Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 1156/2013

Urteil vom 1. Mai 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
X._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Adrian Bachmann und Thomas Baumberger,

gegen

Y._____ AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc Bernheim,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Effingerstrasse 39, 3003 Bern.

Gegenstand
Ausstandsbegehren im Verfahren A-1107/2013,

Beschwerde gegen den Zwischenentscheid
des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I,
vom 30. Oktober 2013.

Erwägungen:

1.

Die X._____ AG stellte bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) am 31. März 2009 den Antrag um einen Entscheid im Streitfall über die Netznutzungs- und Elektrizitätstarife im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG (SR 734.7) und beantragte, die Y._____ AG sei zu verpflichten, ihr als Endverbraucherin mit Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität (Energie) mit der erforderlichen Qualität zu einem von der ElCom bzw. gerichtlich festzulegenden, nach Art. 4 Abs. 1 StromVV (SR 734.71) berechneten Preis zu liefern.

Am 1. März 2013 erhob die X._____ AG Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die ElCom zu verpflichten, ihr Gesuch vom 31. März 2009 umfassend formell und materiell zu behandeln, ihr das rechtliche Gehör zu gewähren und ihr Akteneinsicht zu gewähren (A-1107/2013).

Am 15. April 2013 erliess die ElCom eine Teilverfügung, gegen welche sowohl die X._____ AG als auch die Y._____ AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben; diese beiden Verfahren wurden mit dem Verfahren A-1107/2013 vereinigt.

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt gegeben hatte, beantragte die X._____ AG zunächst den Ausstand des Richters André Moser (A-4978/2013) und anschliessend des für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens eingesetzten Richters Christoph Bandli; als Begründung führte sie aus, dass sich die beiden Richter bereits an einem früheren Entscheid, der die gleiche strittige Frage ausführlich behandelt habe, beteiligt hätten. Das Bundesverwaltungsgericht hat am 30. Oktober 2013 das Ausstandsbegehren gegenüber Richter André Moser abgewiesen.
Vor Bundesgericht beantragt die X._____ AG, den vorinstanzlichen Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2013 aufzuheben, Richter André Moser im Verfahren A-1107/2013 vor Bundesverwaltungsgericht in den Ausstand zu versetzen und - in prozessualer Hinsicht - der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Diese wurde ihr mit Verfügung vom 23. Januar 2014 zuerkannt.

2.

Die Beschwerde ist offensichtlich unbegründet, weshalb sie im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abgewiesen wird.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 29 und 30 BV sowie von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Inwiefern eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben sei, führt sie mit keinem Wort aus; es ist deshalb nicht weiter darauf einzugehen. Den Rügen der Verletzung der beiden Verfahrensgrundrechte kommt im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu. Massgebend ist hier das Verwaltungsrechtsverhältnis (dazu Urteil 2C 347/2012 / 2C 357/2012 vom 28. März 2013 E. 8.1, nicht publ. in BGE 139 II 185), welches durch das VGG i.V.m. dem BGG bestimmt wird. Diese beiden Erlasse sind unmittelbarer Prüfmassstab. Als unmittelbarer Prüfmassstab wirken die genannten Verfahrensrechte nur dann, wenn die Verfügungsgrundlage in Frage gestellt würde (vgl. dazu prägnant PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, Rz. 101), deren Überprüfung aber bei bundesrechtlichen Gesetzesbestimmungen aufgrund von Art. 190 BV ohnehin unzulässig ist.

2.2. Der Ausstand vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Bestimmungen des BGG (Art. 38 VGG). Die Ausstandsgründe finden sich in Art. 34 BGG. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG: Danach treten Richter, Richterinnen, Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen (Gerichtspersonen) in Ausstand, wenn sie aus anderen als den in lit. a bis d genannten Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten. Die Norm konkretisiert die aus Art. 30 Abs. 1 BV fliessende Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts. Der Anschein der Befangenheit besteht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des Richters begründet sein. Auf das bloss subjektive Empfinden einer Partei kann bei der Beurteilung nicht abgestellt werden. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Der Anschein der Befangenheit genügt; der abgelehnte Richter muss nicht tatsächlich
befangen sein (BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 f.; 138 I 1 E. 2.2 S. 3; 136 I 207 E. 3.1 S. 210; 134 I 238 E. 2.1 S. 240; je mit Hinweisen). Die Ausstandsbestimmungen sollen gewährleisten, dass der Prozessausgang als offen erscheint (BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125; 133 I 1 E. 6.2 S. 6). Nach Art. 34 Abs. 2 BGG bildet die Mitwirkung in einem früheren Verfahren des Bundesgerichts bzw. - in casu - des Bundesverwaltungsgerichts für sich allein keinen Ausstandsgrund. Der Umstand, dass einem Beschwerdeführer das Ergebnis eines solchen früheren Verfahrens nicht genehm ist, bildet folglich für sich allein keinen Grund für den Ausstand einer Gerichtsperson, die in jenem Verfahren mitgewirkt hat (Urteile 2F 25/2013 vom 29. November 2013 E. 3.1; 2C 219/2013 vom 27. Mai 2013 E. 2.1; 5A 374/2012 vom 16. August 2012 E. 2.1; 2C 466/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2.3.1). Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, vermögen im Allgemeinen keinen

objektiven Verdacht der Befangenheit des Richters zu erregen, der sie verfügt hat (BGE 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158 mit Hinweis). Dasselbe gilt für einen allenfalls materiell falschen Entscheid (BGE 115 Ia 400 E. 3b S. 404; Urteil 5A 374/2012 vom 16. August 2012 E. 2.1).

2.3. Die Beschwerdeführerin begründet die Ablehnung des Richters vor allem damit, dass dieser bereits bei den Grundsatzurteilen A-5781/2011 vom 7. Juni 2013 und A-3014/2012 vom 11. Juni 2013 mitgewirkt hätte, die die gleiche Rechtsfrage wie die ihre betreffen. Dieser Umstand allein genügt indes entsprechend Art. 34 Abs. 2 BGG und der Rechtsprechung nicht, dass der genannte Richter befangen sein würde (siehe auch BGE 105 Ia 301 E. 1c S. 304). Es müssten vielmehr weitere Gründe vorgebracht werden (Urteil 2F 20/2012 vom 25. September 2012 E. 1.2.2). Die Beschwerdeführerin führt denn weiter aus, dass diese beiden Entscheide sie zwar nicht betroffen hätten, doch hätte der Richter dort bereits seine Meinung gebildet, weshalb er in ihrer Streitsache gar nicht mehr offen für neue Argumente und ein "Umschwenken" nicht mehr möglich sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Verfahren immer noch offen und nicht vorbestimmt. Bei den beiden angeführten Urteilen erfolgte eine Klärung von gewissen Rechtsfragen des StromVG durch richterliche Auslegung. Der rechtliche Gehalt dieser Normen gewinnt dadurch für zukünftige Fälle Rechtssicherheit. Die Anwendung unterschiedlicher Sachverhalte auf diese ausgelegten Normen lässt die erste
Subsumtion nicht als Vorbefassung nachfolgender Sachverhaltsanwendungen erscheinen. Dies trifft auch dann zu, wenn die Sachverhalte lediglich geringfügig ändern (vgl. Urteil 2C 219/2013 vom 27. Mai 2013 E. 2.2); zudem stellt eine vermeintlich gleiche Sach- und Rechtslage nicht den gleichen, konkreten Einzelfall dar (dazu BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 59; siehe auch 131 I 113 E. 3.6 S. 118 ff.; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 144 f.). Von einem Richter darf und muss erwartet werden (vgl. BGE 133 I 89 E. 3.3 S. 92 f.), dass er die neuen, leicht abweichenden Sachverhalte und neue Argumente objektiv und unparteiisch beurteilt; die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen vermögen diesbezüglich keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu erregen. Insgesamt laufen die Rügen der Beschwerdeführerin - wie die Vorinstanz bereits hervorgehoben hat - darauf hinaus, dass ihr das Ergebnis früherer, sie nicht betroffener Verfahren nicht genehm ist und sie deshalb neue, eigene Gesichtspunkte einbringen und angewendet haben will; dies allein bildet aber keinen Grund für den Ausstand einer Gerichtsperson, die in jenem Verfahren mitgewirkt hat (Urteile 2C 219/2013 vom 27. Mai 2013 E. 2.2; 5A 374/2012 vom 16. August 2012 E.
2.1). Ist die Beschwerdeführerin mit dem Entscheid der Vorinstanz in der Sache nicht einverstanden, so steht ihr die Möglichkeit offen, die Auslegung der Vorinstanz vor Bundesgericht anzufechten und so eine andere Rechtsauslegung anzustreben.
Die von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheide vermögen daran ebenfalls nichts zu ändern: In BGE 126 I 68 ging es um die Vorbefassung in Bezug auf den gleichen, konkreten Einzelfall, was im vorliegenden strittigen Fall gerade nicht der Fall ist; hier geht es lediglich um die gleichen Rechtsfragen, die die Beschwerdeführerin anders gelöst haben will. Die Entscheide BGE 124 I 121 und 128 V 82 betrafen Fälle, wo der nebenamtliche Richter zugleich Anwalt in einem parallelen, noch nicht abgeschlossenen Verfahren war, und die Gefahr bestand, dass er sich als nebenamtlicher Richter in seinen Entscheidungen so leiten liesse, dass er in der Sache, wo er als Anwalt agierte, gewinnen konnte. Auch diese Konstellation ist für den vorliegenden Fall nicht relevant. Auch die anderen zitierten Entscheide (BGE 137 I 227; 125 I 119; 115 Ia 180; 114 Ia 50, 153) sind für die vorliegende Rechtsfrage nicht aussagekräftig.

2.4. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, und dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Mai 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass