Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-391/2007
{T 0/2}

Urteil vom 28. Januar 2008

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz), Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter Beat Forster
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Georges Chanson, Bodmerstrasse 10, 8027 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. **Eidgenössisches Gefahrgutinspektorat EGI SVTI, Schweizerischer Verein für technische Inspektionen**, Richtistrasse 15, Postfach, 8304 Wallisellen,
Erstinstanz,
2. **Bundesamt für Verkehr (BAV)**, 3003 Bern,
3. **Bundesamt für Strassen (ASTRA)**, 3003 Bern,
Vorinstanzen.

Gegenstand

Zulassung als Prüfstelle/Sachverständige.

Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 8. Juni 2005 stellte die X._____ beim Eidgenössischen Gefahrgutinspektorat (EGI) den Antrag auf Zulassung als Prüfstelle für Tankfahrzeuge und Kesselwagen für den Gefahrguttransport auf der Strasse und auf der Schiene.

B. Mit Verfügung vom 8. August 2005 wies das EGI das Gesuch der X._____ ab. Zur Begründung führte das EGI aus, es bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Delegation von Vollzugskompetenzen des EGI an Dritte. Es beruft sich bei seinen Ausführungen auf ein in seinem Auftrag erstelltes Gutachten von Prof. Dr. Markus Schefer.

C. X._____ ersuchte mit Schreiben vom 13. August 2005 um Zustellung des Gutachtens von Prof. Schefer. Das EGI verweigerte dies mit Schreiben vom 2. September 2005 mit der Begründung, es handle sich nicht um ein als Beweismittel dienendes Dokument. Das Gutachten diene ausschliesslich der internen Meinungsbildung des EGI und sei deshalb nicht Gegenstand des Akteneinsichtsrechts.

D. Am 14. September 2005 erhob X._____ gegen die Verfügung des EGI vom 8. August 2005 Beschwerden an das Bundesamt für Verkehr (BAV) und an das Bundesamt für Strassen (ASTRA). Sie beantragte, die Verfügung des EGI sei ersatzlos aufzuheben und sie sei als Prüfstelle bzw. Sachverständige für Zwischenprüfungen und wiederkehrende Prüfungen an Tankfahrzeugen für den Transport gefährlicher Güter auf der Strasse bzw. auf der Schiene zuzulassen. Sie macht geltend, wenn eine gesetzliche Grundlage für eine Delegation von Aufgaben an X._____ fehle, gelte dies auch für die Delegation an das EGI. Das EGI beachte das Fehlen einer Rechtsgrundlage für seine eigene Tätigkeit aber nicht und nehme selbst Vollzugsaufgaben wahr. Zudem delegiere es Aufgaben an Dritte und an eine Tochtergesellschaft. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbiete es unter diesen Umständen, ihr die Zulassung mit Verweis auf die fehlende Rechtsgrundlage zu verweigern. X._____ machte zudem geltend, das EGI sei aufgrund seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen und aufgrund seines bisherigen Verhaltens als befangen zu betrachten. Aus diesem Grund sei über das Zulassungsgesuch direkt von den Bundesämtern zu entscheiden.

X._____ verlangte weiter in prozessualer Hinsicht Einsicht in die vollständigen Akten, namentlich in das in der Verfügung erwähnte Gutachten.

E. Am 1. November 2005 hiessen das ASTRA und das BAV den Antrag auf Einsicht in die Akten, namentlich auch in das Gutachten von Prof. Schefer, gut. Nach Einsicht in die Verfahrensakten verlangte X._____ mit Eingabe vom 31. Januar 2006 die Einsicht in das Gutachten von Prof. Schefer in der Fassung, wie es Anfangs August 2005 vorgelegen habe. Dieses Begehren wiesen das BAV und das ASTRA mit nicht anfechtbaren Zwischenverfügungen vom 1. März 2006 ab.

F. Das EGI beantragte in seinen Vernehmlassungen vom 24. April 2006 unter Hinweis auf das Gutachten von Prof. Schefer die Abweisung der Beschwerde.

G. Mit im Wesentlichen gleichlautenden Entscheiden vom 27. November 2006 hiessen das BAV und das ASTRA die Beschwerden teilweise gut und hoben die Verfügung des EGI vom 8. August 2005 auf. Sie wiesen das EGI an, das Zulassungsgesuch der X._____ im Sinne der Erwägungen zu prüfen. Bei der Prüfung seien namentlich die fachlichen Voraussetzungen sowie die Anforderungen hinsichtlich Unabhängigkeit, Versicherungsdeckung und die Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften zu berücksichtigen. Zu beachten sei zudem, dass das EGI nicht verpflichtet sei, Vollzugsaufgaben soweit zu delegieren, dass es in seiner Existenz gefährdet sei oder seinen Aufgaben nicht mehr nachkommen könne. Die Verfahrenskosten wurden zur Hälfte der X._____ auferlegt, zudem wurde ihr eine reduzierte Parteientschädigung zugesprochen.

H. Gegen diese Verfügungen erhebt X._____ (in der Folge Beschwerdeführerin) am 15. Januar 2007 Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht. Sie verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügungen, soweit darin das EGI (in der Folge Erstinstanz) angewiesen wird, die Zulassung im Sinne der Erwägungen zu prüfen, ihr Verfahrenskosten auferlegt werden und ihr teilweise die Entschädigung von Parteikosten verweigert wird. Sie beantragt weiter, die Vorinstanzen seien anzuweisen, ihr Gesuch selbst zu behandeln oder die Erstinstanz anzuweisen, das Gesuch gutzuheissen. Ferner verlangt sie, die Verfahrenskosten seien der Staatskasse aufzuerlegen und es sei ihr eine vollumfängliche Parteientschädigung für beide

vorinstanzlichen Verfahren auszusprechen. Schliesslich beantragt sie die Aufhebung der Verfügungen der Vorinstanzen vom 1. März 2006 und die Einsicht in das Gutachten von Prof. Schefer in seiner früheren Fassung.

Zur Begründung führt X._____ aus, die Erstinstanz sei befangen, da sie ein handfestes wirtschaftliches Interesse daran habe, der Beschwerdeführerin die Prüftätigkeit zu verwehren. Sie führe zudem eine gezielte Kampagne gegen die Beschwerdeführerin und betreibe offensichtlich Obstruktion. Es gehe deshalb nicht an, dass die Erstinstanz über das Zulassungsbegehren befinde.

Da die Prüfungstätigkeit der Erstinstanz seit Jahren und in Kenntnis der fehlenden gesetzlichen Grundlage übertragen sei, verstosse es gegen das Rechtsgleichheitsgebot und sei willkürlich, der Beschwerdeführerin die Zulassung zur Prüftätigkeit mit Verweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage zu verweigern. Zudem übertrage die Erstinstanz weiterhin Aufgaben an Dritte, weshalb die Rechtsgleichheit auch eine Übertragung an die Beschwerdeführerin gebiete.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht begehrt sie Einsicht in die frühere Fassung des Gutachtens von Prof. Schefer, Amtsberichte über die Delegation von Aufgaben an Dritte, die Edition der Vereinbarungen der Erstinstanzen mit Dritten betreffend die Delegation von Prüfungsaufgaben sowie der entsprechenden Umsatzzahlen. Das Gutachten von Prof. Schefer habe der Erstinstanz in einer der Beschwerdeführerin bisher nicht bekannten Fassung als Entscheidgrundlage gedient. Diese sei deshalb Bestandteil der Akten und unterliege dem Akteneinsichtsrecht. Die verlangte Edition von Vereinbarungen mit Dritten und entsprechenden Umsatzzahlen begründet sie mit dem Anspruch auf Rechtsgleichheit.

I. Mit Verfügung vom 16. Februar 2007 vereinigte die Instruktionsrichterin die beiden Verfahren gegen die Verfügung des BAV (A-461/2007) und des ASTRA (A-391/2007) und führte sie unter der Verfahrensnummer A-391/2007 weiter.

J. Das ASTRA verzichtet mit Schreiben vom 20. März 2007 auf eine Stellungnahme und gibt die Weisungen des UVEK betreffend die Übertragung von Aufgaben im Zusammenhang mit Kontrollen und Prüfungen an ortsbeweglichen Druckgefässen an Sachverständige vom 20. Februar 2007 zu den Akten.

K. Das BAV beantragt in seiner Vernehmlassung vom 20. März 2007 die Abweisung der Beschwerde.

Zusammengefasst führt es aus, die Beschwerdeführerin übe trotz fehlender Delegation Prüftätigkeiten aus. Die Erstinstanz delegiere ihrer Tochtergesellschaft und den Schweizerischen Bundesbahnen (nachfolgend SBB) demgegenüber keine Prüftätigkeiten mehr. Die Kriterien für eine Zulassung der Beschwerdeführerin seien in den angefochtenen Entscheiden klar umschrieben. Zu berücksichtigen sei aber neben der Eignung der Beschwerdeführerin auch die Versorgungssicherheit.

L. Auf Aufforderung der Instruktionsrichterin hin reichte die Erstinstanz am 19. April 2007 das Gutachten von Prof. Schefer in seiner Fassung vom 2. August 2005 ein. In ihrer Vernehmlassung vom 3. Mai 2007 beantragt die Erstinstanz die Abweisung der Beschwerden. Zur Begründung führt sie u.a. aus, sie habe die Kompetenz, nicht aber die Pflicht, Aufgaben an Dritte zu delegieren. Sie führt weiter aus, die Beschwerdeführerin nehme regelmässig Prüfungen vor, zu denen sie nicht befugt sei.

Die Erstinstanz macht geltend, sie sei bei der Beurteilung des Gesuchs im August 2005 nicht befangen gewesen, da eine „Konkurrenzsituation“ zur Beschwerdeführerin lediglich bestehe, soweit sich diese unerlaubterweise hoheitliche Befugnisse anmasse. Auch die erneute Prüfung des Gesuchs werde sie neutral vornehmen.

Sie hält fest, sie habe seit langem darauf gedrängt, dass eine gesetzliche Grundlage für die Aufgabendelegation an die Erstinstanz geschaffen werde. Es wäre willkürlich, wenn sie trotz fehlender gesetzlicher Grundlage eine Delegation an Dritte vornehmen würde. Es treffe nicht zu, dass sie Aufgaben an Dritte delegiere, so würden namentlich keine Aufgaben an ihre Tochtergesellschaft delegiert und die Z._____ werde lediglich für bestimmte Aufgaben als Sachverständige beigezogen. Auch eine Delegation an ausländische Prüfstellen erfolge nicht, es werde lediglich bei im Ausland hergestellten Gasflaschen die Prüfung der ausländischen Behörde anerkannt.

Gleichzeitig reicht sie Verträge mit ihrer Tochtergesellschaft Y._____, der Z._____ und den SBB ein und gibt die mit den SBB erzielten Umsätze bekannt. Sie beantragt, der Beschwerdeführerin die Akteneinsicht in diese Dokumente zu verweigern, da einerseits kein

Anspruch auf Akteneinsicht bestehe und anderseits die Dokumente Geschäftsgeheimnisse enthielten.

M. Das BAV führt mit Schreiben vom 8. Juni 2007 auf Anfrage der Instruktionsrichterin hin aus, die fachlichen Kompetenzen für einen Entscheid über die Zulassung der Beschwerdeführerin seien bei ihm vorhanden. Das BAV könne aber nicht beurteilen, in welchem Rahmen Aufgaben des EGI an Dritte delegiert werden könnten, ohne die Versorgungssicherheit zu gefährden. Mit Bezug auf die Delegation an die Z._____ hält das BAV fest, die Delegation sei notwendig, da sie hochspezialisierte Tätigkeiten umfasse, welche das EGI gar nicht selbst erfüllen könnte. Diese Unterbeauftragung sei im Rahmen der Reakkreditierung geprüft worden, habe aber keinen Anlass zur Beanstandung gegeben. Die Übertragung der erstmaligen Prüfung von Gasflaschen an eine ausländische Prüfstelle erscheine sinnvoll, um eine zusätzliche Übernahmeprüfung zu vermeiden.

N. In ihrer Eingabe vom 8. Juni 2007 führt die Erstinstanz aus, ihre Tätigkeit werde ausschliesslich über Gebühren sowie mit zwei Beratungsaufträgen des BAV und des ASTRA finanziert. Ferner beziffert die Erstinstanz das Volumen der von der Z._____ und von ausländischen Prüfstellen vorgenommenen Prüfhandlungen. Die Erstinstanz bringt zudem vor, es würden keine Prüftätigkeiten delegiert. Bei einer von der Delegation zu unterscheidenden Unterbeauftragung Dritter würden nur Stellen berücksichtigt, die entweder von der zuständigen ausländischen Behörde anerkannt seien bzw. über eine Akkreditierung verfügten oder im Rahmen von Audits vor Ort durch die Erstinstanz speziell anerkannt worden seien. Schliesslich reicht die Erstinstanz ein Organigramm ein und führt aus, über eine Zulassung bzw. Delegation könne nur der Inspektoratsleiter entscheiden.

O. Mit Zwischenentscheid vom 13. Juni 2007 verweigerte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin betreffend die von der Erstinstanz eingereichten Verträge und Umsatzzahlen die Akteneinsicht.

P. Das ASTRA führt in seiner Stellungnahme vom 14. Juni 2007 aus, es sei in der Lage, über die Zulassung der Beschwerdeführerin zu entscheiden, wenn diese durch die schweizerische Akkreditierungsstelle geprüft sei. Liege keine Akkreditierung vor, fehlten dem ASTRA dagegen die Fachkenntnisse für die notwendigen Prüfungen. Ferner könne das ASTRA nicht beurteilen, ob eine Delegation die Versorgungssicherheit gefährden würde. Hinsichtlich der Delegation von Prüfungen

an die Z._____ und an ausländische Prüfstellen bestätigt das ASTRA die Ausführungen des BAV in dessen Eingabe vom 8. Juni 2007.

Q. In ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2007 hielt die Beschwerdeführerin daran fest, dass zwischen ihr und der Erstinstanz ein Konkurrenzverhältnis bestehe. Zudem betreibe die Erstinstanz gegenüber dem Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin Obstruktion und lege eine feindselige Haltung an den Tag. Dies belege die Befangenheit der Erstinstanz.

Es sei widersprüchlich, die Delegation an die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage zu verweigern. Auch die Erstinstanz sei privatrechtlich organisiert. Eine Delegation an die Erstinstanz sei rechtlich nicht anders zu betrachten als eine Delegation an die Beschwerdeführerin. Eine Konkurrenz auf dem Prüfungsmarkt würde die Versorgungssicherheit zudem nicht gefährden. Eine allfällige Versorgungslücke würde von in- und ausländischen Prüfunternehmen ausgefüllt.

Die Erstinstanz habe zumindest im Zeitpunkt der Betriebsaufnahme der Beschwerdeführerin noch Prüfungsaufgaben an eine Tochtergesellschaft und an das SBB Industriewerk Biel delegiert. Auch heute würde die Prüfung von Gasflaschen im Ausland an dort ansässige Prüfinstitutionen und die Baumusterprüfungen an die Z._____ übertragen.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die von den Vorinstanzen formulierten Bedingungen für einen Zulassungsentscheid seien zu einschränkend und würden der Erstinstanz zu viel Spielraum für einen ablehnenden Entscheid eröffnen. Sie macht geltend, der vorinstanzliche Entscheid sei in Koordination mit den Weisungen des UVEK über die Übertragung von Kontroll- und Prüfungsaufgaben an ortsbeweglichen Druckgefässen ergangen. Die Erstinstanz sei an der Erarbeitung dieser Weisungen beteiligt gewesen und habe dadurch ihre Monopolstellung festigen können.

Entgegen deren Auffassung komme der Erstinstanz beim Entscheid über die Zulassung der Beschwerdeführerin kein Ermessen zu. Die Befähigung zu einem Zulassungsentscheid sei bei beiden Vorinstanzen vorhanden, andernfalls könne das entsprechende Wissen bei Experten eingeholt werden.

R. In seiner Eingabe vom 31. Oktober 2007 führte das BAV aus, es treffe zu, dass in verschiedenen europäischen Ländern Prüftätigkeiten durch private Stellen wahrgenommen würden. Es bestehe überdies eine Tendenz, künftig auch in der Schweiz private Prüfstellen zuzulassen. Im geltenden Recht sei dies jedoch nicht vorgesehen. Da sich private Konkurrenten der Erstinstanz auf lukrative Prüfgebiete beschränken würden, könnte diese nicht mehr kostendeckend arbeiten, so dass die Grundversorgung gefährdet wäre. Die Erstinstanz müsse sich aber mittels Gebühren selber finanzieren, da sie für Beratungstätigkeiten vom Bund lediglich mit einem fünfstelligen Betrag entschädigt werde.

S. Mit Duplik vom 15. November 2007 führt die Erstinstanz aus, sie arbeite nicht gewinnorientiert. Zur Abdeckung von Risiken müsse sie jedoch Reserven bilden können, weshalb sie auch Gewinne erzielen müsse. Aus dem Verweis auf die mögliche zukünftige Übernahme europäischer Regelwerke könne die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da auch in diesen Bestimmungen lediglich die Möglichkeit, nicht aber eine Pflicht zur Zulassung Privater vorgesehen sei. Dies gelte auch für das heutige Recht.

T. Am 3. Dezember 2007 reicht die Beschwerdeführerin abschliessende Bemerkungen ein und hält fest, die Duplik der Erstinstanz wiederspiegle einmal mehr deren feindselige Haltung. Sie führt zudem an, die Erstinstanz habe in den letzten fünf Jahren einen kummulierten Gewinn von Fr. 2.3 Mio erzielt. Die fehlende gesetzliche Grundlage dürfe nicht dazu dienen, ein Monopol, welches selbst nicht verfassungskonform sei, zu zementieren. Da die Erstinstanz bereits heute kostendeckende Gebühren verlange, sei nicht einzusehen, weshalb Konkurrenz zu einer Versorgungslücke führen sollte.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAV und das ASTRA gehören zu den Behörden nach Art. 33 VGG und sind daher Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren teilweise unterlegen. Sie ist damit grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert.

1.2 Antrag 5 der Beschwerde richtet sich gegen Zwischenentscheide des BAV und des ASTRA vom 1. März 2006 betreffend die Akteneinsicht. Die Vorinstanzen haben darin ein Begehren der Beschwerdeführerin um Einsichtnahme in das Gutachten Schefer in der Fassung, wie es der Erstinstanz im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vorlag, abgewiesen.

1.2.1 Zwischenverfügungen, die nicht mit Beschwerde angefochten worden sind, können gemäss Art. 46 Abs. 2 mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden. Der Antrag ist damit grundsätzlich zulässig. Mit Verfügung vom 11. Mai 2007 hat die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin indessen Einsicht in das Gutachten in der gewünschten Version gewährt.

1.2.2 Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin in diesem Punkt weiterhin ein Rechtsschutzinteresse hat. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs ein Fehler formeller Natur ist und zur Aufhebung der angefochtenen Entscheide führen müsste, so dass weiterhin ein Rechtschutzinteresse bestehen würde. Von diesem Grundsatz kann jedoch ausnahmsweise abgewichen werden, wenn der Mangel im oberinstanzlichen Verfahren geheilt werden kann. Eine Heilung ist nach der

Rechtsprechung möglich, wenn die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Überprüfungsbefugnis wie die jeweilige Vorinstanz ausgestattet ist, wenn die Partei umfassende Kenntnis von den wesentlichen Tatsachen erhält und wenn sich die Partei umfassend dazu äussern und ihren Rechtsstandpunkt darlegen kann (vgl. statt vieler ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, Rz. 129 und 131; BGE 126 I 68 E. 2, BGE 124 V 180, BGE 122 II 464 E. 4, BGE 120 V 357 E. 2, BGE 119 V 208 E. 6). Die Heilung einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Verweigerung der Akteneinsicht ist im vorliegenden Falle möglich und auch im Interesse der Parteien geboten. Da der Beschwerdeführerin das Gutachten in der gewünschten Version zugestellt wurde und sich diese dazu äussern konnte, ist die Heilung auch erfolgt, weshalb ihr Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Antrags nachträglich entfallen ist. Ob die Vorinstanzen der Beschwerdeführerin effektiv das rechtliche Gehör verweigert haben, kann daher offen bleiben.

1.2.3 Die Beschwerde ist in diesem Punkt als gegenstandslos geworden abzuschreiben (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 413).

1.3 Die Beschwerdeführerin macht ferner sinngemäss geltend, die Erstinstanz sei beim Erlass ihrer Verfügung vom 8. August 2005 befangen gewesen, die Verfügung hätte deshalb bereits aus formellen Gründen aufgehoben werden müssen. Obwohl sie dies in den vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht habe, hätten die Vorinstanzen die Befangenheit der Erstinstanz nicht geprüft und damit auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Soweit die Beschwerdeführerin damit im vorliegenden Verfahren die Befangenheit der Erstinstanz beim Erlass der angefochtenen Verfügung geltend macht, ist darauf mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteressens nicht einzutreten, da die Vorinstanzen die Verfügung in den angefochtenen Entscheiden (aus anderen Gründen) aufgehoben haben.

1.4 Im Übrigen ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschrei-

tung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
Das Recht der Gefahrguttransporte, so auch die Zulassung und Prüfung von Gefahrgutbehältern, ist für den Strassen- und Schienentransport in jeweils unterschiedlichen Regelwerken normiert.

3.1 Gestützt auf Art. 43 Abs. 2 der Transportverordnung vom 5. November 1986 (TV, SR 742.401) hat das UVEK die Verordnung vom 3. Dezember 1996 über die Beförderung gefährlicher Güter mit der Eisenbahn (RSD, SR 742.401.6) erlassen. Art. 1 Abs. 1 RSD erklärt für die Beförderung gefährlicher Güter mit der Eisenbahn im nationalen und im internationalen Verkehr die Vorschriften der Ordnung für die internationale Eisenbahnbeförderung gefährlicher Güter (RID, Anlage I zu Anhang B des Übereinkommens vom 9. Mai 1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr, SR 0.742.403.1) für anwendbar. Art. 2 Bst. b RSD bezeichnet die Erstinstanz als zuständige Behörde, Prüfstelle oder anerkannte Sachverständige im Sinne des RID.

3.2 Im Bereich der Strassentransporte erlässt der Bundesrat gemäss Art. 106 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) die zur Ausführung des Gesetzes notwendigen Vorschriften und bezeichnet die zur Durchführung zuständigen eidgenössischen Behörden. Gemäss Art. 30 Abs. 4 SVG erlässt er namentlich Vorschriften über die Beförderung gesundheitsschädlicher Stoffe. Art. 25 Abs. 2 Bst. c der Verordnung vom 29. November 2002 über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse (SDR, SR 741.621) bezeichnet die Erstinstanz als zuständige Behörde, Prüfstelle oder Sachverständige für die Genehmigung von Verpackungen, Druckgefässen, Tanks und ihrer Einrichtungen, soweit diese Aufgabe nicht für bestimmte Sachgebiete anderen Behörden übertragen wurde (Art. 25 Abs. 2 Bst. a und b SDR). Gemäss Art. 4 Abs. 1 SDR gelten für die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse auch im nationalen Verkehr die Bestimmungen des europäischen Übereinkommens vom 30. September 1957 über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse (ADR, SR 0.741.621).

3.3 Gestützt auf Art. 28 Abs. 2 SDR und Art. 3 Abs. 1 RSD hat das UVEK am 20. Februar 2007 Weisungen betreffend die Übertragung

von Aufgaben im Zusammenhang mit Kontrollen und Prüfungen an ortsbeweglichen Druckgefässen nach Kapitel 6.2 RID/ADR an Sachverständige erlassen. Darin hält es die Zuständigkeit und die Voraussetzungen der Übertragung von Inspektionsaufgaben an Besitzer von Druckgefässen fest.

3.4 Der Vollständigkeit halber sind verschiedene noch nicht gültig beschlossene oder noch nicht in Kraft stehende Regelungen anzuführen, welche die Übertragung von Prüfaufgaben an Private betreffen. Im Rahmen der Bahnreform 2 beabsichtigt der Bundesrat das UVEK in Art. 4 des Transportgesetzes vom 4. Oktober 1985 (TG, SR 742.40) zu ermächtigen, die Genehmigung, die Zulassung oder die Prüfung von Gefahrgutumschliessungen dafür geeigneten Betrieben oder Organisationen zu übertragen (vgl. Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9. März 2007, BBl 2007 2752). Für den Bereich des Strassenverkehrs sieht der Bundesrat im Rahmen des Entwurfes für ein Sicherheitskontrollgesetz (vgl. Botschaft zum Sicherheitsgesetz und zur Änderung von Gesetzen, die das Sicherheitskontrollgesetz für anwendbar erklären, BBl 2006 5982) eine entsprechende Ergänzung vor. Auch auf staatsvertraglicher Ebene ist vorgesehen, neue Abschnitte in das RID und das ADR einzufügen, die den Rahmen und die Voraussetzungen für die Zulassung von privaten Prüfstellen regeln.

4.

Bis zum 31. Dezember 1991 wurden die heute von der Erstinstanz vorgenommenen Aufgaben durch eine Bundesbehörde, die Eidgenössische Materialprüfanstalt (EMPA), wahrgenommen. Art. 25 Abs. 2 Bst. c SDR und Art. 2 Bst. b RSD übertrugen die Aufgaben in der Folge dem Eidgenössischen Gefahrgutinspektorat, einer Abteilung des Schweizerischen Vereines für technische Inspektionen (SVTI). Der Verein ist ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, welches schweizweit verschiedene Überwachungsaufgaben übernimmt. Er wurde im Jahr 1869 als „Schweizerischer Verein von Dampfkesselbesitzern“ gegründet. Zusammen mit der Übertragung der Aufgaben wurde auch das bisher bei der EMPA mit diesen Aufgaben beschäftigte Personal an den SVTI übertragen.

Die Beschwerdeführerin ist ein als GmbH organisiertes privates Unternehmen.

5.
Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private braucht gemäss Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) eine gesetzliche Grundlage. Dabei wird verlangt, dass eine sachgebietspezifische Grundlage in einem formellen Gesetz enthalten ist (GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 178 Rz. 26). Im Bereich der hoheitlich agierenden Verwaltung sind an die Dichte der gesetzlichen Grundlage erhöhte Anforderungen zu stellen (BIAGGINI, a.a.O). Eine solche formellgesetzliche Grundlage ist zur Zeit für die Gefahrengutprüfung unbestrittenermassen weder für die Übertragung der Prüftätigkeit als solche noch für die Übertragung des Rechts zur Zulassung Dritter zur Prüftätigkeit ersichtlich.

5.1 An diesem Umstand ändert nichts, dass im Rahmen von anstehenden Rechtssetzungsprojekten Bestrebungen im Gange sind, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Die entsprechenden Bestimmungen sind – wie bereits erwähnt – noch nicht beschlossen bzw. stehen noch nicht in Kraft.

5.2 Eine genügende gesetzliche Grundlage für die Übertragung von Prüfungsaufgaben an Private besteht damit nicht.

6.
Die Beschwerdeführerin machte indessen bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend, es widerspreche dem Rechtsgleichheitsgebot, wenn ihr die Zulassung zur Prüftätigkeit unter Verweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage verweigert werde, während anderen Privaten solche Aufgaben übertragen würden. Die Vorinstanz hat zu diesem Punkt festgehalten, die Erstinstanz habe ihre diesbezügliche Praxis aufgegeben und zu erkennen gegeben, in Zukunft keine weiteren Delegationen an Dritte mehr vorzunehmen. Ein aus dem Gleichbehandlungsgebot abgeleiteter Anspruch auf Zulassung zur Prüftätigkeit bestehe daher nicht.

6.1 Nach dem Grundsatz von Art. 8 Abs. 1 BV ist das Recht von den Behörden auf alle gleichliegenden Fälle gleich anzuwenden (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 765). Dabei ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (BGE 132 I 157 E. 4). Die Wirtschafts-

freiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) gebietet darüber hinaus, dass Differenzierungen zwischen direkten Konkurrenten wettbewerbsneutral auszugestalten sind (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 693).

Wenn sich nun die Beschwerdeführerin darauf beruft, die Erstinstanz habe in andern Fällen trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage – mithin in verfassungswidriger Weise – Prüfaufträge an Dritte übertragen, stellt sich die Frage, ob das Rechtsgleichheitsgebot einen Anspruch auf Gleichbehandlung gibt. Ein solcher Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird von Lehre und Rechtsprechung in der Regel verneint, da das Gesetzmässigkeitsprinzip dem Gleichheitsgrundsatz vorgeht. Nur ausnahmsweise wird die Rechtsgleichheit in solchen Fällen höher gewichtet, dies wenn eine Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 770 ff.).

6.2 Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die Übertragung von Prüfaufträgen an Dritte eine ständige Praxis der Erstinstanz darstellt und ob diese zu erkennen gibt, auch in Zukunft nicht davon abweichen zu wollen. Wird dies bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Situation der Beschwerdeführerin mit derjenigen der andern prüfenden Dritten vergleichbar erscheint.

Zu überprüfen ist namentlich die Praxis der Erstinstanz betreffend die Übertragung von Prüfaufträgen an die Tochtergesellschaft Y._____, an das Industriewerk Biel der SBB, an die Z._____ sowie an ausländische Prüfstellen.

6.2.1 Die Erstinstanz hat unbestrittenermassen in den Jahren bis 2004 Prüfaufträge an die Tochtergesellschaft Y._____ delegiert. Die Erstinstanz gibt – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanzen – an, sie habe diese Übertragung nach einer Intervention der Vorinstanzen eingestellt. Die Beschwerdeführerin hält fest, im Zeitpunkt ihrer Betriebsaufnahme habe die Erstinstanz noch Prüfaufgabe an ihre Tochtergesellschaft delegiert. Es erscheint aber als unbestritten, dass diese Delegationen eingestellt wurden.

6.2.2 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Erstinstanz habe den SBB Prüfaufträge übertragen bzw. im Industriewerk Biel der SBB seien Prüfungen durch Angestellte der SBB erfolgt. Aus den von der Erstinstanz vorgelegten Umsatzzahlen und einem Schreiben der Erst-

instanz vom 15. Mai 2006 an das BAV geht jedoch hervor, dass dies wohl in der Vergangenheit zutraf, dass aber seit Beginn des Jahres 2007 keine Prüfungen mehr an die SBB delegiert werden.

6.2.3 Anders sieht die Situation im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung genannten Vornahme von Prüfhandlungen durch die Z._____ aus. Hier ist unbestritten, dass die Z._____ weiterhin gewisse Prüfungen für die Erstinstanz ausführt. Die Erstinstanz gibt aber an, es erfolge keine Delegation von Prüfungen an die Z._____. Diese werde lediglich als Unterbeauftrage für gewisse Prüfhandlungen beigezogen, die Verantwortung für den Prüfentscheid bleibe aber bei der Erstinstanz. Angesichts der fehlenden vertraglichen Vereinbarungen für die Zusammenarbeit zwischen der Erstinstanz und der Z._____, können die Modalitäten der Übertragung von Prüfaufgaben an die Z._____ nicht eindeutig geklärt werden. So scheint der Umstand, dass die Dienstleistungen der Z._____ direkt den Kunden in Rechnung gestellt werden, als Indiz für eine Delegation von Aufgaben. Die von der Vorinstanz bestätigten Ausführungen der Erstinstanz, wonach die Z._____ lediglich in ihrem Auftrag Prüfhandlungen vornimmt und einen Bericht erstattet, gestützt auf den die Erstinstanz die entsprechenden Bewilligungen erteilt oder verweigert, erscheinen aber glaubwürdig und wurden von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Eine (wenn auch beschränkte) Zulassung der Z._____ als Prüfstelle, wie sie die Beschwerdeführerin gemäss ihren Erläuterungen im Schreiben an die Erstinstanz vom 4. Juli 2007 anstrebt, kann in dieser Praxis nicht ersehen werden.

Wird mit der Erstinstanz davon ausgegangen, dass die Aufträge an die Z._____ keine Delegation von Prüfaufgaben, sondern lediglich Unteraufträge darstellen, stellt sich allenfalls die Frage, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf rechtsgleiche Erteilung solcher Aufträge hat. Gemäss Art. *2a* Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) unterstehen privatrechtliche Organisationen, welche im gesamten Inland gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringen und besondere oder ausschliessliche Rechte besitzen, die ihnen von einer zuständigen Behörde erteilt wurden, dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Sie ist demzufolge unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, Unteraufträge in einem Verfahren nach dem Bundesgesetz vom

16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) zu erteilen. Da im vorliegenden Verfahren die Zulassung als Prüfstelle und nicht die Erteilung von Unteraufträgen streitig ist, ist darauf jedoch nicht weiter einzugehen.

6.2.4 Anders präsentiert sich die Situation dagegen mit Bezug auf die Delegation der Prüfung von Gasflaschen an ausländische staatliche Prüfstellen. Die Prüfung und Stempelung von Gasflaschen wird nach den eigenen Angaben der Erstinstanz durch ausländische Prüfstellen vorgenommen. Daran ändert auch nichts, dass diese Art der Delegation von Prüfaufgaben gemäss den Ausführungen der Erstinstanz nach und nach an Bedeutung verliert. Unbestritten bleibt, dass die Erstinstanz auch ohne gesetzliche Grundlage unter gewissen Bedingungen Prüfaufträge an Dritte überträgt und nicht beabsichtigt, diese Praxis aufzugeben. Die Situation der Beschwerdeführerin und der ausländischen Prüfstellen erscheint bezogen auf die Frage der Zulassung zur Prüftätigkeit als vergleichbar. Dabei spielt keine Rolle, ob es sich bei den ausländischen Prüfstellen um private oder staatliche Organisationen handelt, sind sie doch in beiden Fällen nicht schweizerische Behörden.

6.3 In Bezug auf die Weitergabe von Aufträgen an die Y._____, die Z._____ und an die SBB liegt damit keine andauernde Praxis der Erstinstanz vor, welche einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geben würde. Vergleichbar erscheint dagegen die Delegation der Prüfung von Gasflaschen an ausländische Prüfstellen. Die Beschwerdeführerin hat damit aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung einen Anspruch, bei Erfüllung der entsprechenden Bedingungen ebenfalls als Prüfstelle zugelassen zu werden.

7.
Die Beschwerdeführerin hat in den vorinstanzlichen Verfahren erfolgreich die Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügung verlangt. Die Vorinstanzen haben indessen die Beschwerdeführerin nicht antragsgemäss zu Prüfungen zugelassen, sondern gestützt auf Art. 2 Bst. b RSD und Art. 25 Abs. 3 Bst. c SDR festgehalten, dass die Erstinstanz beim Entscheid über die Zulassung ein Entschliessungsermessen habe und dieses nach sachgerechten Kriterien ausfüllen müsse.

7.1 Die Vorinstanzen haben festgestellt, es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn sich die Erstinstanz auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für eine Delegation an Private berufe, gleichzeitig aber

ohne gesetzliche Grundlage behördliche Aufgaben übernehme. Ob dieser Verstoss gegen Treu und Glauben alleine eine Übertragung von Prüfaufgaben an die Beschwerdeführerin ohne eine gesetzliche Grundlage rechtfertigen würde, erscheint zweifelhaft. Nachdem aber aufgrund des Gleichbehandlungsgebots bei Erfüllung der sachlichen Kriterien ein Anspruch auf Zulassung als Prüfstelle besteht, ist den Vorinstanzen insoweit zu folgen, als das Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin materiell zu beantworten ist.

7.2 Zu prüfen ist, ob die von den Vorinstanzen genannten Voraussetzungen für eine Zulassung auch bei einem auf das Gleichbehandlungsgebot abstellenden Zulassungsentscheid als sachgerecht und rechtmässig erscheinen. Die Vorinstanzen haben festgehalten, aufgrund der „kann-Formulierungen“ in den Bestimmungen von Art. 2 Bst. b RSD bzw. Art. 25 Abs. 3 Bst. c SDR komme der Erstinstanz ein Entschliessungsermessen zu, welches pflichtgemäss auszufüllen sei. Dies würde keineswegs bedeuten, dass die Erstinstanz nach eigenem Gutdünken über eine Zulassung entscheiden könnte. Pflichtgemässe Ermessensausübung verlangt, dass das Willkürverbot, das Gleichbehandlungsgebot und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus ist ein besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu richten (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 26 Rz. 11). Auch eine pflichtgemässe Ermessensausübung würde der Beschwerdeführerin bei Erfüllung der sachlichen Zulassungskriterien im Ergebnis einen Anspruch auf Zulassung geben. Wenn aufgrund des Rechtsgleichheitsgebotes ein Anspruch auf Zulassung besteht, ist dieser ebenso von der Erfüllung sachlicher Kriterien abhängig. Im Ergebnis ist somit den angefochtenen Entscheiden zu folgen und die Beschwerdeführerin ist als Prüfstelle zuzulassen, sofern sie bestimmte Bedingungen erfüllt. Zu prüfen bleibt somit, ob die von den Vorinstanzen formulierten Zulassungsbedingungen und die Rückweisung an die Erstinstanz rechtens sind.

8.

Die Vorinstanzen haben im angefochtenen Entscheid festgehalten, nach welchen Kriterien die Zulassungsprüfung zu erfolgen habe. Sie führten dabei aus, der Erstinstanz komme bei der Frage, ob sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Dritte beiziehen solle, ein Entschliessungsermessen zu, dieser Ermessensspielraum sei unter Beachtung allgemei-

ner Verfassungsgrundsätze wie des Rechtsgleichheitsgebots, des Verhältnismässigkeitsprinzips und unter Berücksichtigung des Sinnes und Zweckes der Norm auszufüllen. Bei der Beurteilung von Gesuchen um Zulassung als Experte seien insbesondere die fachlichen Voraussetzungen, die Unabhängigkeit, die Versicherungsdeckung und die Gewährleistung der Einhaltung der massgeblichen Vorschriften zu prüfen. Ferner könne berücksichtigt werden, ob die Zulassung die Gefahr einer Versorgungslücke mit sich bringe.

8.1 Die Beschwerdeführerin bringt nun vor, die Vorinstanzen hätten ihre Anweisungen an die Erstinstanz, das Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin materiell zu behandeln, mit zu vielen einschränkende Auflagen verbunden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sehe nicht nur eine „kann"-Vorschrift die Delegation an Dritte vor, auch habe eine Delegation nicht nur dort zu erfolgen, wo die Erstinstanz ihre Aufgabe nicht selbst erfüllen könne. Eine Konkurrenz durch die Beschwerdeführerin bedrohe die Versorgungssicherheit in keiner Weise, vielmehr würde der Konkurrenzdruck die Qualität der Dienstleistungen der Erstinstanz verbessern und so die Gefahr verringern, dass verärgerte Kunden ihre Prüfungen im Ausland vornehmen lassen. Es sei europaweit einmalig, dass für die Gefahrgutprüfung eine einzige im Monopol arbeitende Prüfgesellschaft tätig sei. Dies vertrage sich nicht mit der Handels und Gewerbefreiheit.

8.1.1 Das BAV wendet dagegen ein, das Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin sei nach klaren Kriterien zu prüfen. Eine Öffnung der Prüftätigkeit für Dritte könne die Versorgungssicherheit gefährden. Weiter spricht das BAV der Beschwerdeführerin das Recht zur Berufung auf die Handels- und Gewerbefreiheit ab.

8.1.2 Die Erstinstanz führt aus, es bestehe kein Anspruch auf Zulassung, da in Art. 2 Bst. b RSD bzw. Art. 25 Abs. 3 Bst. c SDR vorgesehen sei, dass für die Genehmigung von Verpackungen, Druckgefässen, Tanks und ihrer Einrichtungen die Erstinstanz oder ein von dieser im Einvernehmen mit den Vorinstanzen bezeichneter Experte zuständig sei. Der Erstinstanz komme bei der Frage, ob eine Prüftätigkeit an Dritte zu übertragen sei, Entschliessungsermessen zu. Es bestehe deshalb kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Übertragung der Aufgabe. Ferner bringt sie vor, die Schweiz sei nicht das einzige Land, welche nur eine einzige Prüfgesellschaft kenne.

8.2 Die von der Vorinstanz definierten Bedingungen, nämlich die Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen, die Unabhängigkeit, die Versicherungsdeckung und die Gewährleistung der Einhaltung der massgeblichen Vorschriften erscheinen offensichtlich als sachgerechte Kriterien für einen Zulassungsentscheid. Insofern kann den vorinstanzlichen Entscheiden gefolgt werden. Näher zu prüfen ist einzig, ob die Wahrung der Versorgungssicherheit ebenfalls als Zulassungsvoraussetzung angenommen werden kann.

8.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, es verletze ihre Wirtschaftsfreiheit, wenn ihr die Zulassung zur Prüfungstätigkeit mit Verweis auf die Versorgungssicherheit verweigert und die Aufgabe einer einzelnen, monopolistischen Behörde übertragen werde.

Soweit es sich bei der Prüf- und Bewilligungstätigkeit um die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben handelt, steht sie – wie die Vorinstanzen zu Recht vorbringen – nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 646). Soweit einzelne Teile der Tätigkeit der Erstinstanz als privatwirtschaftlich zu betrachten wären, würde sich die Frage stellen, ob ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zum Erhalt der Versorgungssicherheit zulässig wäre. Gemäss Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind. Der Bund ist zur umfassenden Gesetzgebung im Bereich des Strassenverkehrs (Art. 82 Abs. 1 BV, BIAGGINI, a.a.O., Art. 82 N. 2) und des Eisenbahnverkehrs (Art. 87 BV) befugt. Daraus lässt sich ein Recht des Bundes ableiten, auch für den nicht hoheitlichen Teil seiner Tätigkeit auf diesen Gebieten ein Monopol zu beanspruchen (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 716). Ein Prüfmonopol des Bundes im Bereich des Gefahrguttransportes erweist sich damit grundsätzlich als rechtmässig. Wenn es sich als zulässig erweist, das Prüfwesen zu monopolisieren, muss es auch zulässig sein, den Wettbewerb mit milderen Massnahmen zu beschränken, sofern sich diese als sachgerecht und mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar erweisen. Die Berücksichtigung der Versorgungssicherheit beim Entscheid über die Zulassung der Beschwerdeführerin erscheint als solche mildere Massnahme und ist damit mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar.

8.2.2 Der Erhalt der Versorgungssicherheit erscheint zudem als sachlich gerechtfertigtes Anliegen. Die Erstinstanz finanziert ihre Tätigkeit

zu einem weit überwiegenden Teil aus Gebühren für die Prüftätigkeit. Es ist durchaus denkbar, dass das Prüfvolumen in der Schweiz zu gering ist, um die Kosten zweier oder mehrerer konkurrierender Prüfinstitutionen durch Gebührenerträge zu finanzieren. Der Umstand, dass in andern europäischen Ländern eine Konkurrenzsituation nicht zu Versorgungslücken führte, kann nicht bereits zum Schluss führen, dass auch in der Schweiz die Grundversorgung durch Konkurrenz Privater nicht gefährdet werde. So dürfte der betroffene Markt in der Schweiz kleiner sein als in den meisten anderen europäischen Staaten. Auch die Kostenstruktur einer Prüfstelle in der Schweiz dürfte sich erheblich von derjenigen von Prüfstellen in andern Ländern unterscheiden. Es ist damit sachlich gerechtfertigt, beim Entscheid über die Zulassung Privater zur Prüftätigkeit auch die Auswirkungen auf die Finanzierung der Tätigkeit der Erstinstanz zu berücksichtigen.

Die Übertragung von Aufgaben an ausländische Stellen im Bereich der Prüfung von Gasflaschen gefährdet die wirtschaftliche Existenz der Erstinstanz nicht. Es ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Erstinstanz die Auswirkungen auf ihre Eigenwirtschaftlichkeit beim Entscheid über die Übertragung der Prüfaufgaben zumindest summarisch berücksichtigt hat. Das Kriterium der Versorgungssicherheit erscheint damit auch als mit dem Gleichheitsgebot vereinbar.

8.3 Die von den Vorinstanzen definierten Zulassungskriterien erweisen sich damit als rechtmässig. Soweit sich die Beschwerden gegen die genannten Einschränkungen richten, sind sie abzuweisen.

9.

Die Beschwerdeführerin macht ferner sinngemäss geltend, die Vorinstanzen hätten die Befangenheit der Erstinstanz nicht geprüft und damit auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanzen haben die Rüge der Befangenheit indessen durchaus behandelt und eine Befangenheit verneint. Selbst wenn auf die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs einzutreten wäre (vgl. E. 1.3), würde sich diese damit als unbegründet erweisen.

10.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die Rückweisung der Angelegenheit an die Erstinstanz und verlangt, der Entscheid über die Zulassung sei direkt durch die Vorinstanzen zu treffen. Zur Begründung führt sie aus, die Erstinstanz befinde sich in einer Konkurrenzsituation zur Beschwerdeführerin. Es bestehe keine klare Trennung zwischen den

hoheitlichen und den übrigen Aufgaben der Erstinstanz. Im Laufe des Verfahrens habe diese zudem eine offensichtliche Obstruktionshaltung an den Tag gelegt. Da jede der Erstinstanz angehörenden Person weisungsgebunden sei, gelte für die ganze Erstinstanz der Anschein der Befangenheit. Wenn der Anschein der Befangenheit einer Behörde als solcher bestehe, gelte jeder einzelne Beamte als befangen.

10.1.1 Die Vorinstanzen führen zur Frage der Befangenheit in den angefochtenen Entscheiden aus, nach der Konzeption der Verordnung, gemäss der die Behörde, die einen Teil ihrer Tätigkeit delegieren soll, selbst über die Delegation entscheide, sei ein gewisser Interessenkonflikt unvermeidbar. Über diesen abstrakten, vom Verordnungsgeber gebilligten Anschein hinaus, seien keine Anzeichen für eine konkrete Befangenheit sichtbar.

10.1.2 Die Erstinstanz macht geltend, aus dem Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin anmasse, hoheitlich tätig zu sein, könne nicht auf eine den Anschein einer Befangenheit begründende Konkurrenzsituation geschlossen werden.

10.2 Ausstandsgründe sind in der Regel im Verfahren vor der betroffenen Behörde geltend zu machen, im Streitfall entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde (Art. 10 Abs. 2 VwVG). Nachdem im vorinstanzlichen Verfahren die Positionen der Erstinstanz und der Beschwerdeführerin hinlänglich bekannt waren und davon ausgegangen werden konnte, dass die Befangenheit bei einer Rückweisung an die Erstinstanz weiterhin streitig bleiben würde, rechtfertigte es sich für die Vorinstanzen aus prozessökonomischen Gründen, bereits im Entscheid über die Rückweisung an die Erstinstanz auch deren Befangenheit hinsichtlich der erneuten Prüfung des Gesuches zu prüfen.

10.3 Personen, die eine Verfügung zu treffen haben, treten gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG in Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder aus andern Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG). Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde. Ein Ausstandsbegehren hat sich grundsätzlich immer gegen einzelne Personen, nie gegen eine Gesamtbehörde zu richten (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 75 f.). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass in Ausnahmefällen sämtliche Mitglieder einer Behörde befangen erscheinen können. In solchen Fällen muss von der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständig-

keit abgewichen und eine Ersatzbehörde bestimmt werden. Eine gesetzliche Regelung, von wem und nach welchen Kriterien eine Ersatzbehörde zu bestimmen ist, fehlt (SCHINDLER, a.a.O. S. 76 f.).

10.4 Eine Zulassung der Beschwerdeführerin als Prüfstelle würde dazu führen, dass diese in einem umfangreichen Teil des Tätigkeitsbereiches der Erstinstanz als direkte Konkurrentin auftreten würde und dass damit die wirtschaftlichen Interessen der Erstinstanz beeinträchtigt würden. Ein solches Konkurrenzverhältnis zwischen einer Partei und dem Entscheidungsträger ist geeignet, den Anschein der Befangenheit zu begründen, dies gilt insbesondere, wenn das Konkurrenzverhältnis selber Gegenstand des Verfahrens ist (SCHINDLER, a.a.O., S. 117). Nachdem sich die Erstinstanz wie bereits erwähnt zu einem weit überwiegenden Teil mit den Gebührenerträgen aus der Prüftätigkeit finanziert, sind indirekt auch sämtliche Angestellten der Erstinstanz durch das Konkurrenzverhältnis betroffen. Die Erstinstanz erscheint bezogen auf den vorliegenden Fall damit insgesamt als befangen.

Daran ändert auch nichts, dass dieser Interessenkonflikt der vom Verordnungsgeber geschaffenen Ordnung immanent ist. Die Beschwerdeführerin hat aufgrund von Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG Anspruch auf einen Entscheid über ihr Zulassungsgesuch durch eine Person, die in dieser Sache keine eigenen Interessen hat. Diesem verfahrensrechtlichen Anspruch ist bei der einzelfallweisen Anwendung der einschlägigen Bestimmungen über die Zulassung zur Prüftätigkeit Rechnung zu tragen.

10.5 Ein Anschein der Befangenheit der Erstinstanz ergibt sich aber auch aufgrund einer offensichtlichen Feindseligkeit des Inspektoratsleiters. Negative Aussagen einer Amtsperson über eine Verfahrenspartei können zur Besorgnis der Befangenheit führen (SCHINDLER, a.a.O., S. 113), dies beispielsweise dann, wenn die negativen Äusserungen Antipathien gegenüber einer Verfahrenspartei zum Ausdruck bringen. Bei der Beurteilung der Äusserungen ist sowohl auf deren Inhalt, als auch auf die Art und Weise der Äusserungen abzustellen (SCHINDLER, a.a.O., S. 130 f.). Die Eingaben der Erstinstanz bzw. ihres Leiters zeigen, dass dieser die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht bloss kritisch würdigt, sondern sich über die Beschwerdeführerin und ihre Schriftsätze geradezu abfällig äussert. Der Inspektoratsleiter erscheint damit als befangen. Gemäss dessen eigenen Aussagen

kann der vorliegend umstrittene Zulassungsentscheid von keiner andern Person innerhalb der Erstinstanz gefällt werden. Auch aus dem eingereichten Organigramm der Erstinstanz ergibt sich zudem, dass die übrigen Angestellten der Erstinstanz gegenüber dem Inspektoratsleiter als weisungsgebunden erscheinen und somit nicht unabhängig entscheiden könnten. Damit erscheint die Erstinstanz insgesamt als befangen und der Zulassungsentscheid ist durch eine Ersatzbehörde zu fällen.

10.6 Nachdem gemäss Art. 10 Abs. 2 VwVG im Streitfall die Aufsichtsbehörden – im vorliegenden Fall die Vorinstanzen – über Ausstandsbegehren zu entscheiden haben, ist es auch Sache dieser Behörden, bei Befangenheit sämtlicher Behördenmitglieder eine Ersatzbehörde zu bezeichnen. Sind die Aufsichtsbehörden in der Lage, selbst in der Sache zu entscheiden, ist es den Vorinstanzen unbenommen, ihre eigene Zuständigkeit zum Entscheid in der Sache festzustellen. Dies scheint vorliegend jedenfalls nicht ausgeschlossen, ist es doch Sache der Vorinstanzen, unter Beizug der Akkreditierungsstelle die Prüftätigkeit und die Geschäftsführung der Erstinstanz zu beaufsichtigen. Bei dieser Aufsichtstätigkeit dürften sich ähnliche Fragen stellen, wie beim Entscheid über die Zulassung der Beschwerdeführerin.

10.7 Da die Befangenheit der Erstinstanz vorliegend zu bejahen ist, ist die Sache zur Bezeichnung einer Ersatzbehörde bzw. zum Entscheid in der Sache selbst an die Vorinstanzen zurückzuweisen.

11.
Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin, es seien ihr aufgrund ihres Obsiegens für das erstinstanzliche Verfahren keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und es sei ihr für die beiden vorinstanzlichen Verfahren je eine vollständige Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Vorinstanz auferlegte die Verfahrenskosten teilweise der Beschwerdeführerin und sprach ihr eine anteilmässige Parteientschädigung zu. Sie begründete dies mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin zwar mit ihrem Auftrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung durchgedrungen, mit ihren übrigen Anträgen aber unterlegen sei. So sei namentlich kein Zulassungentscheid zu ihren Gunsten gefällt worden. Nachdem die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung bzw. zur Bezeichnung einer Ersatzbehörde an die Vorinstanzen zurückzuweisen ist, erscheint der Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens offen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorin-

stanzlichen Verfahren sind nach der erneuten Beurteilung der Sache neu zu regeln.

12.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als teilweise unterliegend zu betrachten. Soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht, ist die Beschwerde gegenstandlos geworden. Der Antrag erscheint aber insgesamt als von untergeordneter Bedeutung und es wurde dadurch kein wesentlicher Mehraufwand verursacht. Es rechtfertigt sich daher, die auf diesen Punkt entfallenden Verfahrenskosten nicht gesondert zu verlegen.

Die Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG einen Teil der Verfahrenskosten zu tragen. Diese sind auf Fr. 3'000.- zu bestimmen und zur Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Keine Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen aufzuerlegen.

13.
Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten. Angesichts ihres teilweisen Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für die Hälfte der ihr erwachsenen Kosten von Fr. 10'014.75 zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist damit auf Fr. 5'007.90 (inkl. MwSt und Barauslagen) festzusetzen und wird gemäss Art. 64 Abs. 2 je zur Hälfte, d.h. in der Höhe von Fr. 2'500.95 den Vorinstanzen auferlegt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerden werden, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind und soweit darauf einzutreten ist, im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.

2.
Die Ziffern 3, 4 und 5 der Verfügungen des BAV und des ASTRA vom 27. November 2006 werden aufgehoben und die Vorinstanzen werden angewiesen, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zulassung als Prüfstelle materiell zu behandeln bzw. eine unbefangene Ersatzbehör-

de für den Zulassungsentscheid zu bezeichnen sowie die Verfahrenskosten und Parteientschädigung neu festzusetzen.

3.
Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen.

4.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden zur Hälfte der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 3'000.- verrechnet. Der Restbetrag wir der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

5.
Die Vorinstanzen werden verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von je Fr. 2'503.95 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanzen (Ref-Nr. F441-0465; Gerichtsurkunde)
- die Erstinstanz (Einschreiben)
- das UVEK (Gerichtsurkunde)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland, Postfach, 8610 Uster (A-5/2005/104; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich Simon Müller

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des

Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: