
Abteilung II
B-7483/2010

Urteil vom 9. Juni 2011

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter David Aschmann;
Gerichtsschreiber Roger Mallepell.

Parteien

A. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt (...)
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO (Präsident),
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz .

Gegenstand

Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern (Zwischenverfügung
vom 15. September 2010 des Präsidenten der WEKO).

Sachverhalt:**A.**

A.a Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) führt eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, zitiert in E. 2.2) gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie, nachfolgend: ASCOPA) und dessen Mitglieder wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG (...). Im Rahmen der Untersuchung soll insbesondere geprüft werden, ob sich der Informationsaustausch, wie er zwischen den Verbandsmitgliedern angeblich betrieben wurde, auf das Wettbewerbsverhalten der Mitglieder ausgewirkt hat und eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt (vgl. Medienmitteilung vom 2. Dezember 2008, online unter: www.weko.admin.ch > Aktuell > Medieninformationen). Gegenstand der Untersuchung bildet u.a. auch das Verhalten der A._____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

A.b Die Untersuchung wird namentlich durch X._____, (...), sowie Y._____, (...), geführt. Sie war am 1. Dezember 2008 gestützt auf die Bonusmeldung einer Selbstanzeigerin vom 17. Oktober 2008 eröffnet worden. Diese enthielt Hinweise, dass im Rahmen und unter Mitwirkung von ASCOPA regelmässig sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden, die sich auf die Preisgestaltung der Mitglieder beziehen (vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2008, publiziert im Bundesblatt, BBI 2008 9197).

A.c Zuvor hatte am 9. September 2008 ein Gespräch zwischen Z._____ (...), Vertretern der ASCOPA sowie dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin stattgefunden. Dem Vernehmen nach wurde bei diesem Treffen der von der ASCOPA und ihren Mitgliedern gepflegte Informationsaustausch besprochen. Ein schriftliches Protokoll zum Treffen vom 9. September 2008 wurde nicht erstellt.

Am 6. Februar 2009 erkundigte sich Y._____ im Auftrag des Sekretariats telefonisch bei Z._____ über den Inhalt und Gegenstand des Treffens vom 9. September 2008. Er fasste dieses Telefonat in einer Telefonnotiz zusammen (vgl. act. 82).

A.d Am 27. Mai 2010 stellte das Sekretariat den am Verfahren Beteiligten, darunter der Beschwerdeführerin, den "Antrag vom 27. Mai 2010" zusammen mit dem Aktenverzeichnis zur schriftlichen Stellungnahme zu (nachfolgend "Antrag" bzw. "Antrag vom 27. Mai 2010" oder "Antragsentwurf" genannt; das Sekretariat bezeichnet das Dokument u.a. im Begleitschreiben vom 27. Mai 2010 als "Entwurf des Antrages des Sekretariats"). Der Antrag sieht eine Sanktionierung der meisten der beteiligten Unternehmen wegen Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b i.V.m. Abs. 1 KG vor. Die Zeitspanne, während der sämtliche Unternehmen am zur Last gelegten Informationsaustausch teilgenommen hätten, habe sich vom 1. April 2004 bis am 31. Januar 2008 erstreckt (vgl. Antrag Ziff. 307).

Auch die Beschwerdeführerin soll laut dem Antrag an unzulässigen Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben sowie an einer unzulässigen Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Unternehmen beteiligt gewesen sein. Es wird beantragt, die Beschwerdeführerin für die festgestellten Wettbewerbsverstösse gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von Fr. 25'449'270.– zu belasten.

Ziff. 285 des Antrags erwähnt das vorstehend genannte Treffen mit Z._____ (vgl. A.c), indem im Kontext der "Vorwerfbarkeit" des kartellwidrigen Verhaltens darauf hingewiesen wird, dass sich der Präsident der ASCOPA zusammen mit einem Mitglied des Komitees und der Verbandssekretärin am 9. September 2008 von einem damaligen Mitarbeiter des Sekretariats habe beraten lassen. Dieser habe klar darauf hingewiesen, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei (vgl. Antrag Ziff. 285).

A.e Am 28. Mai 2010 veröffentlichte das Sekretariat eine Medienmitteilung ("Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche"). Gleichentags äusserte sich X._____ in der Tagesschau des Schweizer Fernsehens zur vorliegenden Untersuchung.

A.f Am 10. Juni 2010 machte die Beschwerdeführerin von ihrem Akteneinsichtsrecht Gebrauch. Darauf ersuchte sie das Sekretariat mit Schreiben vom 25. Juni 2010 um Zustellung der vollständigen Akten der WEKO betreffend die in Ziff. 285 des Antrags erwähnte Beratung mit Z._____ vom 9. September 2008 zwecks Einsichtnahme. Das

Sekretariat, handelnd durch X._____ und Y._____ , teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28. Juni 2010 mit, dass es bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung über keinerlei weitere Akten verfüge. Sämtliche Aktenstücke in seinem Besitz seien der Beschwerdeführerin lückenlos zur Einsicht vorgelegt worden.

Zudem führte das Sekretariat im Schreiben vom 28. Juni 2010 Folgendes aus:

"Gleichzeitig möchten wir Sie auf folgende Punkte aufmerksam machen: Erstens war der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert. Weiter möchten wir Sie mit Nachdruck auf die im Antragsentwurf (Fn. 255) genannte Erwägung 7.4.5.4. des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 hinweisen. Schliesslich bitten wir Sie in Betracht zu ziehen, dass die unseres Erachtens unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antragsentwurf zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 anzusiedeln sind (vgl. Rz. 307 des Antragsentwurfs), während die genannte "Beratung" im September 2008 stattgefunden hat. In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten.

Sollten Sie entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein, könnten wir in Betracht ziehen, ein Gespräch mit dem betreffenden damaligen Mitarbeiter zu arrangieren, anlässlich dessen Sie Fragen stellen könnten. Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird."

Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 ersuchte die Beschwerdeführerin das Sekretariat um Einsicht in die gemäss Aktenverzeichnis als "nicht einsehbar" qualifizierten act. 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84. Diese waren im Aktenverzeichnis mit Ausnahme von act. 41 (...) als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" bezeichnet.

Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 12. Juli 2010 und legte der Beschwerdeführerin den "wesentlichen Inhalt" der fraglichen Aktenstücke offen. Den Inhalt von act. 82, welches das Aktenverzeichnis ebenfalls als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" beschrieb, fassten X._____ und Y._____ namens des Sekretariats wie folgt zusammen:

Act. 82: Telefonnotiz vom 6.02.2009: Gespräch mit dem früheren Mitarbeiter des Sekretariats, welcher bestätigte ein Gespräch mit ASCOPA geführt zu haben. Er konnte sich nicht an die Personennamen der beim

Gespräch anwesenden Personen entsinnen. Er habe die Verbandsleitung von ASCOPA darauf hingewiesen, dass ihr Verhalten kartellrechtlich problematisch sei. Es gebe *keine schriftlichen Dokumente* zu diesem Gespräch."

Weiter hält das Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 einleitend fest, dass act. 82 keine Informationen enthalte, welche nicht schon im Antrag vom 27. Mai 2010 enthalten seien (mit Verweis auf Ziff. 285 des Antrags). Zudem sei die Notiz aufgrund ihrer Vagheit und des Umstandes, dass sie nicht im Rahmen einer protokollierten Einvernahme stattgefunden habe, nicht zitierfähig gewesen.

A.g Darauf reichte die Beschwerdeführerin am 16. Juli 2010 ein Ausstandsgesuch zu Händen des Präsidenten der WEKO ein mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass X._____ und Y._____ in der Untersuchung (...) – ASCOPA befangen seien oder zumindest objektiv als befangen erschienen. Die beiden Herren seien zu verpflichten, in der Untersuchung (...) in den Ausstand zu treten.

Zur Begründung betonte die Beschwerdeführerin, dass die Besprechung vom 9. September 2008 höchste Bedeutung erhalte. Die Beschwerdeführerin habe nämlich durch die Informierung des damals zuständigen (...) Z._____ über den Austausch von Preisinformationen, Umsatzinformationen und Informationen betreffend Werbeausgaben an der Aufdeckung einer nach heutiger Meinung des Sekretariats bestehenden Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt. Sie sei im Fall eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 KG daher berechtigt, gestützt auf Art. 49a KG eine ganze oder zumindest teilweise Reduktion von Sanktionen zu verlangen. Die Bonusmeldung der Selbstanzeigerin vom 17. Oktober 2008 habe nicht die erste Information gebildet, welche die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens ermöglicht habe. Zudem stelle sich die Frage des Vertrauensschutzes in die Äusserungen des damaligen (...) Z._____. Dieser habe das offen gelegte Informationsverhalten explizit als Verhalten gewürdigt, das nicht mit dem Risiko einer unmittelbaren Sanktion durch das Kartellgesetz bedroht sei. Eine genaue Abklärung der Umstände und des Gegenstandes der im Antrag in Ziff. 285 aufgeführten Beratung sei unter den gegebenen Umständen von grösster Bedeutung.

Es sei nicht nachvollziehbar, dass das Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 festhalte, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"in Anbetracht dieser Umstände (...) aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs*

gemachten Ausführungen zugunsten ihrer Klientin ableiten" könne. Mit dieser apodiktischen Feststellung und der weiteren Aussage im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sich die rechtliche Einschätzung des Sekretariats auch nach einer allfälligen Befragung von Z._____ nicht ändern werde, hätten X._____ und Y._____ ihre Befangenheit aufgezeigt. Die vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis werde von den genannten Personen explizit und schriftlich festgehalten.

Auch mit der Medienmitteilung und dem Tagesschau-Interview habe X._____ zum Ausdruck gegeben, dass er eine vorzeitig gebildete, feste Meinung über das Verfahrensergebnis habe.

Zudem belege das Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010, dass dessen Behauptung im Schreiben vom 28. Juni 2010, sämtliche Aktenstücke bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung seien "lückenlos zur Einsicht vorgelegt" worden, unwahr sei: Als act. 82 bestehe offensichtlich eine Notiz grösster Wichtigkeit vom 6. Februar 2009 betreffend ein Telefonat mit dem früheren Sekretariatsmitarbeiter Z._____. Es sei nicht verständlich, dass X._____ und Y._____ die Existenz dieses Dokuments in einer ersten Phase verneint und dieses Dokument in einer zweiten Phase nicht offen gelegt, sondern nur rudimentär zusammengefasst hätten. Bei der Durchsicht der Akten des Sekretariats habe des Weiteren festgestellt werden müssen, dass die Verfasser des Schreibens vom 28. Juni 2010 weitere Dokumente zur Beratung vom 9. September 2008 unberücksichtigt gelassen hätten, auf welche hätte hingewiesen werden müssen. Eine derartige Falschangabe müsse zum Ausstand der Verfasser der Falschangabe führen.

Dazu komme, dass die gemäss dem Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 "*vage*" und "*nicht zitierfähige*" Telefonnotiz mit einem Hinweis auf "*kartellrechtlich problematisches*" Verhalten in Ziff. 285 des Antrags "*pour le besoin de la cause*" in einen "*klaren*" Hinweis auf fehlende Gesetzeskonformität umgedeutet worden sei. Eine solche Verdrehung von Aussagen spreche wiederum für die abschliessende Meinungsbildung, die bei den Verfassern des Antrags vom 27. Mai 2010 vorliege.

A.h Mit Eingabe vom 21. Juli 2010 an das Sekretariat verlangte die Beschwerdeführerin "vollständige Akteneinsicht" in die act. 39, 40, 41, 47, 70, 82 und 84. Diesem Ersuchen kam das Sekretariat in der Folge nach

und gewährte der Beschwerdeführerin Zugang zu den fraglichen, gemäss Aktenverzeichnis als "nicht einsehbar" taxierten, Aktenstücken. Am 6. August 2010 konnte die Beschwerdeführerin namentlich auch Einsicht in act. 82 nehmen.

A.i Am 10. September 2010 reichte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat ihre Stellungnahme zum Antrag ein.

A.j Mit Zwischenverfügung vom 15. September 2010 wies der Präsident der WEKO (nachfolgend auch: Vorinstanz) das Ausstandsgesuch der Beschwerdeführerin vom 16. Juli 2010 ab und auferlegte die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 5'500.- der Verfügungsadressatin. Der Präsident der WEKO hielt zusammenfassend dafür, dass sich aus keinem der vorgebrachten Gründe eine Befangenheit der beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeiter ergebe: Eine solche folge weder aus der "Falschangabe" im Zusammenhang mit act. 82 noch den Äusserungen des Sekretariats im Schreiben vom 28. Juni 2010. Ebenso wenig könne der Sichtweise der Beschwerdeführerin gefolgt werden, die Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter folge bereits aus der Würdigung des Sachverhalts in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010. Auch aus der Pressemitteilung vom 28. Mai 2010 und dem Interview von X. _____ in der Tagesschau könnten keine Umstände abgeleitet werden, die nach objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten.

B.

B.a Gegen diese Zwischenverfügung führt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Oktober 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

" 1. Es sei die Zwischenverfügung vom 15. September 2010 des Präsidenten der Wettbewerbskommission in der Untersuchung (...) aufzuheben, und es sei festzustellen, dass [X. _____], (...), und [Y. _____], (...), in der Untersuchung (...) befangen sind oder zumindest objektiv als befangen erscheinen.

2. [X. _____], (...), und [Y. _____], (...), seien zu verpflichten, in der Untersuchung (...) in den Ausstand zu treten." (3. Kosten- und Entschädigungsfolge).

Zur Begründung dieser Begehren führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ihre bereits im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010

vorgetragene Argumentation weiter aus: Sie betont erneut die entscheidende Bedeutung, welche dem Treffen vom 9. September 2008 mit Z._____ im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG sowie die Frage nach dem Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin zukomme, und leitet den Anschein der Befangenheit der beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeiter aus den verschiedenen Umständen im Zusammenhang mit diesem Treffen ab. Weiter zeigten die Medienmitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 über die angebliche Feststellung von Preis- und Mengenabsprachen in der Kosmetikindustrie und das von X._____ gleichentags gewährte Interview in der Tagesschau des schweizerischen Fernsehens deutlich, dass die verantwortlichen Mitarbeiter sich bereits ein abschliessendes Bild über den Fall gemacht hätten, bevor die betroffenen Parteien überhaupt angehört worden seien. Neu wird geltend gemacht, der Anschein der Befangenheit werde durch offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen im Antrag bestätigt. Der Anschein von Befangenheit ergebe sich u.a. auch aus einer Häufung von Verfahrensfehlern. Die angefochtene Verfügung beziehe sich nur auf die einzelnen Vorwürfe, ohne sich mit dem entscheidenden Gesamtbild zu befassen. Dieses zeige objektiv auf, dass die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats ihre Aufgaben in dieser Untersuchung nicht unvoreingenommen erfüllen würden.

B.b Zusätzlich zu den vorstehend (vgl. B.a) erwähnten Rechtsbegehren stellte die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vom 18. Oktober 2010 den prozessualen Antrag, die WEKO sei anzuweisen, die Untersuchung (...) bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Beschwerde zu sistieren. Eventualiter sei die WEKO anzuweisen, die Untersuchung (...) bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Beschwerde ohne die Mitwirkung von X._____ und von Y._____ fortzusetzen.

Der Präsident der WEKO reichte am 3. November 2010 aufforderungsgemäss eine separate Stellungnahme zu diesen prozessualen Begehren ein. Darauf trat die Instruktionsrichterin mit Zwischenverfügung vom 19. November 2010 infolge Unzulässigkeit auf das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht ein und wies das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ab.

B.c Am 23. November 2010 liess sich der Präsident der WEKO in der Hauptsache vernehmen. Er beantragt, die Beschwerde sei unter

Kostenfolgen abzuweisen. Selbst unter Berücksichtigung aller durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente im Sinne eines "Gesamtbilds" lägen keine objektiven Anhaltspunkte für eine Befangenheit vor.

C.

Weitere Ausführungen der Parteien werden, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen dargestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 15. September 2010 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig. Diese Verfügungen können später nicht mehr angefochten werden (Art. 45 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die vorliegende, vom Präsidenten der WEKO erlassene Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist davon besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Sie ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert. Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und der Rechtvertreter verfügt über eine rechtsgültige Vollmacht. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1. Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und b^{bis} VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

2.2. Nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Für den vorliegend strittigen Ausstand von Angehörigen des Sekretariates ist Art. 10 VwVG massgebend, da Art. 22 KG lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern regelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.1).

2.3. Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 74; RETO FELLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 10 N. 5). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (vgl. BGE 127 I 196 E. 2b, BGE 119 V 456 E.

5b; ALFRED KÖLZ /ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 247; SCHINDLER, a.a.O., S. 91 f.). Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt; es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3, mit Hinweisen).

3.

Im vorliegenden Fall kommt keiner der in Art. 10 Abs. 1 Bst. a–c VwVG erwähnten Ausstandsgründe in Betracht. Zu prüfen ist hingegen, ob X._____ und/oder Y._____ im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG *"aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten"*.

3.1. Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bildet einen Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den "anderen Gründen" handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2, BGE 133 I 89 E. 3.3). Dasselbe gilt für Ratschläge an eine Partei, insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind (vgl. ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zürich 1999, § 5a N. 14; SCHINDLER, a.a.O., S. 136; FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 26). Zur begründeten Besorgnis der Befangenheit kann auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände führen, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme einer Ausstandspflicht aufweisen (SCHINDLER, a.a.O., S. 139).

3.2. Vorliegend wirft die Beschwerdeführerin den beiden betroffenen Angehörigen des Sekretariats einerseits vor, sie hätten sich vorzeitig eine feste Meinung über das Verfahrensergebnis gebildet: Diese Meinung hätten sie im Schreiben vom 28. Juni 2010 explizit und schriftlich festgehalten (vgl. nachfolgend E. 4.1). X._____ habe seine vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis zudem am 28. Mai 2010 mit der Medienmitteilung und dem Tagesschau-Interview zum Ausdruck gebracht (vgl. nachfolgend E. 4.2). Des Weiteren spreche der Umstand für die abschliessende Meinungsbildung der Verfasser des Antrags vom 27. Mai 2010, dass die von Y._____ verfasste Telefonnotiz

zum Telefonat vom 6. Februar 2009 mit Z._____ betreffend dem Treffen vom 9. September 2008 in Ziff. 285 des Antrags in einen "klaren" Hinweis auf fehlende Gesetzeskonformität umgedeutet worden sei, obwohl es sich bei dieser Telefonnotiz gemäss dem Schreiben des Sekretariats vom 12. Juli 2010 noch um eine "vage" und "nicht zitierfähige" Notiz mit einem Hinweis auf "kartellrechtlich problematisches" Verhalten gehandelt habe (vgl. act. 82, nachfolgend E. 4.3).

Andererseits begründet die Beschwerdeführerin die geltend gemachte Ausstandspflicht von X._____ und Y._____ sinngemäss mit einer Häufung von Verfahrensfehlern bzw. Fehlentscheiden in der Sache: Die Beschwerdeführerin argumentiert in diesem Zusammenhang u.a. mit der "Falschaussage" im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sämtliche Aktenstücke bezüglich des in Ziff. 285 des Antrags genannten Treffens vom 9. September 2008 "*lückenlos zur Einsicht vorgelegt*" worden seien, der falschen Bezeichnung der Telefonnotiz von Y._____ vom 6. Februar 2009 im Aktenverzeichnis als "*Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA*" sowie mit angeblich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen im Antrag (vgl. nachfolgend E. 5).

4.

Nachfolgend wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, die beiden betroffenen Sekretariatsangehörigen hätten aufgrund einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis in den Ausstand zu treten.

4.1. Diesbezüglich fragt sich zunächst, ob die Äusserungen im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 einen entsprechenden Ausstandgrund begründen (vgl. im Sachverhalt unter A.f).

4.1.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, X._____ und Y._____ hätten ihre Befangenheit mit der apodiktischen Feststellung in diesem Schreiben, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin "*in Anbetracht dieser Umstände (...) aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zugunsten ihrer Klientin ableiten*" könne und der weiteren Aussage, dass sich die rechtliche Einschätzung des Sekretariats auch nach einer allfälligen Befragung von Z._____ nicht ändern werde, aufgezeigt.

Die Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Ziff. 285 des Antrags gemachten

Ausführungen zu eigenen Gunsten ableiten könne, erwecke objektiv den Anschein, dass die Autoren dieses Schreibens nicht gewillt gewesen seien, die Umstände, den Inhalt und die Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 abzuklären. So sei das im Schreiben vom 28. Juni 2010 aufgeführte Argument, dass der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert gewesen sei, falsch und irrelevant, da die Handlungen und das Wissen von Z._____ in seiner damaligen Funktion als (...) des Sekretariats dem Sekretariat auch weiterhin zuzurechnen seien. Hinsichtlich dem Verweis im Schreiben vom 28. Juni 2010 auf Erwägung 7.4.5.4 des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 sei zu beachten, dass entgegen den dortigen Ausführungen von einer Zusicherung der Sanktionslosigkeit durch Z._____ anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 bis zu diesem Zeitpunkt nirgendwo die Rede gewesen sei. Entscheidend sei vielmehr gewesen, dass das Sekretariat bereits am 9. September 2008 Informationen über das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten erhalten habe, was für eine allfällige Sanktionsbefreiung in Anwendung von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG relevant sei. Irrelevant sei auch das dritte Argument im Schreiben vom 28. Juni 2010, wonach die fragliche Wettbewerbsbeschränkung zwischen dem 1. April 2004 und dem 31. Januar 2008 anzusiedeln sei, während die "Beratung" durch Z._____ erst im September 2008 stattgefunden habe. Bei der Besprechung am 9. September 2008 sei es gerade um den in der Vergangenheit von ASCOPA-Mitgliedern gepflegten Informationsaustausch und damit gerade um das nun den Gegenstand der Untersuchung bildende Verhalten gegangen. Aber auch das gegenwärtige und künftige Verhalten sei Gegenstand der Besprechung gewesen. Entscheidend sei wiederum, dass die Tatsache der Besprechung im September 2008 und ihre Bedeutung für die Anwendbarkeit von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG durch das Sekretariat in diesem Schreiben erneut unbeachtet geblieben sei.

Auch aus dem dritten Absatz des Schreibens vom 28. Juni 2010 gehe die Unwilligkeit, die Umstände, den Gegenstand und die Bedeutung der Besprechung am 9. September 2008 abzuklären, hervor. Dort werde zwar in Betracht gezogen, gegebenenfalls ein Gespräch mit Z._____ zu arrangieren. X._____ und Y._____ hätten aber ausdrücklich darauf hingewiesen, "dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird." Mit anderen Worten hätten X._____ und Y._____ mit Bezug auf die Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 eine vorgefasste Meinung gehabt und seien nicht bereit

gewesen, diese abzuändern. Damit hätten sie objektiv den Anschein der Befangenheit erweckt. Ein unbefangener Leser des Briefes vom 28. Juni 2010 könne diesen nur so verstehen, dass die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats auch nach zusätzlichen Abklärungen zur Besprechung vom 9. September 2008 ihre Meinung nicht ändern würden. Die Mitarbeiter des Sekretariats hätten sich mit anderen Worten nicht bereit erklärt, gegebenenfalls entlastende Erkenntnisse aus der zusätzlichen Abklärung zur Besprechung vom 9. September 2008 in ihre Beurteilung einzuschliessen. Damit hätten sie gezeigt, dass sie ihrer Pflicht zur unvoreingenommenen Abklärung von belastenden und entlastenden Sachverhaltselementen nicht nachkommen wollten. Weiter übersehe die Vorinstanz, dass die Aufgabe des Sekretariats mit dem Versand des Antrags an die Parteien zur Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG keineswegs abgeschlossen sei. Es sei dessen Aufgabe, die Stellungnahmen der Parteien zu prüfen und sodann zu entscheiden, ob die Untersuchung zu ergänzen und ob der Antrag abgeändert werde. Die verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats müssten ihren Aufgaben auch nach Zustellung des Antrags unbefangen, objektiv und unvoreingenommen nachkommen können und gegebenenfalls neuen Anhaltspunkten mit Relevanz für das Untersuchungsergebnis nachgehen. Indem X._____ und Y._____ am 28. Juni 2010 explizit festgehalten hätten, dass ihre rechtliche Einschätzung sich nicht mehr ändern würde, könne objektiv kein unvoreingenommenes weiteres Vorgehen von diesen Mitarbeitern erwartet werden.

4.1.2. Die Vorinstanz bestreitet, dass die Äusserungen im Schreiben vom 28. Juni 2010 einen Ausstandsgrund begründen. Aus der Lektüre des gesamten Schreibens, des zitierten Entscheides und des zeitlichen Zusammenhangs erschliesse sich, dass die Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Vertrauensschutz zu verstehen seien (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 3 f.). Das fragliche Schreiben beziehe sich einzig auf die Frage, ob sich die Teilnehmer des Gesprächs mit Z._____ aufgrund von dessen Äusserungen auf eine allfällige Sanktionslosigkeit berufen könnten (vgl. Rz. 51 der angefochtenen Zwischenverfügung). Das Endergebnis des Verfahrens sei weder Thema des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2010, des Schreibens der Sekretariatsmitarbeiter vom 28. Juni 2010 noch von Ziff. 285 des Antrags gewesen, sondern die Frage, ob allenfalls erfolgte Zusicherungen eines (...) des Sekretariats einen Vertrauensschutz begründen und die Sanktionierung durch die WEKO

ausschliessen könnten.

Die Aussage der Sekretariatsmitarbeiter weise auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hin und beschränke sich weitgehend auf eine Wiedergabe der Rechtsprechung zum Vertrauensschutz, und zwar in einer vergleichbaren Situation, in welcher vorgebracht worden sei, ein (...) hätte in einem Gespräch Aussagen getätigt, welche eine Sanktionierbarkeit ausschliessen würden. Die Analyse des Satzes *"In Anbetracht dieser Umstände können Sie aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten"* führe zum Ergebnis, dass sich dieser einzig auf die Frage beziehe, ob der Verfahrensausgang von allfälligen Äusserungen des damaligen (...) anlässlich des Treffens vom 9. September 2008 beeinflusst werden könne. Der Satz sei unter Berücksichtigung des Sachzusammenhangs nicht zu beanstanden (vgl. Rz. 56 der angefochtenen Zwischenverfügung).

Entgegen der Beschwerdeführerin belege auch der Satz *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"* keine Befangenheit der Sekretariatsmitarbeiter. Zwar sei dieser Satz unglücklich formuliert. Zu beachten sei jedoch, dass der Satz nicht apodiktisch den Verfahrensausgang vorwegnehme, sondern die Sekretariatsmitarbeiter auch darin ihre Auffassung zum Ausdruck bringen würden, dass unabhängig vom genauen Inhalt des Gesprächs ein (...) die Sanktionierbarkeit gar nie ausschliessen könne, da die Sanktionskompetenz bei der WEKO liege (vgl. Rz. 58 der angefochtenen Zwischenverfügung).

Eine Aussage zur Frage des Vorliegens einer Selbstanzeige durch die Beschwerdeführerin resp. zur Frage, ob der Besprechung vom 9. September 2008 eine Bedeutung im Hinblick auf die Bonusregelung zukomme, könne aus dem Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht abgeleitet werden. Diese Frage sei erst im Ausstandsbegehren aufgeworfen worden und sei zuvor nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen. Aus diesem Grund hätten sich die Sekretariatsmitarbeiter in ihrem Schreiben gar nicht zu diesem Punkt äussern können (vgl. Rz. 60 der angefochtenen Zwischenverfügung, Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 4). Die WEKO werde die durch die Beschwerdeführerin aufgeworfenen diesbezüglichen Fragen sorgfältig zu prüfen haben. Für die

Sekretariatsmitarbeiter seien sie aber – im Gegensatz zur Frage des Vertrauensschutzes – nicht antizipierbar gewesen (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 4).

Dass die Sekretariatsmitarbeiter bezüglich der rechtlichen Beurteilung des Gesprächs vom 9. September 2008 hinsichtlich der Frage des Vertrauensschutzes eine klare Position vertreten hätten, sei nicht unzulässig, zumal ihre Schlussfolgerungen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgestützt würden. In den Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter könne daher nicht eine vorgefasste Meinung erblickt werden, welche auf eine fehlende innere Unabhängigkeit hindeuten würde. Der Hinweis im Schreiben vom 28. Juni 2010, dass sich die Untersuchung des Sekretariats auf die Zeitspanne zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 beschränke, während das Gespräch mit Z._____ im September 2008 stattgefunden habe, bedeute notwendigerweise, dass Z._____ mit Blick auf das in der Vergangenheit abgeschlossene Verhalten zwischen April 2004 und Januar 2008 keine Verhaltensempfehlungen mehr abgeben können. Z._____ hätte höchstens die Sanktionslosigkeit des Verfahrens zusichern können, wobei die Sekretariatsmitarbeiter die Möglichkeit einer solchen Zusicherung durch die Aufführung der Erwägung 7.4.5.4 des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 ausgeschlossen hätten (vgl. Rz. 64 der angefochtenen Zwischenverfügung). Abgesehen davon sei die WEKO bei ihrem Entscheid in der rechtlichen Würdigung des Treffens vom 9. September 2010 völlig frei (vgl. Rz. 65 der angefochtenen Zwischenverfügung).

4.1.3. Die zur Diskussion stehenden Äusserungen gehen zurück auf den Wunsch des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, vor dem Abfassen der angeforderten Stellungnahme zum Antrag vom 27. Mai 2010 Genaueres zu dem in Ziff. 285 des Antrags erwähnten Gespräch vom 9. September 2008 zwischen Z._____, Vertretern der ASCOPA sowie dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin (vgl. im Sachverhalt unter A.c und A.d) in Erfahrung zu bringen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ersuchte das Sekretariat deshalb mit Schreiben vom 25. Juni 2010 um Zustellung der vollständigen Akten betreffend dieser Beratung (vgl. im Sachverhalt unter A.f), worauf ihn das Sekretariat, handelnd durch X._____ und Y._____, mit Schreiben vom 28. Juni 2010 u.a. "*auf folgende Punkte aufmerksam*" machte (vgl. im Sachverhalt unter A.f):

- (1) "Erstens war der damalige Mitarbeiter in keiner Weise im vorliegenden Verfahren involviert".
- (2) "Weiter möchten wir Sie mit Nachdruck auf die im Antragsentwurf (Fn. 255) genannte Erwägung 7.4.5.4. des BVGE B-2977/2007 vom 27. April 2010 hinweisen."
- (3) "Schliesslich bitten wir Sie in Betracht zu ziehen, dass die unseres Erachtens unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antragsentwurf zwischen 1. April 2004 bis 31. Januar 2008 anzusiedeln sind (vgl. Rz. 307 des Antragsentwurfs), während die genannte "Beratung" im September 2008 stattgefunden hat."

"In Anbetracht dieser Umstände" könne der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten"*. Zudem bot das Sekretariat im genannten Schreiben an, *"in Betracht"* zu *"ziehen, ein Gespräch mit dem betreffenden damaligen Mitarbeiter zu arrangieren, anlässlich dessen Sie Fragen stellen könnten"*, sollte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein."* Dem folgte der Satz: *"Wir möchten Sie aber gleichzeitig darauf hinweisen, dass sich dadurch nichts an unserer rechtlichen Einschätzung ändern wird"* (vgl. im Sachverhalt unter A.f).

4.1.4. Die Argumentationsweise des Schreibens vom 28. Juni 2010 macht deutlich, dass die beiden Mitarbeiter des Sekretariats das Schreiben in der Annahme verfasst haben, es gehe dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bei seinen Nachforschungen zum Treffen vom 9. September 2008 mit Z. _____ darum, Argumente für eine allfällige Sanktionsbefreiung der Beschwerdeführerin gestützt auf den Vertrauensgrundsatz zu eruieren. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Sekretariatsmitarbeiter mit dem Schreiben vom 28. Juni 2010 einzig bezüglich der rechtlichen Beurteilung des Gesprächs vom 9. September 2008 hinsichtlich der Frage des Vertrauensschutzes eine klare Position geäussert haben:

Dies geht zum Einen aus dem – "mit Nachdruck" erfolgten – Hinweis des Schreibens auf das im Antrag (Fn. 255) erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 hervor, dessen Erwägung 7.4.5.4. unstrittig den Vertrauensschutz im Zusammenhang mit "Aussagen des zuständigen Abteilungsleiters des Sekretariats" zum Gegenstand hat. Zudem macht die Bemerkung im

Schreiben, dass die fragliche "Beratung" erst im September 2008 stattgefunden habe, während die angeblich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Antrag zwischen 1. April 2004 und 31. Januar 2008 anzusiedeln seien, einzig im Kontext des Vertrauensschutzes Sinn und nicht, um damit auch einer Sanktionsbefreiung bzw. Sanktionsreduktion aufgrund einer angeblichen Meldung des inkriminierten Verhaltens anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 entgegenzutreten. Die Formulierung des Schreibens vom 28. Juni 2010 zeigt insgesamt glaubwürdig, dass die beiden Sekretariatsmitarbeiter im damaligen Zeitpunkt schlicht (noch) nicht in Betracht gezogen haben, dass die Beschwerdeführerin die Besprechung vom 9. September 2008 nicht nur unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes heranzuziehen beabsichtigte, sondern die Motivation des Akteneinsichtsgesuchs vom 25. Juni 2010 offenbar auch darin bestanden hatte, sich gestützt auf den zu eruierenden Geschehensablauf auch auf die Bonusregelung zu berufen. Anders kann die – unmittelbar an die drei Hinweise folgende – Schlussfolgerung (*"In Anbetracht dieser Umstände"* könne der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin *"aus unserer Sicht keine rechtserheblichen Tatsachen aus den in Rz. 285 des Antragsentwurfs gemachten Ausführungen zu Gunsten Ihrer Klientin ableiten"*) nicht verstanden werden. Eine Aussage darüber, was die beiden Sekretariatsmitarbeiter von der (erst später im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 vorgebrachten) Argumentation halten, das Sekretariat habe bereits am 9. September 2008 Informationen über das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten erhalten, sowie zur daraus abgeleiteten Bedeutung dieses Treffens für eine Sanktionsbefreiung in Anwendung von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG, enthält das Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht. Die Beschwerdeführerin macht solches auch überhaupt nicht geltend. Im Gegenteil bemängelt sie selber ausdrücklich, dass die Bedeutung der Besprechung vom September 2008 für die Anwendbarkeit von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG im Schreiben vom 28. Juni 2010 unbeachtlich geblieben sei.

Wie die Beschwerdeführerin aus dem Schreiben vom 28. Juni 2010 unter diesen Umständen eine ausstandsrechtlich zu beanstandende vorgefasste Meinung von X._____ und Y._____ bezüglich der Bedeutung der Besprechung vom 9. September 2008 für die Anwendbarkeit der Bonusregelung herleiten will, ist nicht ersichtlich. Namentlich lässt es das Schreiben vom 28. Juni 2010 uneingeschränkt offen, welche weiteren Untersuchungsmassnahmen die beiden Sekretariatsmitarbeiter in Kenntnis entsprechender Vorbringen

durchführen würden. Eine Unwilligkeit, die genauen Umstände der Besprechung vom 9. September 2008 mit Bezug auf deren Bedeutung hinsichtlich der Bonusregelung abzuklären, lässt sich dem Schreiben vom 28. Juni 2010 nicht entnehmen. Dieses enthält keine Meinungsäußerung, gestützt auf welche objektiv zu befürchten wäre, X._____ oder Y._____ würden sich einer sachlichen Auseinandersetzung mit der zusätzlich denkbaren – aber eben damals weder vorgebrachten noch von Amtes wegen erkannten – Rüge einer Berufung auf die Bonusregelung im Zusammenhang mit dem Treffen vom 9. September 2008 verweigern. Eine solche Weigerung geht auch aus dem Hinweis nicht hervor, wonach sich die rechtliche Einschätzung der Sekretariatsmitarbeiter auch durch ein Gespräch mit Z._____ nicht ändern würde. Nach dem gesamten Wortlaut des Schreibens konnte sich auch diese Aussage einzig auf den Aspekt des Vertrauensschutzes bezogen haben.

4.1.5. Dass das Schreiben vom 28. Juni 2010 die Meinung zum Ausdruck bringt, dass die Beschwerdeführerin aus dem Aspekt des Vertrauensschutzes unabhängig von einer allfälligen Befragung von Z._____ zum Treffen vom 9. September 2008 nichts für sich würde ableiten können, ist aus ausstandsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Sekretariat machte damit klar, dass es die Frage des Vertrauensschutzes im noch zu verfassenden Antrag an die WEKO ohne Weiteres ohne zusätzliche Sachverhaltsabklärungen würde behandeln können. Einen allfälligen formellen Beweis Antrag der Beschwerdeführerin auf Befragung von Z._____ hielten die beiden Sekretariatsmitarbeiter für die Beurteilung dieses Aspekts für beweisuntauglich, dies u.a. gestützt auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dennoch boten sie Hand für eine entsprechende Befragung, sollte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin "*entgegen unseren Erwartungen gegenteiliger Ansicht sein.*" Dagegen ist nichts einzuwenden, hat eine Behörde doch in antizipierter Beweiswürdigung zu beurteilen, ob sie den rechtserheblichen Sachverhalt bereits für hinlänglich ermittelt hält. Von weiteren Beweisvorkehrungen dürfte auch abgesehen werden, wenn die Behörde aufgrund der bereits erhobenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und annehmen kann, dass diese durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG, Praxiskommentar, Zürich/Basel/ Genf 2009, Art. 33 N. 22).

4.1.6. Die genannten Äusserungen im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 vermögen damit bei objektiver Betrachtung keine Zweifel an der Unbefangenheit von X._____ und Y._____ zu begründen.

4.2. Weiter ist zu prüfen, ob mit der Medienmitteilung resp. dem Tagesschau-Interview vom 28. Mai 2010 (vgl. im Sachverhalt unter A.e) eine ausstandsrechtlich zu beanstandende, vorzeitig gebildete, feste Meinung über das Verfahrensergebnis zum Ausdruck gebracht wird.

4.2.1. Die Beschwerdeführerin vertritt diesen Standpunkt: Die Medienmitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 über die angebliche Feststellung von Preis- und Mengenabsprachen in der Kosmetikindustrie wie das von X._____ gleichentags gewährte Interview in der Tagesschau des schweizerischen Fernsehens zeigten deutlich, dass die verantwortlichen Mitarbeiter sich bereits ein abschliessendes Bild über den Fall gemacht hätten, bevor die betroffenen Parteien überhaupt angehört worden seien.

Die *Medienmitteilung* zeige dem mit der Materie nicht vertrauten Leser nicht auf, dass die betroffenen Unternehmen bis zu diesem Zeitpunkt keine Gelegenheit gehabt hätten, zu den Vorwürfen des Sekretariats Stellung zu nehmen. Die Medienmitteilung stigmatisiere die involvierten Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin, vielmehr in der Öffentlichkeit als Rechtsbrecher. Für die veröffentlichende Behörde sei es schwierig, im Nachhinein von der ursprünglich eingenommenen Position (Antrag von Bussen) wieder abzurücken, nachdem sie die Öffentlichkeit durch die Medienmitteilung orientiert habe, dass "sich die Anzeichen erhärtet (hätten), dass die involvierten Unternehmen durch den Austausch von Marktinformationen in die Lage versetzt wurden, die Preise aneinander anzupassen und ihre Marktanteile einzufrieren". Medienmitteilungen wie diejenige vom 28. Mai 2010 brächten das Sekretariat wie auch die WEKO in einen Zugzwang, selbst wenn der Inhalt der Medienmitteilung korrekt sei. Wenn das Sekretariat, handelnd durch X._____, seine Beurteilung mittels Medienmitteilung bereits veröffentliche, noch bevor die involvierten Parteien erstmals Gelegenheit gehabt hätten, zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen, ergebe sich objektiv der Anschein, dass X._____ an einer unvoreingenommenen und unparteilichen Prüfung der von den betroffenen Parteien einzuholenden Stellungnahmen gar nicht interessiert sei. Ansonsten würde er nicht das Risiko eingehen, in der Öffentlichkeit gegebenenfalls "zurückkriechen" zu müssen, und ebenso wenig würde er

die in die Untersuchung involvierten Parteien mit einer Medienmitteilung wie jener vom 28. Mai 2010 in der Öffentlichkeit als potentielle Rechtsbrecher stigmatisieren. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit mit Bezug auf die Erstellung eines Entwurfs eines Antrags des Sekretariats an die WEKO bestehe nicht.

Im *Interview in der Tagesschau* vom 28. Mai 2010 habe X._____ auf den Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern verwiesen, der nach seiner Auffassung einer unerlaubten Preis- und Mengenabsprache gleich komme. X._____ habe in der fraglichen Tagesschau selbst das unmissverständliche Statement abgegeben, dass das Sekretariat gestützt auf eine Selbstanzeige einen Informationsaustausch festgestellt habe, der als rechtswidrige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sei. X._____ habe nicht darauf hingewiesen, dass der Antrag von Bussen lediglich ein vorläufiges Ergebnis in einer weiter andauernden Untersuchung war, und dass der Entscheid der WEKO über die Sanktion noch ausstand. Die Stellungnahme von X._____ vermittle den Eindruck, dass die Abklärungen des Sekretariats ein eindeutiges Ergebnis gezeigt hätten. Selbst falls das Schweizer Fernsehen die Aussage von X._____ zusammengeschnitten haben sollte, bleibe dieser für den damit verursachten Eindruck verantwortlich. Es liege an der Behörde, dafür zu sorgen, dass ihre Stellungnahmen in den öffentlichen Medien ohne Verzerrung wiedergegeben würden. Die Stellungnahme von X._____ in der Tagesschau erhöhe den faktischen Druck, die einmal eingenommene Beurteilung des Sachverhalts nicht zu ändern und führe beim unbefangenen Zuschauer den Eindruck herbei, dass tatsächlich ein Kartellrechtsverstoss vorgelegen habe. Mit seiner unmissverständlichen Stellungnahme bekräftige X._____ den Eindruck, dass er im laufenden Verfahren nicht bereit sei, neue entlastende Sachverhaltselemente für das weitere Verfahren angemessen in Betracht zu ziehen.

Demgegenüber ist die Vorinstanz der Auffassung, weder aus der Pressemitteilung noch dem Interview in der Tagesschau seien Umstände ableitbar, die nach objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten (vgl. im Einzelnen Rz. 76 ff. der angefochtenen Zwischenverfügung, Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 5 f.).

4.2.2. Die Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 hat folgenden Wortlaut (vgl. Beschwerde Beilage 3 bzw. im Internet abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Medieninformationen):

"Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche

Bern, 28.05.2010 - Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat nach Abschluss der Untersuchung des Luxus-Parfümerie- und Kosmetikmarktes den involvierten Unternehmen seinen Antrag zur Stellungnahme zugestellt. Das Sekretariat beantragt bei der Wettbewerbskommission (WEKO) einen Verstoss gegen das Kartellgesetz festzustellen und die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu büssen.

Das Sekretariat hat im Dezember 2008 eine Untersuchung gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) und seine Mitglieder eröffnet. Mitglieder dieses Verbandes sind u.a. die Chanel Genève SA, Clarins SA, L'Oréal Produits de Luxe Suisse SA, Parfums Christian Dior AG sowie YSL Beauté.

Im Laufe der Untersuchung haben sich die Anzeichen erhärtet, dass die involvierten Unternehmen durch den Austausch von Marktinformationen in die Lage versetzt wurden, die Preise aneinander anzupassen und ihre Marktanteile einzufrieren.

Das Sekretariat beurteilt die Verhaltensweisen der Unternehmen als unzulässige Preis- und Mengenabsprachen. Es beantragt aus diesem Grund bei der WEKO einen Verstoss gegen das Kartellgesetz festzustellen und eine Sanktionierung der Verfahrensadressaten. Die beantragten Bussbeträge werden ausgehend von den Unternehmensumsätzen und der Schwere der Kartellrechtsverstösse berechnet und reichen von rund 17'000 bis 25,5 Millionen Franken. Die involvierten Unternehmen können nun zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Nach Eingang der Stellungnahme und allfälligen Anhörungen wird die WEKO ihren Entscheid fällen."

4.2.3. Der umstrittene Beitrag in der Tagesschau vom 28. Mai 2010 um 19.30 Uhr wird von der Tagesschau Moderatorin mit dem Hinweis eingeleitet, dass es im Schweizer Luxus-, Parfümerie- und Kosmetikmarkt nicht mit rechten Dingen zu- und hergehen soll. Laut einer Untersuchung des Sekretariates der Wettbewerbskommission hätten Unternehmen unzulässig Preise und Mengen untereinander abgesprochen. Ihnen drohe nun eine Busse. Im darauf folgenden Bildbeitrag wechseln sich (mit Symbolbildern hinterlegte) Kommentare seitens der Tagesschau mit eingespielten Äusserungen von X._____ wie folgt ab (der insgesamt 1 Minute und 36 Sekunden dauernde Beitrag ist im Internet abrufbar unter:

<http://videoportal.sf.tv/video?id=f253c530-9bef-4328-81ff-ea23738c913c>,
letztmals besucht am 6. Juni 2011):

Kommentar Tagesschau:

"Und diese Busse könnte je nach Marktanteil am Geschäft mit Duftstoffen und Schönheitsprodukten bis über 25 Mio. Franken betragen, denn die Vorwürfe wiegen schwer."

Äusserung X. _____ (...):

"Wir haben in der Parfümerie- und Kosmetikbranche, d.h. dort, wo es um die Luxusartikel geht, (...) einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen festgestellt, den wir als unzulässige Abrede qualifizieren."

Kommentar Tagesschau:

"Wegen diesem Informationsaustausch gibt es in der Branche kaum Wettbewerb."

Äusserung X. _____ :

"Die möglichen Folgen, die wir festgestellt haben, sind, dass die Preise sehr einheitlich geblieben sind über die Jahre, und dass sich auch die Marktanteile der Unternehmen praktisch nicht verändert haben."

Kommentar Tagesschau:

"Seit über einem Jahr ermitteln die Wettbewerbshüter gegen den Branchenverband ASCOPA, seit sie jemand über die Missstände aufmerksam gemacht hat."

Äusserung X. _____ :

"Wir haben von einem der beteiligten Unternehmen (...) eine sogenannte Selbstanzeige erhalten, also dieses Unternehmen hat uns sehr umfangreiches Material zur Verfügung gestellt, das diesen Informationsaustausch der Unternehmen innerhalb ihres Branchenverbandes belegt."

Kommentar Tagesschau:

"Der Branchenverband will sich zu den Vorwürfen nicht äussern. Man werde jetzt das weitere Vorgehen mit den Anwälten besprechen und gegenüber der Wettbewerbskommission eine Stellungnahme ausarbeiten."

4.2.4. Äussert sich eine Behörde in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren, muss sie sich generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Sie darf das Verfahren nicht als bereits entschieden erscheinen lassen. Auch sollten in ihren Äusserungen nicht Sympathien und Antipathien gegenüber einer Verfahrenspartei zum Ausdruck kommen. Einen Grund für die Ausstandspflicht einer Person können auch polemische Äusserungen darstellen. Bei objektiven, sachlichen und fairen Äusserungen besteht demgegenüber grundsätzlich kein Grund, die

Unbefangenheit des Behördenmitglieds anzuzweifeln (vgl. zum Ganzen: SCHINDLER, a.a.O., S. 129 f., mit Hinweisen; sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2775/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 3.1.2.2).

4.2.5. Hinsichtlich der Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 ist festzuhalten, dass bereits ihr Titel klarstellt, dass es sich um eine bloss *Beantragung* von Bussen durch das Sekretariat handelt, ein verbindlicher Entscheid hierüber mithin noch nicht vorliegen kann. Der zusammenfassende erste Abschnitt verdeutlicht dies mit den Worten, dass das Sekretariat den involvierten Unternehmen "seinen Antrag zur Stellungnahme zugestellt" habe, wobei das Sekretariat bei der WEKO *beantrage*, einen Verstoss gegen das Kartellgesetz festzustellen und die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu büssen. Zudem wird im letzten Abschnitt der Medienmitteilung – in Übereinstimmung mit der Darstellung im Antrag vom 27. Mai 2010 – erwähnt, dass das Sekretariat die Verhaltensweisen der Unternehmen als unzulässige Preis- und Mengenabsprachen beurteilt, worauf klargestellt wird, dass das Sekretariat deshalb bei der WEKO die Feststellung eines Verstosses gegen das Kartellgesetz und eine Sanktionierung der Verfahrensadressaten *beantrage*. Weiter hält die Medienmitteilung in den beiden letzten Sätzen ausdrücklich fest, die involvierten Unternehmen würden nun zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, worauf die WEKO – nach allfälligen Anhörungen – ihren Entscheid fällen werde. Damit betont die Vorinstanz zu Recht, dass aus dem Text der Medienmitteilung hervorgeht, dass es sich beim Antrag nicht um den Entscheid handelt und auch der verfahrensabschliessende Entscheid der WEKO noch nicht gefällt worden ist. Von einer Vorverurteilung oder Stigmatisierung der involvierten Unternehmen als Rechtsbrecher kann insofern nicht gesprochen werden.

Als unglücklich oder gar irreführend ist hingegen die Wortwahl im fettgedruckten ersten Abschnitt der Medienmitteilung zu bezeichnen, wonach das Sekretariat den involvierten Unternehmen seinen Antrag "*nach Abschluss der Untersuchung*" zur Stellungnahme zugestellt habe. Wie die Medienmitteilung insgesamt erweckt diese Formulierung (zumindest) in der nicht fachkundigen Öffentlichkeit den Eindruck, dass das Sekretariat im Zeitpunkt der öffentlich bekanntgegebenen Antragstellung an die WEKO bereits sämtliche in seiner Kompetenz stehenden Untersuchungshandlungen abgeschlossen hatte, und dass die Verfahrensherrschaft mit der Antragstellung zum Abschluss des

Erkenntnisprozesses und zur Entscheidung an die WEKO übertragen worden war. Tatsächlich war aber offenbar (praxisgemäss) vorgesehen, dass vorab weiterhin das *Sekretariat* den Eingang der diversen Stellungnahmen der beteiligten Unternehmen abwarten und der weitere Verfahrensverlauf erst nach dem Studium der darin vorgebrachten Standpunkte festgelegt würde. Es galt namentlich die Frage einer allfälligen Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens vor dem Sekretariat zu prüfen, inklusive Art und Umfang einer allfälligen Überarbeitung des vorliegenden Antrags und damit verbundene Auswirkungen auf den Gehörsanspruch nach Art. 30 Abs. 2 KG (vgl. dazu: Beschwerdeentscheid REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.4 [...], vom Bundesgericht mit Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 7 bestätigt; Beschwerdeentscheid REKO/WEF 01/FB-004 vom 17. September 2002 E. 3.2 f. [...]; Beschwerdeentscheid REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 4.1f. [...]). Entsprechend teilte das Sekretariat dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der Folge mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 – abweichend von der insofern zu abschliessenden Umschreibung des Stands der Untersuchung vor dem Sekretariat in der Medienmitteilung – mit, dass zuerst "*vom Sekretariat zusätzliche Untersuchungshandlungen durchgeführt*" würden, bevor der Beschwerdeführerin eine überarbeitete zweite Version des Antrags vom 27. Mai 2010 zur erneuten Stellungnahme zugesandt werde. Erst nach Eingang der zweiten Stellungnahme der Beschwerdeführerin werde der "*gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag des Sekretariats*" der WEKO zum Entscheid vorgelegt (vgl. Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2010 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin betr. Information über Verfahrensfortgang, Beschwerde Beilage 2).

Mit Bezug auf die – letztlich aus diesem Widerspruch abgeleitete – Argumentation der Beschwerdeführerin, Medienmitteilungen wie diejenige vom 28. Mai 2010 würden es den Sekretariatsmitarbeitern erschweren "zurückzukrebsen" bzw. brächten das Sekretariat wie auch die WEKO unter einen Zugzwang, verweist die Vorinstanz jedoch zutreffend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Ausstandspflicht von Untersuchungsrichtern wegen vorverurteilender Äusserungen im Strafuntersuchungsverfahren, welche umso mehr für die Sekretariatsmitarbeiter gelten müsse (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c). Das Bundesgericht hat im angesprochenen Urteil erwogen, dass sich in Fällen mit grosser Publizität in jedem Untersuchungsstadium die Situation ergeben kann, dass der Untersuchungsrichter bereits vor Abschluss des Verfahrens in rechtlicher

und tatsächlicher Hinsicht zum Gegenstand der Untersuchung Stellung nimmt und dabei unter Umständen auch seine persönliche – auf Grund des jeweiligen Verfahrensstandes vorläufig gebildete – Meinung offen legt. Dabei dürfe und müsse, sofern nicht besondere, anders lautende Anzeichen vorhanden seien, vorausgesetzt werden, dass der Untersuchungsrichter in der Lage sei, seine Beurteilung des Prozessstoffes im Verlaufe des Verfahrens entsprechend dem jeweils neuesten Stand des Verfahrens ständig neu zu überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren. Eine solche, jeder untersuchungsrichterlichen Tätigkeit innewohnende – vorläufige – Verarbeitung und Wertung des im betreffenden Verfahrensstadium vorhandenen Prozessstoffes vermöge grundsätzlich keine Vorverurteilung oder Befangenheit zu begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c; bestätigt in BGE 127 I 196 E. 2d S. 199 ff., vgl. auch den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2009.25-28 vom 20. Mai 2009 E.2.2 ff., wo der Anschein einer Befangenheit der Leiterin des Rechtsdienstes des Eidgenössischen Finanzdepartements aufgrund der konkreten Umstände bejaht wurde, dies namentlich, weil der Inhalt jener Äusserung gegenüber der Öffentlichkeit den Abschluss des verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrens [Schuldspruch bzw. Bestrafung der Angeschuldigten] eindeutig vorweggenommen hatte). Die Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 beschränkt sich, abgesehen vom erwähnten voreiligen Hinweis auf den Abschluss der Untersuchung vor dem Sekretariat, auf die sachliche Wiedergabe der relevanten Informationen, ohne dass "anders lautende Anzeichen" im Sinne dieser Rechtsprechung auszumachen sind. Wie von einem Untersuchungsrichter oder einer Justizbeamtin in einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren (vgl. die vorstehend zitierten Entscheide) kann auch von den für die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung verantwortlichen Sekretariatsmitarbeitern erwartet werden, dass sie trotz der Information der Öffentlichkeit über den (vorliegend nur *grundsätzlichen*) Abschluss der Untersuchungshandlungen weiterhin in der Lage sind, die bisherige Einschätzung gestützt auf die angeforderten Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten gegebenenfalls nach sachlichen Gesichtspunkten zu ergänzen resp. beim Bekanntwerden neuer Tatsachen und Argumente zu überprüfen und unter Umständen zu revidieren. Aus dem Umstand, dass die Medienmitteilung vorliegend gegen aussen nicht zu erkennen gibt, dass das Sekretariat in Betracht zog, gegebenenfalls zusätzliche Untersuchungshandlungen durchzuführen und den beteiligten Unternehmen eine überarbeitete zweite Version des Antrags vom 27. Mai 2010 zur erneuten

Stellungnahme zuzustellen, bevor der gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag der WEKO zum Entscheid vorgelegt wird, kann den mit dem Fall betrauten Mitarbeitern des Sekretariats nicht vorgehalten werden, sie seien an einer unvoreingenommenen Prüfung der im Rahmen der einverlangten Stellungnahmen eingehenden Argumente nicht mehr interessiert. Dass die Öffentlichkeit bereits im gegebenen Zeitpunkt und nicht erst im Wissen um den Abschluss sämtlicher Untersuchungshandlungen im Untersuchungsverfahren vor dem Sekretariat bzw. nach Vorliegen der Schlussfassung des Antrags informiert wurde, mag fragwürdig sein, lag – angesichts des zweifellos gegebenen Informationsinteresses der Öffentlichkeit und der bereits mehr als einjährigen Untersuchungstätigkeit – aber noch im Ermessen des Sekretariats (vgl. Art. 49 Abs. 1 KG). Das Sekretariat bzw. die WEKO ist aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken.

4.2.6. Im Beitrag der Tagesschau vom 28. Mai 2010 fehlt im Gegensatz zur Medienmitteilung vom selben Datum ein *expliziter* Hinweis, dass es sich erst um die *Beantragung* von Bussen durch das Sekretariat handelte, die involvierten Unternehmen Stellung nehmen können und letztlich die WEKO ihren Entscheid fällen werde. Der Beitrag stellt aber gleichwohl klar, dass den beteiligten Unternehmen eine Busse derzeit nur *droht* (vgl. die überleitenden Worte der Moderatorin, vorstehend E. 4.2.3). Zudem zeigt der erste – im Konjunktiv formulierte – Kommentar des Bildbeitrages, wonach diese Busse bis über 25 Mio. Franken betragen *könnte* (vgl. vorstehend E. 4.2.3), dass noch keine Entscheid über die schwer wiegenden Vorwürfe vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass X. _____ im ausgestrahlten Interview im Wesentlichen einzig das provisorische Ergebnis der vom Sekretariat seit der Selbstanzeige durchgeführten Untersuchung zusammenfasste, ohne selber den weiteren Ablauf des kartellrechtlichen Verfahrens zu erläutern. Unabhängig davon – und der offenen Frage, ob X. _____ gegenüber dem Fernsehen allenfalls Ausführungen zum weiteren Verfahrensablauf gemacht hat, diese in den ausgestrahlten Beitrag aber keinen Eingang gefunden haben – geht auch aus dem Tagesschaubeitrag insgesamt deutlich hervor, dass eine verfahrensabschliessende Entscheid über die Vorwürfe des Sekretariats und die dafür drohenden Bussen noch zu fällen ist. Darauf deutet auch der Hinweis der Kommentatorin am Schluss des Beitrags, aus welchem hervorgeht, dass der betroffene Branchenverband gegenüber der WEKO als nächsten Schritt eine

Stellungnahme ausarbeiten wird. Die Ausführungen von X._____ gegenüber der Tagesschau sind im Übrigen als sachlich und auf das Wesentliche beschränkt zu werten, sodass mit der Vorinstanz im Ergebnis nicht ersichtlich ist, inwiefern daraus der Anschein einer Befangenheit abgeleitet werden könnte.

Eine unzulässige Vorverurteilung der Beschwerdeführerin kann auch den Aussagen von X._____ in der Tagesschau vom 28. Mai 2010 nicht entnommen werden. Die Grenzen der Informationsaufgabe des Sekretariats wurden ohne Weiteres eingehalten.

4.2.7. Der Standpunkt der Beschwerdeführerin, die Medienmitteilung resp. das Tagesschau-Interview vom 28. Mai 2010 brächten eine ausstandsrechtlich zu beanstandende, vorzeitig gebildete Meinung über das Verfahrensergebnis zum Ausdruck, erweist sich damit als unbegründet.

4.3.

4.3.1. Die Beschwerdeführerin leitet eine vorzeitig gebildete, feste Meinung der Verfasser des Antrags vom 27. Mai 2010 über das Verfahrensergebnis weiter daraus ab, dass die Beschreibung der Besprechung vom 9. September 2008 in der als act. 82 im Recht liegenden Telefonnotiz von Y._____ vom 6. Februar 2009 (vgl. im Sachverhalt unter A.c) nicht der harschen Beschreibung in Ziff. 285 des Antrags entspreche. So werde in Ziff. 285 des Antrags ausgeführt, "dieser" (d.h. Z._____) "wies klar darauf hin, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei". Act. 82 spreche nun aber nicht davon, dass Z._____ anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 klar darauf hingewiesen hätte, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei. Laut der fraglichen Telefonnotiz soll Z._____ lediglich sinngemäss ausgeführt haben, der Informationsaustausch in der vorliegenden Form sei "kartellrechtlich problematisch". Mit der unbegründet verschärften Formulierung in Ziff. 285 des Antrags ("klarer" Hinweis auf mangelnde Gesetzeskonformität) würden die Verfasser des Antrags objektiv den Eindruck erwecken, dass sie den Sachverhalt nicht nach belastenden *und* entlastenden Elementen untersucht, sondern ein Interesse an einer belastenden Darstellung des Sachverhalts gehabt hätten. Entgegen der Vorinstanz (vgl. Rz. 74 der angefochtenen Zwischenverfügung) könne nicht ohne Weiteres von einer Bagatelle gesprochen werden, zeige die verwendete Ausdrucksweise

doch an, mit welcher voreingenommenen Haltung die verantwortlichen Mitarbeiter die Untersuchung führen würden. Die Autoren des Antrags zeigten mit der – ohne objektive Begründung vorgenommenen – Verschärfung einer (den Parteien ursprünglich nicht bekannten) Informationsquelle auf, dass es ihnen darum gehe, den Sachverhalt in einer die Parteien belastenden Art darzustellen. Die tendenziöse Formulierung sei ein Einzelteil des Gesamtbildes, das den objektiven Anschein von Befangenheit zeige.

Zudem sei bemerkenswert, dass aus den von der Beschwerdeführerin eingesehenen Akten des Sekretariats nicht hervorgehe, aus welcher Quelle die Verfasser von Ziff. 285 des Antrags die (richtige) Information über die Präsenz von "einem Mitglied des Komitees" (Q._____) an der Besprechung vom 9. September 2008 mit Z._____ gehabt hätten. Es würden offensichtlich weitere, nicht offengelegte Erkenntnisquellen bestehen. Diese Tatsache erwecke objektiv die Vermutung, dass die verantwortlichen Sekretariatsmitarbeiter den Sachverhalt nicht unbefangen und unparteiisch aufgearbeitet hätten, nachdem bereits act. 82 erst durch Nachfragen und durch Zufall als relevant für den Sachverhalt gemäss Ziff. 285 erkannt worden sei.

4.3.2. Die Vorinstanz weist den zuletzt genannten Vorwurf ebenso zurück wie jenen, dass Ziff. 285 des Antrags eine "ohne objektive Begründung vorgenommene Verschärfung einer (den Parteien ursprünglich nicht bekannten) Informationsquelle" enthalte, welche aufzeigen würde, dass es den Autoren darum gegangen sei, "den Sachverhalt in einer die Parteien belastenden Art darzustellen". Alle in Ziff. 285f. des Antrags wiedergegebenen Informationen fänden sich in den Akten. Ebenso wenig erscheine es von der Wortwahl her als tendenziös, wenn im Antrag von einem "klaren" Hinweis gesprochen werde (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 2f.).

4.3.3. Was zunächst den Vorwurf des Bestehens weiterer angeblich nicht offengelegter Erkenntnisquellen im Zusammenhang mit der Teilnahme von Q._____ am Treffen vom 9. September 2008 betrifft, verweist die Vorinstanz auf ein an Z._____ gerichtetes Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA (vgl. act. 171, Beilage 6; eingereicht als Beilage 9 zur Vernehmlassung). Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, gehen die Teilnehmer des fraglichen Treffens einschliesslich der Präsenz des betreffenden "Mitglieds des Komitees" aus diesem Schreiben hervor. Zwar wird das Schreiben in den Fussnoten zu Ziff. 285

des Antrags nicht zitiert. Das Schreiben war der Beschwerdeführerin – welche im Ausstandsgesuch vom 16. Juli 2010 ausdrücklich darauf Bezug nahm und es diesem als Beweismittel beilegte (vgl. Beilage 5 zur Vernehmlassung, Beilage 3) – aber bekannt und ihr auch im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich. Worin die Beschwerdeführerin eine Nichtoffenlegung oder Verheimlichung von Erkenntnisquellen erblickt, ist somit nicht ersichtlich. Ein Indiz für eine Befangenheit ergibt sich in diesem Zusammenhang nicht.

4.3.4. Hinsichtlich des Vorwurfs, eine vorzeitig gebildete feste Meinung über das Verfahrensergebnis komme darin zum Ausdruck, dass Ziff. 285 des Antrags das Treffen vom 9. September 2008 unnötig verschärft beschreibe, trifft die Darstellung der Beschwerdeführerin insoweit zu, als die Formulierung in Ziff. 285 im direkten Vergleich zu jener in act. 82 zweifellos eine gewisse Verschärfung darstellt ("wies klar darauf hin, dass der vorgenommene Informationsaustausch nicht gesetzeskonform sei" gegenüber "sagte sinngemäss, der Informationsaustausch in der vorliegenden Form sei kartellrechtlich problematisch"). Die Vorinstanz vermag die Bedeutung der fraglichen Telefonnotiz (act. 82) für die Wortwahl in Ziff. 285 aber überzeugend zu relativieren, indem sie sich auf den weiteren Wortlaut des vorstehend erwähnten Schreibens der Verbandssekretärin von ASCOPA beruft (vgl. a.a.O., E. 4.3.3; Vernehmlassung S. 2f.):

Dieser Wortlaut zeigt, dass die Vertreter der ASCOPA aus dem Treffen vom 9. September 2008 mit Z._____ namentlich das Fazit gezogen haben, dass keinerlei Preisinformationen ausgetauscht werden dürfen ("[...]"). Vergleichbares hält das in Fussnote 256 des Antrags zitierte und "Suite à ma visite au service de la concurrence et des prix à Berne" verfasste E-Mail des Verbandspräsidenten an die Mitglieder vom 19. September 2008 fest (u.a.: " [...]", vgl. act. 63, eingereicht als Beilage 7 zur Vernehmlassung). Es ist naheliegend und aus ausstandsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass die Verfasser des Antrags in Ziff. 285 gestützt auf diese eigenen Angaben des betroffenen Verbandes (und weniger aufgrund der Telefonnotiz von Y._____ [act. 82]) zum Schluss gekommen sind, dass Z._____ beim Treffen vom 9. September 2008 unmissverständlich bzw. "klar" auf die fehlende Gesetzeskonformität des Informationsaustauschs hingewiesen haben musste. Mit dem Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA findet die von der Beschwerdeführerin gerügte "Verschärfung" gegenüber der vorsichtigeren Formulierung in der Telefonnotiz von Y._____ (act. 82) durchaus eine, auf die Akten gestützte, sachliche Begründung. Eine

Veranlassung zu befürchten, den Sekretariatsmitarbeitern sei es bei der Wortwahl von Ziff. 285 darum gegangen, den Sachverhalt tendenziös oder in einer belastenden Art darzustellen, besteht unter den gegebenen Umständen nicht. Entgegen der Beschwerdeführerin deutet auch im vorliegenden Zusammenhang nichts auf eine voreingenommene Haltung resp. eine vorzeitig gebildete feste Meinung von X._____ oder von Y._____ über das Verfahrensergebnis.

Zu beachten ist insbesondere, dass der Antrag den angeblichen Hinweis von Z._____ auf die fehlende Gesetzeskonformität des Informationsaustauschs im Abschnitt über die "Vorwerfbarkeit" erwähnt. In diesem geht es einzig darum (u.a. mit Hinweis auf die frühen Bemühungen des Branchenverbandes zur Klärung der Legalität des Informationsaustausches) auszuführen, ob den beteiligten Unternehmen ein objektiver Sorgfaltsmangel anzulasten ist, und die Vorwerfbarkeit des – bereits in den früheren Kapiteln des Antrags als erstellt erachteten – Kartellrechtsverstosses somit als gegeben zu erachten ist (vgl. in diesem Sinne Ziff. 282f. und 287 des Antrags). Die Beschwerdeführerin geht daher auch fehl, wenn sie im Umstand, dass in Ziff. 285 keine weitere Auseinandersetzung mit entlastenden Erwägungen aus der Besprechung vom 9. September 2008 erfolgt, ein Indiz für eine voreingenommene Haltung der Autoren des Antrags erblickt.

4.4. Somit erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die beiden betroffenen Sekretariatsangehörigen hätten aufgrund einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis in den Ausstand zu treten, insgesamt als unbegründet.

5.

Die Beschwerdeführerin leitet den Anschein einer Befangenheit gegenüber X._____ und Y._____ weiter sinngemäss aus einer angeblich übermässigen Häufung von Verfahrensfehlern bzw. Fehlentscheiden in der Sache ab.

5.1. Dabei beruft sich die Beschwerdeführerin einerseits auf "irritierende und erhebliche Irregularitäten" im Zusammenhang mit der Telefonnotiz, welche Y._____ nach seinem Telefonat vom 6. Februar 2009 mit Z._____ betreffend dem Treffen vom 9. September 2008 verfasste, und welche als act. 82 Eingang in die Akten gefunden hat (vgl. im Sachverhalt unter A.c). So hätten die zuständigen Mitarbeiter des Sekretariats die Existenz von Akten betreffend die Besprechung vom 9. September 2008 zuerst wahrheitswidrig verneint. Ihre Behauptung im Schreiben vom

28. Juni 2010, bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags genannten Besprechung würde das Sekretariat über keinerlei weitere Akten verfügen (vgl. im Sachverhalt unter A.f), habe sich als Falschangabe herausgestellt. Erst nach Insistieren und durch Zufall sei die Beschwerdeführerin darauf gekommen, dass act. 82 in der Tat eine Beschreibung der fraglichen Besprechung enthalte. Dabei sei act. 82 zunächst als "nicht einsehbar" qualifiziert und den Parteien ohne Rechtsgrundlage vorenthalten worden. Einsicht in das Aktenstück habe erst genommen werden können, nachdem dessen Inhalt zunächst nur rudimentär zusammengefasst worden sei. Die Tatsache, dass Zugang zu den fraglichen Akten gewährt worden sei, belege auch, dass das Sekretariat einen solchen Zugang früher zu Unrecht verweigert habe. Zudem sei act. 82 als einziges Dokument, welches inhaltlich über die Besprechung am 9. September 2008 etwas aussage, von den verantwortlichen Mitarbeitern des Sekretariats im Aktenverzeichnis inhaltlich falsch als "*Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA*" beschrieben worden, so dass objektiv nicht der Eindruck entstehe, dass sich dieses Dokument auf die Besprechung des damaligen Geschäftsführers der Beschwerdeführerin mit Z. _____ vom 9. September 2008 bezieht. Hätte die Beschwerdeführerin nicht zufällig auf Akteneinsicht in die als "nicht einsehbar" qualifizierten Akten des Sekretariats beharrt, wäre die für das Treffen vom 9. September 2008 wesentliche Telefonnotiz (act. 82) wegen der Falschbezeichnung im Aktenverzeichnis untergegangen. Die irregulären Umstände bis zur Offenlegung von act. 82 würden objektiv das Misstrauen verstärken, dass die zuständigen Sachbearbeiter beim Sekretariat ihrer Aufgabe einer unparteiischen Abklärung des Sachverhaltes nicht nachkommen würden. Bei unvoreingenommener Haltung der verantwortlichen Mitarbeiter des Sekretariats wäre zumindest eine Auseinandersetzung im Detail mit act. 82 im Antrag zu erwarten gewesen. Die Beschreibung der Besprechung vom 9. September 2008 mit Z. _____ in Ziff. 285 des Antrags erwecke den Eindruck, dass die Autoren diese Besprechung als belastendes Sachverhaltselement verwendet hätten. Die sach- und rechtskundigen Mitarbeiter des Sekretariats hätten erkennen und berücksichtigen müssen, dass die Besprechung vom 9. September 2008 mit Z. _____ gerade auch entlastend würde wirken können (namentlich im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG). Es entstehe objektiv der Eindruck, dass Tatsachen, welche der Sanktionierung der Beschwerdeführerin im Weg stehen, nur oberflächlich und einseitig wiedergegeben würden. Es handle sich um viele einzelne Irregularitäten, die wiederum zum Gesamtbild beitragen, welches objektiv

den Anschein von Befangenheit erwecke. Von einem singulären Fehlverhalten im Zusammenhang mit act. 82 könne nicht die Rede sein.

Andererseits werde der Anschein der Befangenheit durch offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen im Antrag bestätigt. Verschiedene der dortigen Sachverhaltsfeststellungen würden einer genauen Überprüfung der Akten nicht standhalten (so: [...]). Sachverhaltsfeststellungen dieser Art vermittelten objektiv den Eindruck, dass die verantwortlichen Personen den Sachverhalt nicht unvoreingenommen abklären würden. Eine Behörde, die bei der Wiedergabe des von ihr angeblich festgestellten Sachverhaltes wie vorliegend krass falsche tatsächliche Feststellungen mache, erwecke nicht den Anschein, objektiv unparteiisch und unvoreingenommen zu sein.

5.2. Die Vorinstanz entgegnet zusammenfassend, dass keine objektiven Elemente für eine *absichtliche* vorübergehende Unterdrückung von act. 82 sprechen würden. Es sei vielmehr von einem *Fehler* auszugehen. Dafür spreche neben den Aussagen der Sekretariatsmitarbeiter insbesondere auch der Umstand, dass die Bezeichnung des Aktenstücks im Aktenverzeichnis fehlerhaft gewesen sei, so dass glaubhaft erscheine, dass dieses Aktenstück anlässlich der Aufforderung der Beschwerdeführerin, alle Aktenstücke im Zusammenhang mit dem Treffen vom 9. September 2008 herauszugeben, übersehen worden sei. Es liege vorliegend kein krasser und wiederholter Irrtum im Sinne der Rechtsprechung vor, in dem zugleich eine schwere Amtspflichtverletzung zu erblicken sei. Zunächst stehe fest, dass der Fehler keine Konsequenzen gehabt habe, da er durch die Sekretariatsmitarbeiter selbst korrigiert worden sei. Von einem schwerwiegenden Verfahrensfehler könne jedenfalls nicht gesprochen werden. Zudem liege kein systematisches oder wiederholtes Zurückhalten von relevanten Dokumenten vor (vgl. angefochtene Zwischenverfügung Rz. 39 ff.). Weiter bringt die Vorinstanz mit Hinweis auf das bereits mehrfach erwähnte Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA (vgl. a.a.O., E. 4.3.3, E. 4.3.4) vor, dass den von der Beschwerdeführerin behaupteten Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit act. 82 nicht die vorgebrachte Bedeutung zukommen könne. Die nicht sofortige Offenlegung der internen Telefonnotiz von act. 82, welcher kein über die anderen Akten hausausgehender Informationsgehalt zukomme, vermöge keinen objektiven Anhaltspunkt für die Befangenheit der betroffenen

Sekretariatsmitarbeiter zu begründen. In jedem Fall habe die Beschwerdeführerin aus den behaupteten Unregelmässigkeiten keinen Rechtsnachteil erfahren, sei die Offenlegung am 6. August 2010 doch früh genug erfolgt, damit sich die Beschwerdeführerin bis zum 10. September 2010 im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag dazu habe äussern können (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 3).

Was das Vorbringen der Beschwerdeführerin betrifft, die verantwortlichen Sekretariatsmitarbeiter hätten im Antrag die [...] sowie die [...] offensichtlich unrichtig dargestellt, hält die Vorinstanz zusammenfassend dafür, dass die materielle Würdigung des Sachverhaltes durch die Sekretariatsmitarbeiter im Antrag nicht geeignet sei, zu deren Ausstand zu führen. Das Ausstandsverfahren sei nicht dazu konzipiert, materielle Divergenzen zu klären. Diesem Zweck diene zunächst die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Untersuchungsverfahren (Art. 27 KG) bzw. Entscheidungsverfahren vor der WEKO (Art. 30 Abs. 2 KG) und anschliessend der ordentliche Rechtsmittelweg. Durch dessen ausdrückliche Bezeichnung als "*Antragsentwurf*" sei die Sachverhaltswürdigung in diesem als noch nicht definitiv deklariert worden. Die Parteien hätten nun die Gelegenheit gehabt, Stellungnahmen einzureichen, welche das Sekretariat und die WEKO berücksichtigen würden. Es erscheine nicht angezeigt, derartige komplexe Sachverhalts- und Würdigungsfragen im vorliegenden Ausstandsverfahren auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Es sei vielmehr noch die ausstehende Aufgabe der WEKO, die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien und des Sekretariates zu würdigen und einem anfechtbaren Entscheid zuzuführen (vgl. Vernehmlassung vom 23. November 2010, S. 2 und 4 f.).

5.3. Der Verletzung materiellen Rechts oder der Missachtung von Verfahrensvorschriften durch ein Behördenmitglied ist im dafür vorgesehenen Verfahren, d.h. in der Regel durch ein Beschreiten des Rechtsmittelwegs gegen den betreffenden Entscheid, entgegenzutreten. Prozessuale Fehler oder Fehlentscheide einer Amtsperson in der Sache sind daher als solche grundsätzlich nicht geeignet, deren Befangenheit zu bewirken (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29; SCHINDLER, a.a.O., S. 137, mit Hinweisen). Sie können nur ausnahmsweise dann per se zur Annahme eines Ausstandsgrundes führen, wenn es sich um wiederholte und krasse Irrtümer handelt, die zugleich als schwere Amtspflichtverletzungen zu qualifizieren sind (vgl. BGE 125 I 119 E. 3e, BGE 116 Ia 135 E. 3a, BGE 115 Ia 400 E. 3b; ähnlich auch: Urteil des

Bundesgerichts 5A_206/2008 vom 23. Mai 2008 E. 2.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 2.4; eine Berücksichtigung im Gesamteindruck gemäss vorstehend E. 3.1. ist möglich, vgl. dazu nachfolgend E. 6.2). Einfache Verfahrensfehler reichen nicht, um Besorgnis der Befangenheit zu erregen. Selbst ein einzelnes schweres Versehen genügt hierfür in der Regel nicht (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 138, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 1P.251/2001 vom 4. Juli 2001 E. 3b). Ein Anschein einer Befangenheit kann sich in diesem Sinne höchstens ergeben, wenn der Entscheidungsträger Verfahrensfehler oder besonders gewichtige oder wiederholte Beurteilungsfehler begeht, die als schwere Pflichtverletzungen betrachtet werden müssen und von der Absicht zeugen, der Partei zu schaden (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29, mit Hinweisen). Von einer hinreichenden Schwere der Pflichtverletzung wäre etwa auszugehen, wenn die Amtsperson für den Verfahrensausgang relevante Dokumente systematisch zurückbehält (vgl. FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 29).

5.4. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Beschreibung von act. 82 im Aktenverzeichnis als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" insofern ungenau bzw. fehlerhaft war, als sie nicht hinlänglich aufzeigt, dass das Aktenstück tatsächlich ein Telefonat zwischen Y._____ mit dem ehemaligen Mitarbeiter des Sekretariats Z._____ über das durch diesen geleitete Treffen vom 9. September 2008 mit ASCOPA betrifft. Zudem hat sich die Aussage des Sekretariats in dessen Antwort vom 28. Juni 2010 auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2010, dass es bezüglich der in Ziff. 285 des Antrags vom 27. Mai 2010 genannten Beratung über keinerlei weitere Akten verfüge und sämtliche Aktenstücke in seinem Besitz der Beschwerdeführerin lückenlos zur Einsicht vorgelegt worden seien, aufgrund der Existenz von act. 82 als falsch herausgestellt (vgl. im Sachverhalt unter A.f). Auch dies ist unbestritten und wird von der Vorinstanz wie von beiden betroffenen Sekretariatsmitarbeitern eingeräumt.

5.5. Das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG) soll den Parteien dazu verhelfen, sich über alle für das Verfahren wesentlichen Unterlagen zu orientieren. Es gehört als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den fundamentalen Verfahrensgrundsätzen (vgl. etwa WALDMANN, OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 26 N. 2). Angesichts der in der Regel komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte und der damit verbundenen heiklen Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsfragen

sind im Wettbewerbsrecht erhöhte Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht geboten. Die Parteien dürfen insofern erwarten, dass sie die WEKO beziehungsweise ihr Sekretariat über die Entwicklung des Standes der Akten informiert und ihnen insbesondere Gelegenheit gibt, zu beweis erheblichen Akten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen. Dies setzt eine – unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen (Art. 27 f. VwVG) – offengelegte Aktenführung voraus, welche den Parteien erlaubt, in wirksamer Weise an der Erstellung des entscheidenderheblichen Sachverhaltes mitzuwirken (vgl. dazu den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998 i.S. X AG, Bern, E. 3.2.2, publiziert in RPW 1998/4 655 ff.). Die Rechtsprechung verlangt namentlich, dass die WEKO bzw. deren Sekretariat den Parteien gleichzeitig mit der Zustellung des Verfügungsentwurfes ein vollständiges Verzeichnis der zu den Untersuchungsakten gehörenden Schriftstücke übermittelt, und die Parteien des Untersuchungsverfahrens auf diese Weise in die Lage versetzt, mit Bezug auf diejenigen Aktenstücke um Akteneinsicht nachzusuchen, die möglicherweise entscheidenderheblich sein könnten und die auf ihren Beweiswert zu prüfen sind (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998, E. 3.2.2, a.a.O.).

Im Lichte dieser (erhöhten) Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht im Wettbewerbsrecht stellen die ungenaue bzw. fehlerhafte Beschreibung von act. 82 im Aktenverzeichnis als "Telefonnotiz: Gespräch mit ASCOPA" sowie die falsche Aussage im Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2010 fraglos nicht leicht zu nehmende Verfahrensfehler dar.

5.6. Es deutet aber nichts darauf hin, dass diese Fehler absichtlich erfolgten oder zum Ziel hatten, die Beschwerdeführerin durch eine Vertuschung der Besprechung vom 9. September 2008, respektive deren möglicher Tragweite hinsichtlich einer allfälligen Sanktionsbefreiung/-Reduktion nach Massgabe von Art. 49a Abs. 2 und 3 KG, zu schädigen. Es erweist sich unter den gegebenen Umständen als weitaus naheliegender und glaubwürdig, dass die unpräzise Bezeichnung von act. 82 im Aktenverzeichnis auf einem blossen Versehen bzw. mangelnder Sorgfalt bei der Kontrolle des Aktenverzeichnisses beruht, und die Sekretariatsmitarbeiter das fragliche Aktenstück *infolgedessen* übersehen haben, als sie das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin am 28. Juni 2010 mit einem negativen Bericht beantworteten.

Wie früher ausgeführt (vgl. vorstehend E. 4.1.4), hatten die beiden Sekretariatsmitarbeiter damals noch nicht erkannt, dass die

Beschwerdeführerin der Besprechung vom 9. September 2008 offenbar nicht nur unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes eine Bedeutung zumass, sondern auch prüfte, die Bonusregelung in Anspruch zu nehmen. Die unrichtige Auskunft im Schreiben vom 28. Juni 2010, über keine weiteren Akten bezüglich der fraglichen Beratung zu verfügen, kann daher nicht im Zusammenhang mit diesem zusätzlich denkbaren Aspekt stehen. Im Übrigen durfte von der Beschwerdeführerin – welcher als Teilnehmerin am Treffen mit Z._____ ihre damaligen Angaben und der Verlauf des Treffens selber bestens bekannt waren – nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie der Wettbewerbsbehörde eine Berufung auf die Bonusregelung gegebenenfalls ausdrücklich und in der dafür gebotenen üblichen Form bekanntgeben und diesen wichtigen Schritt auf diese Weise (zur Vermeidung von späteren Missverständnissen) aktenkundig machen würde. Aus dem Umstand, dass der Antrag das Treffen vom 9. September 2008 einzig im Abschnitt über die Vorwerfbarkeit des angeblich kartellrechtswidrigen Verhaltens erwähnt, ohne sich vom Amtes wegen mit seiner allfälligen Tragweite aufgrund einer möglicherweise formlosen Bonusmeldung und im Detail mit act. 82 auseinanderzusetzen, können keine Zweifel an der Unbefangenheit der Autoren des Antrags abgeleitet werden.

Abgesehen davon betont die Vorinstanz zu Recht, dass kein systematisches oder wiederholtes Zurückhalten von relevanten Dokumenten vorliegt. Nach dem Bekanntwerden der beschriebenen Fehler fassten die beiden Sekretariatsmitarbeiter den wesentlichen Inhalt der fraglichen (gemäss Aktenverzeichnis "nicht einsehbaren") Telefonnotiz vielmehr zu Handen der Beschwerdeführerin korrekt zusammen (vgl. im Sachverhalt unter A.f). Darauf wurde mit der Gewährung der vollen Akteneinsicht am 6. August 2010 zusätzlich sichergestellt (vgl. im Sachverhalt unter A.h), dass sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig und umfassend über die sie interessierende Unterlage ins Bild setzen konnte, um bis zum Ablauf der damals noch laufenden Frist wirksam und sachbezogen Stellung nehmen zu können (vgl. im Sachverhalt unter A.i). Das vorhergehende, irrtümliche Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Telefonnotiz wurde damit korrigiert und eine nachteilige Auswirkung im Ergebnis verhindert. Dies ist umso mehr anzuerkennen, als sich zeigt, dass der fraglichen Aktennotiz nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte erhebliche Beweisrelevanz zugeschrieben werden kann (vgl. insbes. vorstehend E. 4.3.3 f. betr. dem Schreiben der Verbandssekretärin von ASCOPA an Z._____). Ob es angezeigt gewesen wäre, der Beschwerdeführerin

direkt ohne den Umweg über die Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts volle Einsicht in act. 82 zu gewähren, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt, kann hier offen gelassen werden. Die Vorgehensweise der beiden Sekretariatsmitarbeiter im Zusammenhang mit der Offenlegung der fraglichen Telefonnotiz kann nach dem Gesagten unabhängig davon nicht als schwere Amtspflichtverletzung im Sinne der vorstehend dargelegten Rechtsprechung bezeichnet werden. Namentlich deutet der vorliegende Geschehensablauf weder auf eine Schädigungsabsicht noch eine Haltung, wonach die beiden Sekretariatsmitarbeiter nicht willens gewesen wären, die (bisher noch nicht in Betracht gezogene) allfällige weitere Tragweite der Besprechung vom 9. September 2008 gebührend und unvoreingenommen abzuklären.

5.7. Ebenso wenig vermag zu überzeugen, dass sich aus angeblich offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen im Antrag der Anschein einer Befangenheit ergibt bzw. bestätigt (vgl. E. 5.1). Ergänzend zum bereits genannten Grundsatz, dass auch allfällige Fehlentscheide in der Sache im dafür vorgesehenen Verfahren geltend zu machen sind (vgl. E. 5.3), ist darauf hinzuweisen, dass die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, u.a. mit Hinweis auf BGE 127 I 196 E. 2b; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 10 N. 8 ff.; FELLER, a.a.O., Art. 10 N. 1):

Die *Funktion* des Sekretariats bei kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27-30 KG ist u.a. dadurch gekennzeichnet, dass es dem Sekretariat und seiner Mitarbeiter obliegt, einmal eröffnete Untersuchungen selbständig durchzuführen und Entscheidungen zuhanden der WEKO vorzubereiten (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2001 2024). Die Entscheidungsfällung steht indessen nicht in der Kompetenz des Sekretariats. Zuständig hierzu ist die WEKO, welche auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG). Nach der Antragsstellung durch das Sekretariat liegt die Verfahrensherrschaft ausschliesslich bei der WEKO. Art. 30 Abs. 2 KG gibt den am Verfahren Beteiligten im Verfahren vor der WEKO das Recht, zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung zu

nehmen, bevor die WEKO ihren Entscheid trifft (erweiterter Anspruch auf rechtliches Gehör, vgl. etwa JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), Zürich 2011, Art. 30 N. 5, mit Hinweisen; sowie die vorstehend in E. 4.2.5 zitierte Rechtsprechung). Die Bestimmung gewährt insbesondere ein umfassendes Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (vgl. JÜRIG BORER, JUHANI KOSTKA, Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 32 N. 60). Dies gewährleistet, dass ein betroffenes Unternehmen als falsch erachtete tatsächliche Feststellungen bzw. aus ihrer Sicht falsche Beweiswürdigungen im Rahmen der Ausübung dieses Anhörungsrechts wirksam vorbringen kann. Im vorliegenden Fall zeigt sich, wie bereits erwähnt zudem (vgl. vorstehend E. 4.2.5), dass das Sekretariat gestützt auf die Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen zum Antrag vom 27. Mai 2010 zusätzliche Untersuchungshandlungen durchführt, bevor der Beschwerdeführerin eine überarbeitete zweite Version des Antrags zur erneuten Stellungnahme zugesandt wird. Erst nach Eingang der zweiten Stellungnahme der Beschwerdeführerin wird der *"gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag des Sekretariats"* der WEKO zum Entscheid vorgelegt (vgl. Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2010 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin betr. Information über Verfahrenfortgang, Beschwerde Beilage 2). Darauf hat die WEKO die Möglichkeit, korrigierend in die Untersuchung des Sekretariats einzugreifen und eine direkte Anhörung der Beteiligten zu beschliessen. Auch kann sie das Sekretariat anhalten, weitere Untersuchungshandlungen vorzukehren (Art. 30 Abs. 2 KG; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.3.3, mit Hinweis).

Der Antrag vom 27. Mai 2010 stellt somit nur den Ausgangspunkt für die Fortführung des Erkenntnisprozesses dar. Angesichts der weitreichenden Korrekturmöglichkeiten seitens der abschliessend verfügenden WEKO hat es das Bundesgericht abgelehnt, ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Befangenheit bei den einzelnen Instruktionshandlungen des Sekretariats diese auf Vorrat wiederholen zu lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009, E. 2.3.3). Da die WEKO an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden ist, bleibt der Ausgang des Verfahrens unbesehen der jeweiligen Äusserungen offen und kann nicht als ausschlaggebend vorbestimmt betrachtet werden (vgl. in diesem Sinne BGE 134 I 238 E. 2.3, mit Bezug auf das in der Schweiz weitverbreitete Referentensystem).

Die Vorinstanz vertritt insofern zu Recht den Standpunkt, dass die durch

die Sekretariatsmitarbeiter im Antrag vom 27. Mai 2010 vorgenommene Sachverhaltswürdigung noch keineswegs als definitiv anzusehen ist. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Ausstandspflicht von Untersuchungsrichtern wegen vorverurteilender Äusserungen im Strafuntersuchungsverfahren darf vorliegend – mangels anders lautenden Anzeichen – durchaus vorausgesetzt werden, dass beide betroffenen Sekretariatsmitarbeiter in der Lage und willens sind, ihre bisherige Beurteilung des Prozessstoffes bei der Überarbeitung des Antrags gestützt auf die eingereichten Stellungnahmen zu überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente gegebenenfalls auch zu revidieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G 36/2000 vom 25. September 2000, E. 3c, vgl. bereits vorstehend E. 4.2.5). Darauf wird es der WEKO obliegen, mit anfechtbarer Verfügung erstinstanzlich zu entscheiden, inwiefern der Beweiswürdigung (und den rechtlichen Einschätzungen) des Sekretariats oder den dagegen vorgebrachten Einwänden der am Verfahren Beteiligten zu folgen ist. Der Vorinstanz ist unter den gegebenen Umständen zuzustimmen, dass das vorliegende Ausstandsverfahren nicht dazu konzipiert sein kann, komplexe Sachverhalts- und Würdigungsfragen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Einen Ausstandsgrund gegenüber X._____ oder Y._____ im Sinne einer Befangenheit "aus anderen Gründen" gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG vermag die Beschwerdeführerin auch mit dieser Argumentation nicht aufzuzeigen.

5.8. Zusammenfassend ergibt sich weder aus der bemängelten Häufung von Verfahrensfehlern noch den angeblichen Fehlentscheiden in der Sache eine Ausstandspflicht von X._____ oder von Y._____ .

6.

6.1. Nachdem sich auch der Vorwurf einer vorzeitig gebildeten festen Meinung über das Verfahrensergebnis als unbegründet erwiesen hat (vgl. vorstehend E. 4, E. 4.4), bestehen für das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis keine Zweifel daran, dass die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde vorliegend gewährleistet ist.

6.2. Dies gilt auch dann, wenn die von der Beschwerdeführerin gerügten Umstände bzw. "einzelnen Irregularitäten" statt je für sich allein in ihrem gesamten Zusammenwirken erfasst werden. Auch unter Vornahme einer solchen Gesamtbetrachtung ergibt sich kein den vorstehenden

Ausführungen entgegenstehendes Gesamtbild. Dabei ist zu beachten, dass Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende des Sekretariats – d.h. gegen nicht richterliche Personen bzw. Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin gutzuheissen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweisen). Für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) für unabhängige richterliche Behörden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1, mit Hinweis u.a. auf BGE 125 I 209 E. 8; BGE 112 Ia 142 E. 2d S. 147). Auch mit Blick darauf scheint das Zusammentreffen der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Umstände insgesamt objektiv nicht geeignet, gegenüber X._____ oder Y._____ den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen.

6.3. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

7.

7.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

7.2. Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

7.3. Mit dem vorliegenden Entscheid ist gestützt auf Dispositiv-Ziffer 2 der Zwischenverfügung vom 19. November 2010 (vgl. im Sachverhalt unter B.b) zusätzlich über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung zu befinden. Da die Beschwerdeführerin mit ihren damals beurteilten prozessualen Anträgen unterlegen ist (Abweisung, soweit darauf eingetreten wurde), hat sie auch die dadurch verursachten

Kosten zu tragen, ohne dass sie (oder die Vorinstanz) Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten (einschliesslich der Kosten der Zwischenverfügung vom 19. November 2010) von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd

Roger Mallepell

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 (Art. 42 BGG).

Versand: 14. Juni 2011