechtlichen Folgen des Ausstandes von R. _____ für das Verfahren "A. _____ AG/B. _____ AG/Terminals mit DCC".

E. 8.1

Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

E. 8.2

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind den grossmehrheitlich unterliegenden Beschwerdeführerinnen zu 4/5 (Fr. 2'000.-) aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen. Entsprechend sind die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Fr. 2'600.-) in sinngemässer Anwendung von Art. 67 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005

(BGG, SR 173.110) um 1/5 auf Fr. 2'080.- zu reduzieren.

E. 8.3

Soweit die Beschwerdeführerinnen obsiegen, ist ihnen gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1000.-- zu Lasten der WEKO zuzusprechen.

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