

JAAC 67.90

Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission
vom 25. April 2003

Demande de récusation contre des collaborateurs de l'Office fédéral de la communication qui ont établi un projet de conciliation dans le cadre d'une procédure d'interconnexion.

Art. 10 al. 1 let. d PA.

- Un projet de conciliation est composé d'informations, de données et de conclusions basées sur des analyses préalables des résultats objectifs d'une instruction. Il représente une appréciation sommaire des résultats de la procédure probatoire sur la base des moyens de preuve recueillis et produits jusque là. Formulé uniquement pour une certaine phase d'une procédure, il se distingue clairement du stade de la décision au fond et ne préjuge d'aucune manière la décision finale.

- En établissant un projet de conciliation comme base de cette étape procédurale qu'elle est obligée de mener avant la fin de la procédure d'administration des preuves et en indiquant le caractère provisoire et non-préjudiciel des solutions proposées, l'autorité d'instruction ne manifeste pas une opinion préconçue à l'égard de la décision finale au sens de l'art. 23 let. c OJ, respectivement de l'art. 10 al. 1 let. d PA.

Ausstandsbegehren gegen Mitarbeiter des Bundesamtes für Kommunikation, die anlässlich eines Interkonnektionsverfahrens ein Schlichtungskonzept erstellt haben.

Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG.

- Ein Schlichtungskonzept setzt sich aus Informationen, Daten und objektiven Schlussfolgerungen zusammen, welche auf vorangegangenen Analysen der Ergebnisse einer Instruktion basieren. Es stellt eine summarische Einschätzung der bisherigen Ergebnisse des

Beweisverfahrens aufgrund der erhobenen und eingereichten Beweismittel dar. Indem es einzig für eine bestimmte Phase eines Verfahrens abgefasst wird, grenzt es sich klar vom Entscheidstadium ab und präjudiziert den Endentscheid in keiner Weise.

- Die Erstellung eines Schlichtungskonzepts durch die Instruktionsbehörde als Grundlage für ein zwingend durchzuführendes Schlichtungsverfahren vor Abschluss des Beweisverfahrens unter Hinweis auf den vorläufigen und nichtpräjudiziellen Charakter der Ausführungen begründet keine Befangenheit im Hinblick auf den Endentscheid im Sinne von Art. 23 Bst. c OG bzw. Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG.

Domanda di ricusa nei confronti di collaboratori dell'Ufficio federale della comunicazione che hanno elaborato un progetto di conciliazione nel quadro di una procedura di interconnessione.

Art. 10 cpv. 1 lett. d PA.

- Un progetto di conciliazione si compone di informazioni, dati e conclusioni oggettive che si basano su precedenti analisi dei risultati di un'istruzione. Un tale progetto costituisce una valutazione sommaria dei risultati della procedura probatoria basati sui mezzi di prova invocati e prodotti. Dato che esso viene redatto unicamente per una determinata fase della procedura, si distingue chiaramente dalla fase decisionale e non pregiudica quindi in alcun modo la decisione finale.

- Con la preparazione di un progetto di conciliazione quale base per una procedura di conciliazione che deve obbligatoriamente essere svolta prima della fine della procedura probatoria e con l'indicazione del carattere provvisorio e non pregiudiziale delle soluzioni proposte, l'autorità di istruzione non manifesta un'opinione preconcepita a proposito della decisione finale ai sensi dell'art. 23 lett. c OG, rispettivamente dell'art. 10 cpv. 1 lett. d PA.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Im Frühjahr 2000 hat die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion (nachfolgend: IC) eingereicht. Die Gesuchstellerin beantragte bei der ComCom die Festlegung von kostenorientierten Preisen gemäss Art. 34 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 6. Oktober 1997 (FDV, AS 1997 2833; heute Art. 45 der FDV vom 6. Oktober 1997, SR 784.101.1) für die von ihr genannten Dienstleistungen.

Die Gesuchsgegnerin bestritt, insbesondere auf den Märkten für Transitdienstleistungen und Implementierungsdiensten marktbeherrschend zu sein. Um die strittige Frage der Marktbeherrschung abzuklären, wurde die

Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) beauftragt, ein entsprechendes Gutachten zu erstellen. Im Gutachten vom 10. April 2001 stellte die WEKO fest, dass die Gesuchsgegnerin bei den Implementierungsdiensten marktbeherrschend sei, nicht dagegen bei den Transitdiensten. Ende 2001 entschied das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), mit einem neuformierten Team von Ökonomen, welches unter der Leitung von X. stand, im Rahmen der Instruktionsarbeiten von der Gesuchsgegnerin umfangreiche Daten und Informationen einzufordern. Die Funktion der juristischen Verfahrensleitung wurde im Herbst 2001 von Y. übernommen. Zusätzlich erschien es sinnvoll, eine externe Beraterin beizuziehen, welche das BAKOM bei der Erarbeitung von zuverlässigen Entscheidungsgrundlagen in methodischer und kapazitätsmässiger Hinsicht unterstützen sollte. Nach Einholen verschiedener Offerten fiel die Wahl auf das Unternehmen W. Mit Schreiben vom 12. Juli 2002 wurden die Parteien, nach vorheriger Ankündigung, über den Beizug der Beratungsfirma informiert.

Ab Juli 2002 gab das BAKOM der Gesuchsgegnerin Gelegenheit, ihre Beweisführung zu ergänzen bzw. zu erläutern. Im Rahmen der folgenden Instruktionsarbeiten wurden bei der Gesuchsgegnerin zahlreiche weitere Daten und Informationen eingeholt. Zwecks Erläuterungen, Präzisierungen und besserem Verständnis der eingereichten Unterlagen wurden mehrere Instruktionstreffen durchgeführt. Diese Besprechungen wurden von Seiten des BAKOM je nach Sachrelevanz unter Anwesenheit von Y. und/oder X. und/oder den involvierten ökonomischen Mitarbeitern durchgeführt. Ferner wurde von der Instruktionsbehörde in enger Zusammenarbeit mit der Gesuchsgegnerin ein Plausibilisierungsinstrument in Form von umfangreichen Excel-Tabellen entwickelt. Die in die Plausibilitätstabellen eingeflossenen Daten stammen von der Gesuchsgegnerin.

Ende Mai 2002 wurde mit der Evaluation eines Gutachters für die Bestimmung des branchenüblichen Kapitalertrags gemäss Art. 45 Abs. 1 Bst. d FDV begonnen. Anfang Juli 2002 erhielten die Parteien Gelegenheit, zum Auftragsvorschlag sowie zur Person des unabhängigen Gutachters Stellung zu nehmen. Die definitive Auftragserteilung an S. erfolgte nach Ablauf der Fristen zum rechtlichen Gehör Ende Juli. Das Gutachten wurde per 15. Dezember 2002 fertiggestellt.

Anlässlich einer Präsentation vom 18. Dezember 2002, an welcher u. a. Z., X. und Y. anwesend waren, zeigte das BAKOM den Parteien das Vorgehen bei der Überprüfung der Beweisführung der Gesuchsgegnerin auf. Auch wurden bereits vorliegende Erkenntnisse vorgestellt. Die Präsentationen sollten den Parteien als Vorbereitung für die auf Februar 2003 angesetzten Schlichtungsverhandlungen dienen.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2002 wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Beweiserhebung abgeschlossen werde und der Verfahrensgegenstand somit auf die Jahre 2000, 2001 und 2002 festgelegt werde. Da sich in der Folge die letzten Bereinigungen bei der Erläuterung und Ergänzung der Beweisführung durch die Gesuchsgegnerin für die Jahre 2000 bis 2002 als aufwändiger als ursprünglich angenommen erwiesen, wurde ihr mit Schreiben vom 26. Februar 2003 mitgeteilt, dass das Instruktionsverfahren auf das Jahr 2003 ausgedehnt werde.

Im Schreiben vom 24. Januar 2003 machte die Gesuchsgegnerin erstmals geltend, anlässlich der Präsentation vom 18. Dezember 2002 hätten einzelne Mitarbeiter des BAKOM bei ihr den Anschein der Befangenheit erweckt.

Am 12. Februar 2003 fand in den Räumlichkeiten des BAKOM die Schlichtungsverhandlung zwischen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin statt. Von Seiten des BAKOM waren u. a. Z., X., Y. sowie der Direktor anwesend. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung zeigte X. u. a. eine Preiskorrektur-Bandbreite (...) für die von der Gesuchsgegnerin zu kostenorientierten Preisen zu erbringenden Interkonnectionsdienstleistungen auf.

Am 27. Februar 2003 erhielt die ComCom das vorliegend zu beurteilende, auf den 26. Februar datierte, Ausstandsbegehren mit folgenden Rechtsbegehren:

«1. Im IC-Verfahren zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin haben die verfahrensverantwortlichen Mitarbeiter des BAKOM, Z., X., sowie Y. unverzüglich in den Ausstand zu treten.

2. Das Schlichtungskonzept des BAKOM vom 3. Februar 2003 sei aus den Akten zu entfernen.»

Die ComCom hat das Ausstandsbegehren von der Gesuchstellerin anlässlich einer Sitzung im März 2003 behandelt und u. a. entschieden, dass das Verfahren angesichts der besonderen Natur des Begehrens durch die ComCom direkt geführt werde.

In der Folge ordnete die ComCom vorsorgliche Massnahmen an: Die drei Mitarbeiter hatten rückwirkend auf den 27. Februar 2003 im Interkonnectionsverfahren zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin in den Ausstand zu treten, und die seit dem 27. Februar 2003 von diesen drei Mitarbeitern im genannten Verfahren verfassten Dokumente waren aus den Verfahrensakten zu entfernen.

Den betroffenen Mitarbeitern des BAKOM und der Gesuchstellerin in der Hauptsache wurde bis am 24. März 2003 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ausstandsbegehren gegeben. Um Verzögerungen im laufenden Interkonnectionsverfahren zu verhindern, hat das BAKOM auf Wunsch des Präsidenten der ComCom hin die entsprechenden Massnahmen ergriffen

und andere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit der Fortsetzung des Interkonktionsverfahrens mindestens bis zum Entscheid der ComCom über das Ausstandsbegehren beauftragt.

Aus den Erwägungen:

1 Formelles

1. Die Gesuchsgegnerin stellt das Ausstandsbegehren als Gesuchsgegnerin in der Hauptsache und hat somit Parteistellung. Das Ausstandsbegehren richtet sich gegen drei Mitarbeiter des BAKOM, die mit der Instruktion des Verfahrens beschäftigt waren (Art. 11 Abs. 3 FMG und Art. 54 Abs. 2 FDV). In dieser Hinsicht ist das Ausstandsbegehren somit zulässig.

2.a. Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber gemäss Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) «die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes». Im vorliegenden Fall haben sich die drei betroffenen Mitarbeiter in ihrem gemeinsamen Schreiben vom 24. März 2003 ausdrücklich gegen das von der Gesuchsgegnerin gestellte Ausstandsbegehren ausgesprochen, indem sie beantragten, die von der Gesuchsgegnerin gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich abzuweisen. Der Ausstand ist streitig, womit die erste Voraussetzung nach Art. 10 Abs. 2 VwVG erfüllt ist.

b. Einleitend kann festgehalten werden, dass die Zuständigkeit der ComCom in dieser Angelegenheit von keiner Partei bestritten wird. Es ist jedoch einzuräumen, dass dem BAKOM - als einem dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hierarchisch angegliederten Amt - in diesem Verfahren eine besondere Stellung zukommt (Art. 2, Art. 35 f. und Art. 43 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG], SR 172.010, Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, [RVOV], SR 172.010.1). Dennoch ist das BAKOM im Rahmen der Instruktion von Interkonktionsverfahren gemäss den unter Ziff. 1 erwähnten Bestimmungen ausschliesslich der ComCom gegenüber verantwortlich. Insbesondere ist es gegenüber dem UVEK und dem Bundesrat in diesem Bereich nicht weisungsgebunden, sondern untersteht vollumfänglich der ComCom. Diese Situation ergibt sich übrigens aus den meisten Regeln des FMG betreffend die Aufsicht des schweizerischen Telekommunikationsmarktes (z. B. im Bereich der Sanktionen, Art. 58 ff. FMG). In diesem Bereich ist die Rechtsstellung des BAKOM vergleichbar mit jener anderer Sekretariate von Eidgenössischen Kommissionen mit erstinstanzlich entscheidender Kompetenz, insbesondere der Eidgenössischen Bankenkommission und der Wettbewerbskommission. Angesichts dieser Rechtslage erscheint die ComCom als zuständige Behörde für den Entscheid über das Ausstandsbegehren. Es ist sachgemäss, weniger die formellen (hierarchische Abhängigkeit vom UVEK) als vielmehr die funktionellen Kriterien (BAKOM als Instruktionsbehörde, ComCom mit Entscheidkompetenz) zu gewichten; die Bezeichnung der ComCom als «Aufsichtsbehörde» gemäss Art. 10 Abs. 2 VwVG ist konsequenterweise eher im funktionellen als im

formellen Sinne zu verstehen. Der Regulator hat denn auch die beste Qualifikation, um die vorliegende Sachlage zu beurteilen, insbesondere wegen seiner Erfahrungen in diesem Bereich. Schliesslich wäre es nicht nachvollziehbar, wenn der Gesetzgeber der ComCom die Kompetenz einräumen würde, über die Hauptsache in Interkonkonnktionsverfahren zu entscheiden, nicht aber über Verfahrensfragen, welche zum besagten Entscheid führen.

3. Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren enthält keine Bestimmung darüber, welches Verfahren bei Gesuchen wegen Befangenheit anwendbar ist. Es ist deshalb angemessen, das Verfahren in Analogie zu den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG, SR 173.110) durchzuführen, insbesondere die Art. 22 ff. OG. Somit ist die Partei, die bei der zuständigen Behörde den Ausstand eines Mitarbeiters verlangt, verpflichtet, sofort nach Entstehen oder Bekanntwerden des Ausstandsgrundes eine schriftliche Erklärung einzureichen (Art. 25 Abs. 1 OG in Analogie); zudem sind die den Ausstand begründenden Tatsachen in der Erklärung anzuführen und urkundlich zu bescheinigen (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 OG). In den folgenden Ausführungen wird zu prüfen sein, ob die in dieser Norm vorgesehenen zeitlichen Vorgaben eingehalten sind. Hingegen kann schon jetzt festgehalten werden, dass die Anforderungen an die schriftliche Form im vorliegenden Fall erfüllt sind.

Die ComCom wendet ausserdem im vorliegenden Fall die beiden anderen in Art. 25 Abs. 2 Sätze 2 und 3 OG aufgestellten Regeln an, welche lauten (Ergänzung durch Verfasser): «Wenn die urkundliche Bescheinigung nicht möglich ist, hat sich die Gerichtsperson *[hier: die Mitarbeiter]* über die angebrachten Ausstandsgründe zu äussern. Ein weiteres Beweisverfahren ist nicht zulässig.» Die betroffenen Mitarbeiter konnten die nötigen Erklärungen im Schreiben vom 24. März 2003 beibringen, womit das rechtliche Gehör gewährt wurde. Die Gesuchstellerin nahm mit Schreiben des gleichen Datums Stellung, wobei die entscheidende Instanz gemäss Art. 26 Abs. 2 OG frei ist, diese Gegenpartei in der Hauptsache über die Ausstandsfrage anzuhören. Die Gesamtheit dieser Regeln zielen darauf ab, ein rasches Verfahren zu ermöglichen.

2 Materielles

1. Als Vorbemerkung zur Hauptfrage in dieser Angelegenheit ist festzuhalten, dass das von der Gesuchsgegnerin verfolgte Ziel nicht ganz klar ist. Denn während sich die Rechtsbegehren auf die Befangenheit der drei betroffenen Mitarbeiter und auf die Entfernung des sogenannten Schlichtungskonzeptes aus den Verfahrensakten richten, weist die Gesuchsgegnerin in den Vorbemerkungen darauf hin, dass sie nicht erwarte, «dass im Falle seiner Gutheissung sämtliche Instruktionsmassnahmen wiederholt werden, die von den genannten Mitarbeitern des BAKOM vorgenommen worden sind. *Einzig das Schlichtungskonzept des BAKOM, das [...] den Anschein der Befangenheit der verfahrensverantwortlichen Personen dokumentiert, darf für die weiteren Arbeiten nicht mehr verwendet werden und ist deshalb aus den Akten zu entfernen*». Es scheint somit, dass das Schlichtungskonzept der

Hauptanlass zum gestellten Ausstandsbegehren der Gesuchsgegnerin in der Hauptsache ist, und dass das Rechtsbegehren betreffend die Befangenheit eher nebensächlichen Charakter aufweist. Aus methodischen Gründen ist dennoch zuerst die Frage der Befangenheit zu prüfen, bevor auf das Schlichtungskonzept eingegangen wird.

2.a. Die Gesuchsgegnerin leitet den Vorwurf der Voreingenommenheit der drei Mitarbeiter des BAKOM aus der Verfahrensführung ab. Das Misstrauen in ihre Unparteilichkeit sei schrittweise entstanden und hätte sich in der Eröffnung des Schlichtungskonzeptes vom 3. Februar 2003 konkretisiert. Dabei stützt sich die Gesuchsgegnerin auf verschiedene Stadien der Verfahrensführung. Obwohl das BAKOM mit Schreiben vom 23. Dezember 2002 das Beweisverfahren formell beendet habe, habe es im Januar 2003 das Datenmaterial umfangreich ergänzt. Die Gesuchsgegnerin habe ein Gutachten betreffend den branchenüblichen Kapitalertrag im Ergebnis angezweifelt und Gelegenheit zur Stellungnahme bis am 31. Januar 2003 gehabt. Die finalen Plausibilitätstabellen, welche auch die Datenerhebungen vom Januar 2003 berücksichtigten, seien der Gesuchsgegnerin am 5. Februar 2003 zur Stellungnahme unterbreitet worden. Die Frist für die Stellungnahme sei erst am 26. Februar 2003 abgelaufen.

Das BAKOM habe demnach am 3. Februar 2003 das Schlichtungskonzept mit konkreten Preisvorstellungen eröffnet, obwohl ein bis zwei wichtige Parameter noch nicht abschliessend ermittelt worden seien. Insbesondere hätten die vom BAKOM berechneten tieferen Interkonnectionspreise u. a. auf dem Gutachten basiert, zu welchem die Gesuchsgegnerin erst am 31. Januar 2003 Stellung genommen habe. Auch sei die Stellungnahme zu den finalen Plausibilitätstabellen noch hängig gewesen. Bereits vor dem Abschluss der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes hätten die BAKOM-Mitarbeiter die Gesuchsgegnerin mit der Bandbreite einer massiven Preisreduktion konfrontiert. Die verfahrensverantwortlichen Personen hätten mit dem Schlichtungskonzept zu Sachverhalts- und Rechtsfragen eine Meinung geäussert, die sowohl zeitlich als auch inhaltlich einen dermassen engen Zusammenhang zur bevorstehenden Verfügung der ComCom aufweisen werde, dass mit einem Abweichen der Meinung nicht mehr gerechnet werden könne. Zudem habe der BAKOM-Direktor an der Schlichtungsverhandlung vom 11. Februar 2003 klar zum Ausdruck gebracht, «dass das Schlichtungskonzept auch als Grundlage für eine allfällige Verfügung der ComCom in der Sache zu verstehen sei». Damit seien Erwartungen der Gesuchstellerin geweckt worden, welchen das BAKOM gerecht werden wolle, so dass damit zu rechnen sei, dass das BAKOM eine Verfügung vorbereite, welche von dieser Bandbreite der Preissenkung kaum mehr abweichen werde.

Aufgrund der geschilderten Verfahrensführung seien offensichtliche Zweifel an der Unbefangenheit der verfahrensverantwortlichen Mitarbeiter des BAKOM gegeben.

b. Die drei verfahrensverantwortlichen Mitarbeiter des BAKOM, gegen welche die Gesuchsgegnerin den Vorwurf der Voreingenommenheit erhoben hat, wiesen in ihrer Stellungnahme vom 24. März 2003 generell auf den Ablauf von Schlichtungsverhandlungen hin. Art. 57 FDV schreibe seit der Revision vom 5. April 2000 nicht mehr vor, in welchem Zeitpunkt des Instruktionsverfahrens die Schlichtungsverhandlung durchzuführen ist. Dieser Entscheid sei ins

Ermessen der Instruktionsbehörde gelegt (AS 2000 1044). Das Vorgehen der BAKOM-Mitarbeiter in diesem Fall entspreche einer weitverbreiteten behördlichen Praxis. Die Eröffnung eines Schlichtungskonzeptes vor Abschluss des Beweisverfahrens ermögliche eine vorläufige Einschätzung. Zudem könne gerade in Verfahren, in denen die Beweismittel wegen Geschäftsgeheimnissen der Gegenpartei nicht zugänglich gemacht werden könnten, eine Zusammenfassung der Ergebnisse notwendig und sinnvoll sein.

Was die Vorbefassung anbelangt, wiesen die BAKOM-Mitarbeiter darauf hin, dass im Schlichtungskonzept in genügender Weise auf die Vorläufigkeit der Ergebnisse im Konzept hingewiesen worden sei. Darüber hinaus sei das BAKOM nur Instruktionsbehörde, Entscheidbehörde sei die ComCom.

Die vom BAKOM berechneten Preise sollten lediglich eine Tendenz darstellen. Mit der Kritik am Gutachten werde sich die Instruktionsbehörde selbstverständlich im Verfügungsantrag auseinandersetzen. Das schriftlich abgegebene Schlichtungskonzept als Zusammenfassung bisher gewonnener, vorläufiger Erkenntnisse sei angesichts der Komplexität der Materie geboten gewesen.

(...)

c. Die Gesuchstellerin hält in der Stellungnahme fest, die Argumentation der Gesuchsgegnerin in Bezug auf die angebliche Befangenheit der betroffenen Mitarbeiter des BAKOM sei widersprüchlich. Das BAKOM habe immer darauf hingewiesen, dass das Schlichtungskonzept die vorläufigen Ergebnisse des Beweisverfahrens festhalte. Aufgrund von Art. 57 FDV sei das BAKOM frei zu bestimmen, in welchem Zeitpunkt des Instruktionsverfahrens es die Schlichtung ansetze. Aus der Tatsache, dass die Parteien beantragt hätten, die Schlichtungsverhandlung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens anzusetzen, könne keine Befangenheit abgeleitet werden. Es entspreche im Übrigen einer allgemeinen Praxis der schweizerischen Gerichte, nach einer ersten Einschätzung der Rechtslage mit den Parteien Vergleichsgespräche durch den Gerichtsreferenten durchführen zu lassen, ohne dass hieraus eine Befangenheit abgeleitet werde.

(...)

3.a. Vorgängig ist abzuklären, ob die Gesuchsgegnerin das Ausstandsbegehren rechtzeitig gestellt hat (Art. 25 Abs. 1 OG in Analogie). Weder die Mitarbeiter des BAKOM noch die Gesuchstellerin haben diesen Einwand erhoben; es ist deshalb nicht nötig, sich über Gebühr mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Jedoch ist die mit der Sache befasste Behörde verpflichtet, diesen Punkt von Amtes wegen zu prüfen. Die Gesuchsgegnerin hat die Frage der Voreingenommenheit formell zum ersten Mal im Schreiben vom 24. Januar 2003 an Y. vorgebracht (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG), ohne namentlich zu erwähnen, gegen welche Personen sich dieser Vorwurf richtet. Dieser zu diesem Zeitpunkt erstmals vorgebrachte Einwand kann im Lichte von Art. 25 Abs. 1 OG als genügend betrachtet werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass das Ausstandsbegehren der Gesuchsgegnerin in einem sehr lange dauernden Instruktionsverfahren des BAKOM gestellt wird und dass die Gesuchsgegnerin bis anhin noch in

keinem Verfahren die Unvoreingenommenheit von Mitarbeitern des BAKOM in Frage stellte. Unter diesem Gesichtspunkt kommt dem Begehren der Gesuchsgegnerin ein aussergewöhnlicher Charakter zu.

b. Die Gesuchsgegnerin stützt ihr Ausstandsbegehren auf Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG, wonach «Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, (...) wenn sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten», in Ausstand treten müssen. Der Anwendungsbereich dieser Norm umfasst ausdrücklich Personen, die eine Verfügung vorbereiten - auch wenn sich der Hauptzweck der Norm nicht in erster Linie auf Konstellationen wie im vorliegenden Fall richtet (P. Moor, *Droit administratif*, Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Bern 2002, S. 241). Zudem hat das Bundesgericht in einer Reihe von neueren Entscheiden, wo es um Mitarbeiter ging, welche Verfügungen für die Kommission vorbereiteten, die Rolle der Sekretariate eidgenössischer Kommissionen relativiert (BGE vom 22.5.2002, Sache 2A.65/2002, E. 2.2.1, mit Verweis insbesondere auf den BGE vom 20.12.2001, Sache 2A.349/2001, E. 3b: «Die Eidgenössische Bankenkommision hat den vorliegenden Fall an ihrer Sitzung vom 3./4. Juli 2001 beraten und im Sinne des Antrags des Sekretariats entschieden. Der in Art. 10 VwVG enthaltene Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Behörde schliesst nicht aus, dass sie ihre Meinung aufgrund eines Verfügungsentwurfs des ihr unterstellten Sekretariats bildet. Die Freiheit der Gesamtbehörde, abweichend zu entscheiden, wird dadurch nicht berührt [Urteil vom 2. Februar 2000 i.S. Biber Holding, E. 3b, veröffentlicht in: *Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommision*, EBK, 40/2000 S. 52 f.]»). Diese Ausführungen des Bundesgerichts können weitgehend auf die ComCom übertragen werden, dies umso mehr, als im Entscheid Commcare die Position der ComCom jener der Bankenkommision angenähert wurde (BGE vom 3.10.2001, Sache 2A.503/2000, E. 3b).

Was die Vorwürfe betrifft, welche angesichts der in Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG statuierten Generalklausel geltend gemacht werden können, kann festgehalten werden: «Die *ratio legis* des Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG geht nämlich dahin, das Vertrauen der Rechtsuchenden in eine integre Verwaltungsrechtspflege zu schützen, einen sachlich richtigen Entscheid zu gewährleisten und deshalb, unbekümmert um die allenfalls persönliche Unabhängigkeit des betreffenden Beamten, schon die blossе Gefahr der Befangenheit einer Entscheidbehörde zu vermeiden» (BGE 97 I 91 E. 3, zitiert insbesondere in R. Rhinow/H. Koller/C. Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 215 N. 1108; siehe auch A. Moser/P. Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 107 N. 3.41, mit weiteren Verweisen). Alle erwähnten Autoren weisen nachdrücklich darauf hin, dass einerseits das Misstrauen in die Unparteilichkeit objektiv, durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein muss und dass andererseits der *Anschein* der Befangenheit genügt (vgl. auch A. Kölz/I. Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 92 N. 254).

Um beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, ist es unerlässlich, die Umstände des konkreten Falles zu betrachten (Moser/Uebersax, a.a.O., S. 107 N. 3.42). Gemäss T. Geiser stellt «die Anwendung des Ausstandsgrundes der Vorbefangenheit [...] stets eine Gratwanderung dar» (T. Geiser/P. Münch, *Prozessieren vor Bundesgericht*, 2. Auflage,

Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 42 N. 1.81g, mit weiteren zutreffenden Ausführungen). Ein Kriterium zur Ermittlung der Befangenheit ist, ob die Meinungsbildung durch sachfremde Faktoren bestimmt wurde (J.-F. Poudret/S. Sandoz, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990, S. 123 N. 5.1). Eine Meinung, welche auf einer Sachanalyse in einem gewissen Verfahrensstadium basiert und eine vorgezogene - allenfalls noch summarische - Einschätzung aufgrund der Unterlagen und der herangezogenen Mittel darstellt, begründet keine Befangenheit im Sinne von Art. 23 Bst. c OG bzw. Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG (Poudret/Sandoz, a.a.O., S. 124-125 N. 5.3). Dieser Ansicht ist auch B. Schindler: «Dass ein Behördemitglied seine Ansicht zum Streitgegenstand oder zu den Verfahrensaussichten kundtut, ist nicht unüblich und wird sogar vielfach von den betroffenen Parteien gewünscht» (B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung: Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 131 [von der Gesuchsgegnerin zitierter Autor]; so auch B. Bovay, Procédure administrative, Bern 2000, S. 114). In diesem Zusammenhang ist vor allem zu berücksichtigen, in welchem Stadium das Verfahren steht, insbesondere wenn es sich um eine Schlichtungsphase handelt:

«Quoi qu'il en soit, l'indépendance et l'impartialité d'une autorité de jugement ne sont pas nécessairement affectées par les déclarations qui sont faites par le magistrat qui dirige la procédure lorsque intervient une tentative de conciliation ou de liquidation transactionnelle d'un différend civil. Il est normal que le magistrat dont les parties attendent souvent qu'il les aide à rechercher une solution amiable à leur litige émette son point de vue sur les chances de succès des thèses respectives qu'elles soutiennent dans la procédure. Dans les circonstances ordinaires, un tel avis n'est pas de nature à faire naître dans l'esprit d'une partie que le juge ne la traitera pas en toute impartialité.» (BGE 119 Ia 81 E. 4b; so auch Poudret/Sandoz, a.a.O., S. 124-125 N. 5.3)

c. Einleitend ist auf die speziell lange Verfahrensdauer und auf die Komplexität des vorliegenden Falles hinzuweisen: Seit Einreichen des Gesuchs durch die Gesuchstellerin bis zur Erstellung des Schlichtungskonzeptes sind beinahe drei Jahre vergangen. (...) Die Gesamtheit dieser Umstände zeigt das immense Ausmass der durch die Instruktionsbehörde geleisteten Arbeit, aber auch jener der Parteien. Die von den Mitarbeitern des BAKOM durchgeführten Sitzungen mit den Parteien sind in diesen Zusammenhang zu stellen, denn bei Verfahren dieser Art ist es unerlässlich, die Parteien regelmässig über die Entwicklung des Verfahrens und über Zwischenergebnisse der Instruktion zu informieren. Dieser Vorgang erlaubt zugleich, dass den Parteien - Gesuchstellerin wie Gesuchsgegnerin - das rechtliche Gehör und die übrigen Verfahrensgarantien gewährleistet sind.

Die Präsentation vom 18. Dezember 2002 hatte primär zum Ziel, einen allgemeinen Überblick insbesondere über die angewandte Methode und die Elemente der Berechnung zu verschaffen und lieferte dazu einige Zahlen. (...) Hinzu kommt, dass sämtliche Beteiligte des vorliegenden Ausstandsverfahrens zu diesem Ergebnis gelangen. Die Gesuchsgegnerin z. B. wies in ihrem Begehren darauf hin, dass Y. (BAKOM) und V. (juristischer Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin) sich im Vorfeld einig waren, «dass anlässlich der vom BAKOM für den 18. Dezember 2002 vorgesehenen Präsentation noch keine konkreten Ergebnisse genannt werden konnten. An der Präsentation vom

18. Dezember 2002 wurden der Gesuchsgegnerin die bisherigen Erkenntnisse aus dem Instruktionsverfahren zunächst sehr allgemein und bis auf das Gutachten von S. ohne konkrete *Teilergebnisse* bekannt gegeben. Völlig unerwartet und entgegen der ausdrücklichen Zusage von Y. wurden die *Vertreter der Gesuchsgegnerin* von X. nun aber auch noch mit der Voraussage einer in Prozentzahlen (*Bandbreite*) ausgedrückten massiven Preisreduktion konfrontiert». Die Mitarbeiter des BAKOM führen in ihrem Schreiben vom 24. März 2003 aus: «Im Vorfeld der Präsentationen vom 18. Dezember 2002 wurde gegenüber den Parteien signalisiert, dass nicht beabsichtigt sei, <konkrete> Preise im Sinne einer <Punktlandung> zu präsentieren, sondern dass eine <Tendenz> in der Form einer möglichen Korrektur-Bandbreite (<Preis-Range>) zu erwarten sei.» Auch gemäss der P. AG, die im Rahmen des parallelen LRIC-Verfahrens (langfristige Zusatzkosten) P. AG gegen R. AG (Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren) am 24. März 2003 zum identischen Ausstandsbegehren der R. AG Stellung genommen hat, ist «die Nennung eines Preisranges in Prozenten an der Präsentation vom 18. Dezember 2002 durch X. [...] ebenso wenig zu beanstanden, handelte es sich dabei [*P. AG und die Gesuchstellerin wurden an getrennten Veranstaltungen informiert*] nur um eine Äusserung, gestützt auf die vorläufigen Ergebnisse und Erkenntnisse und mit dem Vorbehalt, dass diese im Laufe des weiteren Instruktionsverfahrens geändert werden können. X. hat auch ganz deutlich auf die Sensitivitäten dieser Angaben verwiesen und dass z. B. bereits kleine Abweichungen beim WACC [durchschnittliche Kapitalkosten] zu erheblichen Änderungen bei den Resultaten führen würden».

Die anlässlich dieser Sitzung vom 18. Dezember 2002 präsentierten Elemente setzen sich aus Informationen, Daten und objektiven Schlussfolgerungen zusammen, welche auf den vorangegangenen Analysen der Ergebnisse der Instruktion bis zu jenem Datum basierten. Es steht fest, dass die Mitarbeiter des BAKOM anlässlich dieser Präsentation eine gewisse Vorsicht walten liessen. Insbesondere haben sie betont, dass es sich um allgemeine Grundsätze handle. Die Begriffe «Preis-Range» oder Preis-«Bandbreite» wurden von allen an diesem Ausstandsverfahren Beteiligten in gleicher Weise verwendet und deuten auf eine gleichartige Wahrnehmung hin, obschon sie an getrennten Treffen teilnahmen: Nicht nur konnten noch bedeutende Veränderungen eintreten, auch hatte die Instruktionsbehörde in diesem Verfahrensstadium noch keine konkreten und definitiven Schlussfolgerungen gezogen. *A fortiori* schliesst die Würdigung der gesamten Umstände das Vorliegen der Voreingenommenheit aus.

Im Schreiben vom 23. Dezember 2002 bestätigte Z., dass «die formelle Beweiserhebung betreffend die Kostenorientiertheit der in rubriziertem Verfahren streitigen Interkonnektionstarife sowie der übrigen Gesuchspunkte formell beendet [werde]» und dass das BAKOM den Parteien im Verlaufe des Januars 2003, nachdem es sie mit den letzten Dokumenten aus dem Beweisverfahren bedient haben werde, im bereits verschiedentlich kommunizierten Umfang Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis ansetzen werde. Den Parteien wurde somit zugesagt, dass sie zu gegebener Zeit zu den Grundzügen, welche am 18. Dezember 2002 vorgestellt wurden, Stellung beziehen könnten. Zum Kapitalkosten-Gutachten von S. konnte die Gesuchsgegnerin Stellung nehmen, wie ihr Schreiben vom 31. Januar 2003 zeigt, welchem zudem ein Bericht von 19 Seiten der A. AG sowie «Kritische

Anmerkungen» von K. zum Gutachten von S. beigelegt waren. Im Schreiben vom 23. Dezember 2002 wurde den Parteien im Übrigen auch angekündigt, dass das lange Verfahren sich dem Ende zuneige; aus diesem Grunde wurde der Verfahrensgegenstand auf die Jahre 2000, 2001 und 2002 festgelegt.

4. Die Instruktionsbehörde legte dem Schlichtungskonzept den Stand der Ermittlungen zu einem gegebenen Zeitpunkt zugrunde. In gleicher Weise wie anlässlich des Treffens vom 18. Dezember 2002 haben die Mitarbeiter des BAKOM Vorsorge getroffen, indem sie zu Beginn des Dokumentes folgende einleitende Bemerkungen anbrachten:

«Das vorliegende Papier umschreibt und begründet das Schlichtungskonzept der Instruktionsbehörde im Interkonktionsverfahren Q. AG vs. R. AG. Es resümiert die bisherigen, im Verfahren gewonnenen Erkenntnisse und zeigt in angemessener Schärfe den Raum für Verfügungsanträge der Instruktionsbehörde an die Entscheidbehörde auf. Weder kann noch will die Darstellung in dieser Form einen erstinstanzlichen Entscheid präjudizieren. Weitere, noch anfallende Erkenntnisse aus dem Instruktionsverfahren werden weiterhin in den Entscheidungsfindungsprozess einfließen.»

Die Meinung von R. Kiener, welche von den Mitarbeitern des BAKOM zitiert wird, ist überzeugend (R. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 170: «[...] sind solche Vorgänge unbedenklich, solange jederzeit Gewähr dafür besteht, dass die Richter und Richterinnen ihre tatsächlichen oder rechtlichen Festlegungen als *vorläufig* anerkennen, dem jeweils neuesten Stand des Verfahrens entsprechend überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente revidieren»). Einerseits wird das Schlichtungskonzept gemäss der vorzitierten Einleitung ausdrücklich als Dokument bezeichnet, welches die Erkenntnisse zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt festhält, und es wird ein Vorbehalt angebracht, künftige Erkenntnisse im Laufe des Verfahrens zu berücksichtigen. Andererseits basiert das Schlichtungskonzept - wie die Präsentation vom 18. Dezember 2002 - ausschliesslich auf Erkenntnissen, welche sich direkt aus der Angelegenheit ergeben (dazu vgl. etwa Poudret/Sandoz, a.a.O.).

Das Schlichtungskonzept muss zudem im Kontext des speziellen, in Art. 57 FDV ausdrücklich vorgesehenen Schlichtungsverfahrens gesehen werden. Diese Eigenart macht eine Reihe von Anmerkungen erforderlich: *Erstens* muss unterstrichen werden, dass das Schlichtungskonzept einzig für eine bestimmte Phase des Verfahrens abgefasst wurde und den Entscheid der ComCom in keiner Weise präjudiziert. Das BAKOM hat übrigens diesen Punkt im erwähnten Dokument betont. *Zweitens* sollte das Schlichtungskonzept als Verhandlungsbasis zwischen den Parteien dienen. Dies impliziert insbesondere, dass die Parteien in dieser Phase völlig frei sind, Argumente beizubringen, welche nicht im erwähnten Dokument enthalten sind. Das Schlichtungskonzept strebt an, die Parteien mit einem Synthesepapier in einem Zeitpunkt zu unterstützen, in welchem ein langes und komplexes Verfahren seinem Ende zugeht; die Parteien haben in diesem Stadium die Herrschaft über das Verfahren und können nach Belieben vom Schlichtungskonzept abweichen, es ergänzen oder ihm sogar widersprechen. Dieses Dokument hat in diesem Sinne eine begrenzte Bedeutung. *Drittens* lässt Art. 57 FDV in seiner aktuellen Fassung dem BAKOM als Instruktionsbehörde

die Wahl, den Zeitpunkt für die Schlichtungsverhandlung festzulegen (vgl. den Text von aArt. 46 FDV in der Version vom 6. Oktober 1997: «Das Bundesamt führt nach der Instruktion eine Schlichtungsverhandlung durch»). Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin ist nicht zwingend, dass dieser Vorgang erst nach Beendigung der Instruktion in der Sache stattfindet, auch wenn es der Praxis entsprechen dürfte, dass das BAKOM die Schlichtungsverhandlung gegen Ende der Instruktion durchführt. *Viertens* wird das Schlichtungsverfahren ausschliesslich von der Instruktionsbehörde, dem BAKOM, durchgeführt. Die entscheidende Behörde, die ComCom, ist in keiner Weise in dieses Verfahrensstadium involviert. Diese Entscheidung hat der schweizerische Gesetzgeber auch in anderen Konstellationen im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts getroffen; dies insbesondere im Kartellrecht, wo das Sekretariat den Parteien eine einvernehmliche Regelung vorschlagen kann, welche vorab der Wettbewerbskommission zur Genehmigung vorzulegen ist (Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG], SR 251). Zudem entspricht diese Betrachtungsweise der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Rolle des Sekretariates der Bankenkommission (vgl. die in «III. Materielles», E. 3 b zitierten Entscheide). Hätte die Gesuchsgegnerin das vorliegende Ausstandsbegehren nicht gestellt und das Schlichtungskonzept nicht in die Beilagen aufgenommen, so hätten die Mitglieder der ComCom keine Kenntnis des Schlichtungskonzepts gehabt. Aus diesen Darlegungen ergibt sich, dass das Schlichtungskonzept sich ganz klar vom Entscheidstadium abgrenzt. Während des letzteren wird die Gesamtheit der Umstände zu berücksichtigen und im Detail zu erörtern sein, auch die Stellungnahmen der Parteien.

Aufgrund dieser Ausführungen wird festgestellt, dass es keinen Grund gibt, das Schlichtungskonzept aus den Verfahrensakten zu weisen. Es stellt einen integrierenden Bestandteil dieser Verfahrensakten dar in den Grenzen und für die Zielsetzung, wie sie weiter oben beschrieben wurden und wie es im Übrigen auch im Dokument selbst ausdrücklich festgehalten wurde.

Das Ausstandsbegehren gegen Mitarbeiter des BAKOM sowie das Begehren, das Schlichtungskonzept aus den Akten zu weisen, wird abgewiesen.

JAAC 67.90 - Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 25. April 2003

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2003
Année	
Anno	
Band	67
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 158

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.