

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden [...]: Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung [...]

Zwischenverfügung gemäss Art. 10 Abs. 2 VwVG.

Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung [...] betreffend Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden [...].

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) hat am 6. Dezember 2013 zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Letztere nachfolgend: WEKO) [...].

2. Mit der Untersuchung soll gemäss Eröffnungsschreiben vor allem geklärt werden, „ob es [...] und [...] aufgrund ihrer Marktstellung möglich ist, die [...]hersteller zur Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen [...]informationen in die Datensammlungen der [...] zu bewegen. (...) Inwiefern u.a. die genannten Verhaltensweisen der [...], [...] und der [...] zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führen, ist ebenfalls abzuklären. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Kommerzialisierung von [...]informationen, welcher [...] liberalisiert wurde.“

3. Die Untersuchung fällt in den Bereich des Dienstes Dienstleistungen des Sekretariats. Sie wurde und wird von [Namen Sekretariatsmitarbeitende] geführt.

4. Im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens kamen die Gesuchstellerinnen und das Sekretariat überein, Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) zu führen. Ziel der Verhandlungen war gemäss den Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine EVR (von den Gesuchstellerinnen am 29. Oktober 2014 unterzeichnet), „im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren [...] zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.“ Gegenstand der Vereinbarungen in der EVR war ausschliesslich „das zukünftige (wettbewerbskonforme) Verhalten“ der Gesuchstellerinnen (siehe Ziff. 5 der Rahmenbedingungen).

5. Am 9. Juni 2015 teilte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen mit, dass es zur Überzeugung gelangt sei, dass zwischen den Positionen des Sekretariats und jenen der Gesuchstellerinnen im Rahmen der Verhandlungen über eine EVR keine Übereinkunft mehr gefunden werden könne. Für den Fall, dass dies zutrefte und

das Sekretariat nichts missverstanden habe, werde es die Verhandlungen als gescheitert ansehen.

6. Am 19. Juni 2015 brachten die Gesuchstellerinnen dem Sekretariat gegenüber ihre Überraschung zum Ausdruck. Sie hätten dem Sekretariat in einem Schreiben vom 13. Mai 2015 weitere Erläuterungen in Aussicht gestellt und hätten den Eindruck, dass die Aussagen des Sekretariats im Schreiben vom 9. Juni 2015 das Ergebnis der Untersuchung in apodiktischer Form vorweg nehmen würden. Sie erklärten zudem, dass sie das Sekretariat so verstanden hätten, dass eine EVR nach wie vor in Frage komme, sofern man sich auf ein Grundangebot einigen könne, das von den [...] zu finanzieren wäre. Gestützt auf dieses Modell könne sich [...] die Fortführung der Verhandlungen über eine EVR vorstellen.

7. Am 10. Juli 2015 teilte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen mit, dass deren Stossrichtung gemäss den Schreiben vom 13. Mai 2015 und vom 19. Juni 2015 weit über die Vorstellungen des Sekretariats hinausgehe. Die grundsätzliche Bereitschaft der Gesuchstellerinnen, eine EVR im Einklang mit dem künftigen Regulierungsrahmen zu redigieren, ändere nichts daran, dass das Sekretariat weitere Verhandlungen nicht als zielführend erachte.

8. Am 10. August 2015 beantragten die Gesuchstellerinnen, die WEKO soll [Namen Sekretariatsmitarbeitende] verpflichten, in den Ausstand zu treten. Ihr Ausstandsgesuch begründeten sie damit, dass die genannten Personen durch Aussagen in den Schreiben vom 9. Juni 2015 und vom 10. Juli 2015 den Anschein der Befangenheit erweckt hätten.

9. Der Präsident der WEKO übermittelte das Gesuch dem Direktor des Sekretariats zur Klärung der Frage, wie die betroffenen Sekretariatsmitarbeiter bzw. der Direktor das Gesuch einschätzen.

10. Am 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor des Sekretariats mit, dass die genannten Mitarbeiter/innen nicht eine abschliessende, nicht mehr änderbare Position bezogen hätten und dass nach seiner Überzeugung keine Ausstandsgründe vorliegen würden.

11. Mit Schreiben vom 27. August 2015 hielten die Gesuchstellerinnen am Ausstandsgesuch vom 10. August 2015 fest und beantragten zusätzlich, dass sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015 an denen die genannten Sekretariatsmitarbeiter mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien und

dass das laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand sistiert werde.

12. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

B.1 Zuständigkeit und Verfahrensanträge

B.1.1 Ausstandsgesuch

13. Vorliegend ist der Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariats zu beurteilen, welche ein Untersuchungsverfahren gemäss Art. 27 KG¹ durchführen. Nach Art. 39 KG sind auf KG-Verfahren die Bestimmungen des VwVG² anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Der Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern ist im KG nicht geregelt und richtet sich in Konkretisierung von Art. 29 Abs. 1 BV³ nach den allgemeinen Regeln des VwVG, dessen Art. 10 den Ausstand regelt.

14. Art. 10 Abs. 2 VwVG bestimmt, dass über Streitige Ausstandsgesuche die Aufsichtsbehörde entscheidet. Ob ein Ausstandsgesuch Streitig ist hängt von der Stellungnahme der Behörde bzw. den betroffenen Personen ab. Da der Direktor des Sekretariats über die Zuteilung des Personals auf die jeweiligen Fälle autoritativ entscheiden kann, nimmt dieser praxisgemäss zum Ausstandsgesuch gegen Mitarbeiter des Sekretariats Stellung (nach Anhörung der betroffenen Mitarbeiter).⁴ Mit Schreiben vom 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor den Gesuchstellerinnen mit, dass aus seiner Sicht keine Ausstandsgründe vorliegen würden, womit der Ausstand Streitig wurde.

15. Aufsichtsbehörde über das Sekretariat ist gemäss Art. 8 Bst. b des WEKO-Geschäftsreglements⁵ der Präsident der WEKO. Somit ist er für die Behandlung des vorliegenden Ausstandsgesuches zuständig.⁶

16. Der Entscheid über einen Streitigen Ausstand hat in der Form einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VwVG zu ergehen.

B.1.2 Antrag auf Bereinigung der Akten

17. Neben den Ausstandsanhträgen beantragen die Gesuchstellerinnen, dass sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] mitgewirkt haben, aus den Akten gewiesen werden.

18. Falls sich aus dem Schreiben vom 9. Juni 2015 wie von den Gesuchstellerinnen vorgebracht eine Befangenheit der oben erwähnten Sekretariatsmitarbeiter ableiten lassen sollte, hätten sie in den Ausstand zu treten. Diesfalls wären wohl Verfahrensschritte, welche diese ab dem 9. Juni 2015 vorgenommen hätten oder Dokumente, welche sie ab dem 9. Juni 2015 erstellt hätten ohne weiteres Zutun der Gesuchstellerinnen aus den Akten zu weisen. Die von den Gesuchstellerinnen verlangte Bereinigung der Akten wäre die Rechtsfolge des Ausstandes.⁷

19. Daraus folgt, dass der Antrag auf Bereinigung der Akten gar nicht nötig ist. Nichts hindert die Gesuchstellerinnen aber daran, explizit zu beantragen, dass die Ver-

fahrensleitung die Rechtsfolgen eines Ausstandes umsetzt und die Akten bereinigt. Dabei handelt es sich aber an sich um einen Verfahrensantrag zur Aktenführung der laufenden Untersuchung, welcher an die Verfahrensleitung zu stellen ist und über den das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu entscheiden hätte.⁸ Insofern kann auf den Antrag mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden.

20. Da der Antrag aber an die WEKO bzw. den Präsidenten gerichtet ist, kann er diesen als Antrag auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen entgegennehmen. Er ist für den Entscheid über den Ausstand zuständig und muss demnach auch in der Lage sein, die Rechtsfolgen des Ausstandes vorsorglich anzuordnen.

21. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt allerdings einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil voraus.⁹ Ein solcher wird aber von den Gesuchstellerinnen nicht dargelegt. Es ist auch keiner ersichtlich, da eine Aktenbereinigung, welche erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen würde, keinen Nachteil für die Gesuchstellerinnen darstellt. Der Antrag ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Im Übrigen würden vorsorgliche Massnahmen durch den vorliegenden Entscheid in der Sache ohnehin gegenstandslos.

B.1.3 Sistierungsantrag

22. Weiter beantragen die Gesuchstellerinnen, dass das laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum Entscheid über den Ausstand sistiert werde. Die Sistierung des laufenden Untersuchungsverfahrens [...] ist als verfahrensleitende Verfügung innerhalb eines WEKO-Geschäftes zu qualifizieren. Für deren Erlass ist nach Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig. Auch beim Sistierungsantrag handelt es somit um einen Verfahrensantrag zur laufenden Untersuchung, über den das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu entscheiden hätte.

23. Infolge Unzuständigkeit ist auf den Sistierungsantrag daher vorliegend nicht einzutreten. Der Antrag wurde dem Sekretariat zuständigkeitshalber zur Beurteilung weitergeleitet.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

⁴ RPW 2011/2, 309 Rz 31, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 vom Bundesrat genehmigt am 30.9.1996 (SR 251.1).

⁶ Die teilweise gegenteilige Ansicht der Lehre, wonach die WEKO zuständig sei, wird in RPW 2011/2, 309 Rz 33 behandelt und verworfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Zuständigkeit des Präsidenten implizit bestätigt (RPW 2011/2, 321 E. 1, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*).

⁷ RPW 2008/3, 510 E. 6, *Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

⁸ Vgl. RPW 2008/3, 508 f. E., *Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

⁹ Vgl. Art. 56 VwVG.

B.2 Rechtliche Würdigung des Ausstandsgesuchs

24. Gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

25. Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, 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.¹⁰ In den persönlichen Geltungsbereich von Art. 10 VwVG fallen damit insbesondere auch juristische oder technische Sachbearbeiter, welche die Entscheidung aufgrund ihres Fachwissens beeinflussen. Nicht erfasst werden demgegenüber mit rein administrativen Arbeiten betraute Personen wie etwa Kanzleikräfte.¹¹ Die Ausstandsregeln gelten somit auch für die mit einem Fall betrauten wissenschaftlichen Mitarbeiter des Sekretariats¹² sowie deren weisungsbefugte Vorgesetzte.

26. Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen 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.¹³ Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebensowenig an wie darauf, ob tatsächlich eine Befangenheit besteht. Es genügt, dass der Anschein der Befangenheit durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint.¹⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt für verwaltungsinterne Verfahren allerdings nicht der gleich strenge Massstab wie für unabhängige richterliche Behörden, zumal gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt haben. Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen, zu welchen das Bundesgericht auch die eine KG-Untersuchung führenden Sekretariatsmitarbeiter zählt, sind daher im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin gutzuheissen.¹⁵

27. Art. 10 Abs. 1 Bst. 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. Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten.¹⁶ Liegen mehrere gerügte Äusserungen oder Verhaltensweisen vor, die für sich alleine keinen Ausstandsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bilden, ist abschliessend zu prü-

fen, ob diese in ihrem gesamten Zusammenwirken bzw. in einer Gesamtbetrachtung einen solchen bilden.¹⁷

28. Die Gesuchstellerinnen machen zusammenfassend folgende Ausstandsgründe geltend:

- a) Die Sekretariatsmitarbeiter [Namen Sekretariatsmitarbeitende] hätten im Schreiben vom 9. Juni 2015 ihre Position abschliessend manifestiert und im Schreiben vom 10. Juli 2015 implizit bestätigt;
- b) die genannten Sekretariatsmitarbeiter hätten in diesem Schreiben bewusst eine negativ gefärbte Tonalität gewählt;
- c) die genannten Sekretariatsmitarbeiter hätten sich geweigert, weitere Personen zu befragen, obwohl dies von den Gesuchstellerinnen mehrmals verlangt worden sei.

29. In Anbetracht dieser Rügen scheiden die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a-c VwVG aus. Es gilt daher die Frage zu beantworten, ob die vorgebrachten Gründe der Gesuchstellerinnen als „andere Gründe“ einer Befangenheit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zu qualifizieren sind.

a) Gerügter Positionsbezug durch die Sekretariatsmitarbeiter

30. Die Gesuchstellerinnen beziehen sich in ihrem Ausstandsgesuch vom 10. August 2015 auf das Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015, mit welchem es verlauten lasse, dass die Verhandlungen zu einer EVR als gescheitert angesehen würden. Sie zitieren eine Passage aus dem Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015:

„Vor diesem Hintergrund und im Einklang mit der geltenden Regulierung haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich für die Kosten in Zusammenhang mit der ihnen obliegenden Publikationspflicht und damit der Bereitstellung der [...]information via [...] ohne weitere anschliessende Strukturierung/Codierung aufzukommen.“

¹⁰ RPW 2011/2, 321 E. 2.3 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹¹ RETO FELLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (nachfolgend: VwVG-Kommentar), Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 10 N 5.

¹² SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 22 N 53 ff.

¹³ RPW 2011/2, 321 E. 2.3 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁴ Siehe zum Ganzen RPW 2011/2, 310 Rz 38 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁵ RPW 2009/3, 332 E. 2.2.1 und E. 6.2, *Urteil SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gegen WEKO – Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

¹⁶ RPW 2011/2, 321 E. 2.3, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁷ Vgl. RPW 2011/2, 333 E. 6.2, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

31. Zwar stelle weder die Tatsache, dass das Sekretariat nicht dieselbe Position vertrete wie die Verfahrensparteien, noch das Scheitern der Verhandlungen für sich genommen einen Ausstandsgrund dar. Mit der zitierten Passage würde das Sekretariat aber den Grundsatz der Unvoreingenommenheit verletzen, da sie mit ihren Ausführungen ihre Position manifestierten, wonach [...]. Sie würden das Ergebnis der Untersuchung vorwegnehmen. Es sei nicht zu erwarten, dass sich die erwähnten Sekretariatsmitarbeiter in der fortzuführenden Untersuchung von dieser Ansicht noch abbringen lassen würden.

32. Unstrittig ist also zunächst, dass der Abbruch von Verhandlungen zu einer EVR keinen Ausstandsgrund bildet. Die Gesuchstellerinnen erwähnen dies in ihrem Gesuch vom 10. August 2015 selbst.

33. Weiter ist unstrittig, dass die Sekretariatsmitarbeiter nicht in den Ausstand zu treten haben, weil sie eine andere Position vertreten als die Gesuchstellerinnen. Einigkeit dürfte sodann auch darüber bestehen, dass das Sekretariat den gegenwärtigen Standpunkt vertritt (welchen die Gesuchstellerinnen eben nicht teilen), wonach die Entgeltlichkeit gewisser Leistungen zu Lasten der Zulassungsinhaberinnen das Kartellrecht verletze. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 bestätigen die gerügten Mitarbeiter diese Position.

34. Der erste strittige Punkt scheint den Kontext der zitierten und gerügten Passage zu betreffen. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 ist mit der „geltenden Regulierung“ die in Revision stehende [...]gesetzgebung gemeint. Die Gesuchstellerinnen bringen in ihrem Schreiben vom 27. August 2015 vor, dass sie die gerügte Passage nicht in den Kontext zur Revision der [...]gesetzgebung stellen könnten. Für sie handelt es sich dabei um eine kartellrechtliche Einschätzung.

35. Ein Kontext zur [...]gesetzgebung erscheint aber ohne weiteres möglich, da diese explizit im Schreiben vom 9. Juni 2015 (zwei Sätze vor der gerügten Passage) erwähnt wird. Zudem stellt der Begriff der „geltenden Regulierung“ den passenden Gegensatz zur „Revision des [...]gesetzes“, also der künftigen Regulierung, dar. Wie sich allerdings nachfolgend zeigt, ist es gar nicht relevant, ob es sich bei der gerügten und zitierten Passage um eine kartellrechtliche oder [...]rechtliche Einschätzung handelt.

36. Weiter stellen die Gesuchstellerinnen zu Recht nicht in Frage, dass die gerügten Sekretariatsmitarbeiter die genannten Positionen vertreten *durften* bzw. *dürfen*; weder in ihrem Gesuch vom 10. August 2015, noch in ihrer Eingabe vom 27. August 2015.

37. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die kartellrechtliche Einschätzung eines Verhaltens, da Sekretariatsmitarbeiter im Verlaufe des Verfahrens solche Positionen nicht nur beziehen dürfen, sondern mit Blick auf Verhandlungen über eine EVR sogar beziehen *müssen*: „Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, (...)“ (Art. 29 Abs. 1 KG). Sogar wenn also den Gesuchstellerinnen zu folgen wäre und es sich bei der von ihnen gerügten und zitierten Aussage um eine kartellrechtliche Aussage handeln würde, wäre

die Äusserung an sich weder unzulässig noch ausstands begründend.

38. Das Gesagte gilt aber auch in Bezug auf Einschätzungen von Sachverhalten nach anderen Rechtsgebieten wie z.B. der [...]regulierung. Obwohl die Gesuchstellerinnen die gerügte Aussage gar nicht als [...]rechtliche Einschätzung betrachten, sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass auch eine solche zulässig bzw. je nach Fall sogar notwendig ist. Kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen – gerade im Bereich der [...] – weisen häufig einen Bezug zu anderen Regulierungen auf. Deshalb kann es nötig sein, auch andere Gesetze auszulegen. Dies kann mit Blick auf eine allfällige Ausnahme vom Kartellgesetz geschehen (Art. 3 KG) oder – wie vorliegend – mit Blick auf den Abschluss einer EVR. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 sei es nämlich denkbar gewesen, dass die geplante Revision der [...]gesetzgebung und internationale Standards in die EVR einfließen. Entsprechend hat das Sekretariat geprüft, was nach geltendem [...]gesetz gilt.

39. Die eigentliche Hauptfrage – und dies ist der zweite strittige Punkt – des vorliegend zu beurteilenden Ausstands gesuchs bildet aber nicht die Frage nach der Zulässigkeit von juristischen Würdigungen an sich, sondern die Frage, ob die gerügten Sekretariatsmitarbeiter mit ihren Aussagen das Ergebnis der Untersuchung vorwegnehmen. Oder mit anderen Worten, ob die Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter Zweifel an ihrer Unbefangenheit wecken, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten. Davon gehen die Gesuchstellerinnen aus und behaupten: „Es ist nicht zu erwarten, dass sich die erwähnten Sekretariatsmitarbeiter in der fortzuführenden Untersuchung von dieser Ansicht noch abbringen lassen werden.“

40. Was die Gesuchstellerinnen veranlasst, die fehlende Bereitschaft zur Änderung dieser Ansicht zu erwarten, ist nicht ersichtlich. Sie nennen kein konkretes Element, das bei ihnen diese Erwartung auslöst. Zur Begründung ihres Gesuchs müssten die Gesuchstellerinnen Umstände anführen, aus welchen sich die Glaubhaftigkeit ergibt, dass sich die Sekretariatsmitarbeiter ihre Meinung abschliessend gebildet haben und diese nicht mehr ändern werden. Dies tun die Gesuchstellerinnen aber nicht. Letztlich beschränken sie sich darauf, den Sekretariatsmitarbeitern vorzuwerfen, dass sie eine bestimmte Position bezogen haben. In ihrem Schreiben vom 27. August 2015 gehen sie sogar noch einen Schritt weiter und bringen vor, dass dem Schreiben vom 9. Juni 2015 keinerlei Anhaltspunkte dafür zu entnehmen seien, dass es sich hierbei bloss um eine vorläufige Arbeitshypothese handeln soll. Damit verdrehen sie die Beweislast. Wer Ausstandsgründe geltend macht, hat diese aufzuzeigen. Es gibt keine Vermutung für das Vorliegen von Ausstandsgründen, welche die Behörde laufend zu widerlegen hätte, indem sie unablässig darauf hinweist, ihre Einschätzung sei eine vorläufige. Das Sekretariat hat die Vorläufigkeit ihrer Einschätzung in den Rahmenbedingungen betont. Konkrete Hinweise, dass es seine Einschätzung nicht mehr ändern wolle, liegen nicht vor.

41. Weder im Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015 noch in jenem vom 10. Juli 2015 sind Elemente enthalten, die darauf hindeuten, dass die genannten Sekretariatsmitarbeiter nicht bereit sind, ihre vorläufige Schlussfolgerung im weiteren Verlauf des Verfahrens zu überdenken und nötigenfalls zu ändern. Dem Inhalt dieser Schreiben ist somit kein Ausstandsgrund zu entnehmen.

b) Gerügte negativ gefärbte Tonalität

42. Die Gesuchstellerinnen rügen einen „bewusst verwendeten Tonfall“ in den Sekretariatsschreiben vom 9. Juni 2015. Das Schreiben sei sehr kurz und apodiktisch. Insbesondere hätten sich die Gesuchstellerinnen vor den Kopf gestossen gefühlt, weil für die Ausräumung von allfälligen Missverständnissen und insbesondere für die verlangten Erläuterungen eine Besprechung vor Ort durch die wissenschaftlicher Fachpersonen der Verfahrensparteien vorgesehen gewesen sei.

43. Es ist nicht erkennbar, inwiefern das Schreiben eine negativ gefärbte Tonalität aufweist. Die Gesuchstellerinnen behaupten auch diesen Punkt, ohne ein konkretes Element zu nennen, welches für einen objektiven Betrachter eine negative Tonalität erzeugen soll. Sie kommen damit ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG nicht nach.

44. Die notwendige Länge eines Schreibens dürfte sich in erster Linie aus der damit beabsichtigten Aussage ergeben. Dass im Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015 inhaltlich etwas fehlt, bringen die Gesuchstellerinnen nicht vor. Insofern kann es also nicht zu kurz sein. Mit Blick auf den formellen Aspekt des Schreibens kann festgehalten werden, dass es sich flüssig liest, einem nachvollziehbaren Aufbau folgt und die Standpunkte bzw. das geplante Vorgehen erklärt und begründet. Es enthält einleitend ein Dankeswort und abschliessend die Einladung für eine Rückmeldung sowie die übliche Grussformel. Gemessen am zu vermittelnden Inhalt des Schreibens erscheint die Länge des Schreibens als angemessen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es als kurz oder gar zu kurz bezeichnet werden kann.

45. „Apodiktisch“ bedeutet gemäss Duden „sicher“ oder „keinen Widerspruch duldend“.¹⁸ Auch in diesem Punkt beantworten die Gesuchstellerinnen die Frage nicht, an welchen Elementen sie die apodiktische Formulierung des Schreibens ablesen wollen. Sollten die Gesuchstellerinnen mit diesem Vorwurf meinen, dass die Autoren des Schreibens in dem Sinne keinen Widerspruch dulden würden, dass sie ihre Meinung ohnehin schon gemacht hätten, würden sie damit lediglich den bereits abgehandelten Vorwurf der unwiderruflichen Festlegung auf eine bestimmte Position wiederholen (vgl. vorne Rz 30 ff.). Auch an der fehlenden Bereitschaft, sich über die Position der Gesuchsgegner Klarheit zu verschaffen, kann es nicht liegen: Die Sekretariatsmitarbeiter wollten ja mit dem Schreiben vom 9. Juni 2015 gerade sicherstellen, dass kein Missverständnis vorliegt. Sie luden die Gesuchstellerinnen ein, eine Rückmeldung abzugeben. Was an diesem Verhalten apodiktisch sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

46. Schliesslich bringen die Gesuchstellerinnen vor, dass sie sich vor den Kopf gestossen fühlten, weil noch

eine Besprechung vorgesehen gewesen sei, an welchen wissenschaftliche Fachpersonen die verlangten Erläuterungen hätten abgeben sollen.

47. Das Interesse der Gesuchstellerinnen am Abschluss einer EVR und die entsprechende Enttäuschung über den Abbruch der Verhandlungen sind nachvollziehbar, zumal die Gesuchstellerinnen offenbar einem im Rahmen der Verhandlungen angedachten Treffen zwischen dem Sekretariat und wissenschaftlichen Fachpersonen eine grosse Bedeutung zumessen. Wie bereits erwähnt, stellt aber der Abbruch von Verhandlungen über eine EVR keinen Ausstandsgrund dar. Dies wäre nur dann denkbar, wenn der Abbruch ohne Begründung bzw. geradezu willkürlich erfolgt wäre, was aber nicht der Fall ist. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass weitere Verhandlungen nichts bringen.

48. Es begründete dies einerseits damit, dass die Gesuchstellerinnen nicht hätten darlegen können, ob und inwieweit das Aufkommen der Zulassungsinhaberinnen für eine Strukturierung und Codierung der künftigen [...]gesetzgebung sowie internationalen Standards entsprechen würde. Offenbar wäre das Sekretariat bereit gewesen, diese künftige [...]gesetzgebung oder internationalen Standards bereits heute in eine EVR einfließen zu lassen. Da eine Darlegung dieser Punkte nicht gelang, sah das Sekretariat keinen weiteren Anlass für Verhandlungen über eine EVR.

49. Andererseits erklärte das Sekretariat, dass es zum Schluss gekommen sei, „dass es für [...] zentral ist, mehr oder weniger ihrer Kosten im bisherigen Umfang den Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringern in Rechnung zu stellen und somit an ihrem Finanzierungsmodell festzuhalten“, was eben nicht seiner Position entsprach.

50. Zur Sicherstellung, dass ihre Schlussfolgerungen nicht auf einem Missverständnis beruhten, gaben die Sekretariatsmitarbeiter den Gesuchstellerinnen die Gelegenheit zur Stellungnahme. Diesen vom Sekretariat dargelegten Schlussfolgerungen widersprachen die Gesuchstellerinnen in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2015 nicht. Sie gingen aber davon aus, dass man sich noch finden könne und brachten den Wunsch zum Ausdruck, weiter zu verhandeln. Das Sekretariat teilte diese Einschätzung nicht und brach die Verhandlungen ab. Daran ist nichts Willkürliches zu erkennen.

51. Als bemerkenswert erscheint, dass sich die Gesuchstellerinnen vor allem daran zu stören scheinen, dass die Sekretariatsmitarbeiter eine kartellrechtliche Würdigung ihres *vergangenen Verhaltens* vornehmen. Die Gesuchstellerinnen mögen diese Würdigung nicht teilen, aber eine solche vorläufige Würdigung *muss* das Sekretariat wie erwähnt vornehmen, bevor es Verhandlungen über eine EVR aufnimmt (Art. 29 KG). Die Verhandlungen dienen dann aber lediglich der einvernehmlichen Regelung der Beseitigung von gegenwärtigen Wettbewerbsbeschränkungen. Die EVR zielt damit ausschliesslich auf *zukünftige Verhaltensweisen* ab. Insofern ist der

¹⁸ Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 24. Aufl. 2006.

Umstand, dass die Sekretariatsmitarbeiter ihre Würdigung des *vergangenen Verhaltens* während oder anlässlich des Abbruchs von Verhandlungen wiederholen, von vornherein nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (es sei denn es lägen zusätzliche Elemente vor, die auf die Unabänderlichkeit der Würdigung schliessen liessen, was aber wie oben dargelegt nicht der Fall ist). Möglicherweise irrten sich die Gesuchstellerinnen über die Bereitschaft des Sekretariats auch über seine rechtliche Würdigung des *vergangenen Verhaltens* zu verhandeln. Dieser Irrtum wäre bedauerlich (und zwar für alle Beteiligten) und der Ärger darüber verständlich. Aber einen Ausstandsgrund kann ein solcher Irrtum nicht bilden.

52. Zusammenfassend zeigt sich, dass weder in der Tonalität, noch in der Kürze, noch in einer apodiktischen Art, noch im Nicht-Zustandekommen eines erhofften Treffens ein Ablehnungsgrund zu erkennen ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine vorläufige Würdigung des Sachverhalts durch das Sekretariat im Vorfeld der EVR im Gesetz angelegt ist und damit systemimmanent ist. Dass die untersuchungsführenden Sekretariatsmitarbeiter im Falle des Scheiterns von Verhandlungen zur EVR die Untersuchung weiterführen können, stellen die Gesuchstellerinnen zu Recht nicht in Frage. Denn das Führen von Verhandlungen über eine EVR setzt wie gesagt voraus, dass die instruierenden Mitarbeiter den Sachverhalt analysiert und eine erste rechtliche Würdigung vorgenommen haben. Dies ist aufgrund der Komplexität von Kartellrechtsfällen in der Regel bereits mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Müssten diese Mitarbeiter nach dem Scheitern von Verhandlungen über eine EVR ausgewechselt werden, dürfte dies das Aus für die gesetzlich vorgesehene EVR bedeuten. Denn einerseits würde einer der wesentlichen Anreize der Wettbewerbsbehörden und der Untersuchungsadressaten zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung entfallen: die Verfahrensökonomie. Andererseits würde dies den Untersuchungsadressaten ein Druckmittel in die Hand geben, da sie jederzeit mit dem Abbruch der Verhandlungen drohen könnten.

c) Gerügte Ablehnung von Beweisanträgen

53. Schliesslich sehen die Gesuchstellerinnen auch in der Weigerung der Sekretariatsmitarbeiter, geforderte Beweismassnahmen durchzuführen, einen Ablehnungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG.

54. Verfahrensparteien sind berechtigt, jederzeit Beweisanträge zu stellen.¹⁹ Die Verfahrensleitung hat diese zu prüfen, muss jedoch nur diejenigen berücksichtigen, die für die Erstellung des Sachverhalts (welche ohnehin von Amtes wegen zu erfolgen hat) notwendig sind. Zur Prüfung dieser Notwendigkeit kann die Verfahrensleitung eine antizipierte Beweismassnahme vornehmen.²⁰ Sollte eine Verfahrenspartei der Ansicht sein, dass ihre Beweisanträge zu Unrecht nicht berücksichtigt werden, kann sie sich mit einer Beschwerde gegen den aus ihrer Sicht bestehenden prozessualen Fehler der Verfahrensleitung zur Wehr setzen. Ausstandsgründe bilden solche prozessualen Fehler aber nicht (soweit sie denn überhaupt bestehen).

55. Eine Befangenheit kommt lediglich dann in Frage, wenn ein Entscheidungsträger „Verfahrensfehler oder beson-

ders gewichtige oder wiederholte Beurteilungsfehler begeht, die als schwere Pflichtverletzung betrachtet werden müssen und von der Absicht zeugen, der Partei zu schaden.“²¹ Im vorliegenden Fall liegen keinerlei Hinweise auf ein solches Verhalten der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter vor. Die Gesuchstellerinnen nennen auch keine solchen Elemente, sondern beklagen lediglich, dass von ihnen gewünschte Beweismassnahmen nicht durchgeführt werden.

56. Die gerügte Nicht-Durchführung von Beweismassnahmen stellt somit keinen Ausstandsgrund dar.

d) Gesamtbetrachtung

57. Wie sich gezeigt hat, stellt keine der von den Gesuchstellerinnen gerügten Äusserungen oder Verhaltensweisen für sich alleine einen Ausstandsgrund dar. Abschliessend ist zu prüfen, ob sich in der Gesamtbetrachtung ein anderes Bild ergibt und „einzelne Irregularitäten“ statt je für sich allein in ihrem gesamten Zusammenwirken trotzdem einen Ausstandsgrund bilden.²²

58. Vorliegend ist kein Fehlverhalten der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter feststellbar. Es liegen bereits keine einzelnen, für sich alleine betrachtet kleine Irregularitäten vor. Entsprechend kann gar keine Summe gebildet werden, welche ein anderes Gesamtbild ergeben würde.

B.3 Zusammenfassung

59. Wie sich gezeigt hat, sind die beiden Verfahrensanhträge (Aktenbereinigung bzw. Sistierung) abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

60. Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, dass keine der von den Gesuchstellerinnen gerügten Äusserung oder Verhaltensweisen einen Ausstandsgrund bilden, weder alleine für sich noch in einer Gesamtbetrachtung. Die Gesuchstellerinnen unterlassen es gar weitgehend, ihrer Mitwirkungspflicht nachzukommen und ihr Gesuch ausreichend zu begründen. Das Ausstandsgesuch ist abzuweisen.

B.4 Kosten

61. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung²³ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die vorliegende Verfügung stellt eine solche Zwischenverfügung dar.

¹⁹ Siehe sinngemässe Anwendung von Art. 37 BZP (durch Verweis von Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG).

²⁰ Vgl. RPW 2013/4, 545 Rz 104, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; CHRISTOPH AUER, VwVG-Kommentar (Fn 11), Art. 12 N 17.

²¹ VwVG-Kommentar-FELLER (Fn 11), Art. 10 N 29 m.w.H.; vgl. auch BGE 125 I 119 E. 3e.

²² Vgl. RPW 2009/3, 332 E. 6.2, *Urteil SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gegen WEKO – Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

²³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

62. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Den Erlass der Zwischenverfügung hat im vorliegenden Verfahren die Verfügungsadressatin verursacht. Sie unterliegt und hat die Kosten der Verfügung zu tragen.

63. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 20 Stunden à CHF 200.–, also insgesamt CHF 4'000.–.

C. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt der Präsident der Wettbewerbskommission:

1. Der Antrag, wonach sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] mitgewirkt haben, aus den Akten zu weisen seien, wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Auf den Antrag, wonach das beim Sekretariat laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand zu sistieren sei, wird nicht eingetreten.
3. Das Ausstandsgesuch gegen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] wird abgewiesen.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4'000.– werden den Gesuchstellerinnen auferlegt.

[Eröffnung]

[Rechtsmittelbelehrung]