Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-6830/2015

Urteil vom 12. Februar 2016

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

1. **X._____AG,**
2. **Y._____AG,**
3. **Z._____AG,**
alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Daniel Emch und/oder Dr. iur. Anna-Antonina Gottret,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO (Präsident),
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden.

Sachverhalt:

A.
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 6. Dezember 2013 zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (letztere nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gegen die X._____AG, mit Sitz in M._____, die Y._____AG, mit Sitz in M._____, und gegen die Z._____, mit Sitz in N._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen). Die Untersuchung bezweckte im Wesentlichen zwei Abklärungen. Zunächst sollte geprüft werden, ob es der Y._____AG und der Z._____AG aufgrund ihrer Marktstellung möglich war, die (…)hersteller dazu zu bewegen, ihre elektronischen (…)informationen in die Datensammlungen der Y._____AG einzubringen und dazu die Geschäftsbeziehungen zu dieser Gesellschaft aufrecht zu erhalten oder neue Geschäftsbeziehungen mit ihr einzugehen. Sodann sollte abgeklärt werden, inwiefern die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führten. Das galt insbesondere für den Bereich der Kommerzialisierung von (…)informationen, der liberalisiert wurde.

Mit der Untersuchung wurden drei Mitarbeitende des Dienstes K._____ des Sekretariats beauftragt. Es handelte sich um A._____, (Angaben zur Funktion), sowie B._____ und C._____.

B.
Im Verlauf des Untersuchungsverfahrens kamen die Parteien überein, Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) gemäss Art. 29 KG (zit. in E. 1) zu führen. Nach den von den Beschwerdeführerinnen unterzeichneten Rahmenbedingungen beschränkte sich der Gegenstand der Verhandlungen von vornherein auf die Zukunft.

C.
Am 9. Juni 2015 teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, es sei zur Überzeugung gelangt, dass zwischen seiner Position und jener der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Verhandlungen über eine EVR keine Einigung mehr gefunden werden könne. Für den Fall, dass dies zutreffe und das Sekretariat nichts missverstanden habe, werde es die Verhandlungen als gescheitert ansehen. Mit Schreiben vom 19. Juni 2015 brachten die Beschwerdeführerinnen ihre Überraschung zum Ausdruck. Sie hätten den Eindruck, dass die Aussagen des Sekretariats das Ergebnis

der Untersuchung in apodiktischer Weise vorweg nehmen würden, obschon für sie die Fortführung der Verhandlungen über eine EVR nach wie vor vorstellbar sei. Am 10. Juli 2015 teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, dass deren bisher schriftlich formulierten "Stossrichtungen" weit über ihre eigenen Vorstellungen hinausgingen. Die grundsätzliche Bereitschaft der Beschwerdeführerinnen, eine EVR im Einklang mit dem künftigen Regulierungsrahmen zu redigieren, ändere nichts daran, dass das Sekretariat weitere Verhandlungen nicht als zielführend erachte.

D.
Mit Eingabe vom 10. August 2015 an die WEKO beantragten die Beschwerdeführerinnen, die WEKO solle A._____, B._____ und C._____ verpflichten, im Untersuchungsverfahren in den Ausstand zu treten. Am 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor des Sekretariats mit, dass die genannten Mitarbeitenden keine abschliessende, nicht mehr änderbare Position bezogen hätten und deshalb keine Ausstandsgründe vorliegen würden. Mit Schreiben vom 27. August 2015 hielten die Beschwerdeführerinnen am Ausstandsgesuch fest und beantragten zusätzlich, es seien sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen die drei Sekretariatsmitarbeitenden mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen. Ferner beantragten sie, das laufende Untersuchungsverfahren sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand zu sistieren.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 21. September 2015 wies der Präsident der WEKO das Ausstandsgesuch ab. Der Antrag, wonach sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen die drei Sekretariatsmitarbeitenden mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien, wies er ab, soweit er darauf eintrat. Auf Antrag um Sistierung des Untersuchungsverfahrens trat er nicht ein. Schliesslich wurden die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

F.
Dagegen erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 22. Oktober 2015 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und es seien A._____, B._____ und C._____ zu verpflichten, in der Untersuchung (…) des Sekretariats in den Ausstand zu treten, wobei sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente, an denen sie seit dem 9. Juni 2015 mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien. Eventualiter beantragen sie, die Sache sei zur

Neubeurteilung an den Präsidenten der WEKO zurückzuweisen. Schliesslich beantragen sie, dass ihnen der Entscheid im Falle einer Publikation vorgängig zugestellt werde, damit sie ihn auf allfällige Geschäftsgeheimnisse prüfen könnten.

G.
Mit Vernehmlassung vom 25. November 2015 beantragt der Präsident der WEKO die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt und die Beschwerdeführerinnen haben auch nicht von sich aus weitere Eingaben eingereicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig. Diese Verfügungen können später nicht mehr angefochten werden (Art. 45 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) i.V.m. Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen nach 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.

Als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung sind die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Rechtsvertreter verfügen über eine rechtsgültige Vollmacht. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde hingegen, soweit die Beschwerdeführerinnen sich auf Sachverhalte aus dem Jahr 2012 berufen (Beschwerde, Rz. 16 f.); sofern sie der Auffassung sein sollten, dass diese Umstände einen Ausstandsgrund zu begründen vermöchten, hätten sie umgehend ein Ausstandsgesuch einreichen müssen. Insoweit erweisen sich diese Rügen als verspätet.

2.
Die Zuständigkeit des Präsidenten der WEKO zum Erlass der vorliegenden Verfügung wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Sie ist jedoch von Amtes wegen zu prüfen.

2.1 Nach Art. 39 KG sind auf die Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Der Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern ist im KG nicht geregelt. Er richtet sich somit nach Art. 10 Abs. 2 VwVG. Diese Norm bestimmt, dass über streitige Ausstandsgesuche die Aufsichtsbehörde entscheidet.

2.2 Gemäss Art. 20 KG erlässt die WEKO ein Geschäftsreglement; darin regelt sie insbesondere die Einzelheiten der Organisation, namentlich die Zuständigkeiten des Präsidiums, der einzelnen Kammern und der Gesamtkommission. Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. e des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO, SR 251.1) übt der Präsident der WEKO die unmittelbare Aufsicht über das Sekretariat aus. Aus dieser Aufsichtskompetenz folgt, dass der Präsident der WEKO für die Behandlung von Ausstandsgesuchen gegen Mitarbeitende des Sekretariats zuständig ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch diese Zuständigkeit implizit bejaht (Urteil B-7483/2010 vom 9. Juni 2011). Daran ist festzuhalten. Der Umstand, dass in der Literatur die Auffassung vertreten wird, es sei die WEKO als Kollegialbehörde, welche die Aufsicht über das Sekretariat wahrnehme (vgl. etwa SIMON BANGERTER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 19 N 42 m.w.H., Art. 22 N 58 sowie Art. 23 N 27; PETER HÄNNI, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, nach Art. 43 N 118), vermag daran nichts zu ändern. Art. 20 KG gibt nämlich der WEKO die in Art. 28 Abs. 1 Bst. e GR-WEKO wahrgenommene Kompetenz, die direkte Aufsicht über das Sekretariat an den Präsidenten der WEKO zu delegieren und sich nur auf eine Funktion als faktische Oberaufsichtsbehörde zu beschränken.

2.3 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Präsident der WEKO zuständig war, die angefochtene Verfügung zu erlassen.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass das Sekretariat (bzw. deren mit der Untersuchung beauftragten drei Mitarbeitenden) mit Schreiben vom 9. Juni 2015, mit dem die Verhandlungen als gescheitert bezeichnet würden, zumindest implizit eine Voreingenommenheit in Bezug auf den Ausgang des Verfahrens bekundet habe. Die fraglichen drei Mitarbeitenden des Sekretariats hätten mit erwähntem Schreiben ohne Relativierung kundgetan, dass sie das Verhalten der Beschwerdeführerinnen als problematisch und unzulässig erachteten. Dies ergebe sich insbesondere aus folgendem Satz: "Vor diesem Hintergrund und im Einklang mit der geltenden Regulierung haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich für die Kosten in Zusammenhang mit der ihnen obliegenden Publikationspflicht und damit der Bereitstellung der (…)informationen via (…) ohne weitere anschliessende Strukturierung/Codierung aufzukommen." Diese Aussage sei apodiktisch und ohne Vorbehalt einer ursprünglich vorgesehenen weiteren Untersuchungshandlung – konkret einer Besichtigung vor Ort – erfolgt. Das Sekretariat habe damit zum Ausdruck gebracht, dass es die inhaltliche Beurteilung in einem wesentlichen Punkt bereits endgültig vorgenommen habe und fest entschlossen sei, das Verfahren möglichst rasch mit einer Sanktionsverfügung abzuschliessen. Dies gelte umso mehr, als die zuständigen Mitarbeitenden sich stets geweigert hätten, neben den Zulassungsinhabern auch die Leistungserbringer im schweizerischen (…)markt (Aufzählung von Leistungserbringern) anzuhören, obschon die Beschwerdeführerinnen dies mehrfach verlangt hätten. Im Schreiben vom 10. Juli 2015 habe das Sekretariat mitgeteilt, dass das aktuelle Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 weit von seinen Vorstellungen abweichen würde und dass die Untersuchung nun im ordentlichen Verfahren rasch und wettbewerbskonform abgeschlossen werden solle; es habe damit implizit bereits abschliessend einen Kartellrechtsverstoss festgestellt. Die drei Mitarbeitenden des Sekretariats hätten damit ihre Pflicht zur Zurückhaltung verletzt und könnten in der Sache nicht mehr als unbefangen gelten. Zudem hätten die zwei Sekretariatsmitarbeitenden D._____ und E._____ sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO mitgewirkt. Dies verletze das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit, das auch für Sekretariatsmitarbeitende gelte.

3.2 Der Präsident der WEKO verneint den Anschein der Befangenheit der drei Mitarbeitenden. Er begründet dies im Wesentlichen wie folgt: Der Abbruch der Verhandlungen zu einer EVR könne keinen Ausstandsgrund begründen. In seinem Schreiben vom 9. Juni 2015 habe das Sekretariat die Auffassung vertreten, dass die Entgeltlichkeit gewisser Leistungen der Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Zulassungsinhaberinnen das Kartellrecht verletze. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht darlegen können, ob und inwieweit das Aufkommen der Zulassungsinhaberinnen für eine Strukturierung und Codierung der künftigen (…)gesetzgebung sowie internationalen Standards entsprechen würde. Offenbar wäre das Sekretariat bereit gewesen, die künftige (…)gesetzgebung oder internationale Standards bereits in eine EVR einfliessen zu lassen. Da eine Übereinstimmung des Geschäftsmodells mit diesen Rechtsgrundlagen nicht habe festgestellt werden können, habe das Sekretariat keinen Anlass für weitere Verhandlungen gesehen. Zudem habe das Sekretariat dargelegt, es sei zum Schluss gekommen, "dass es für die Y._____AG zentral ist, mehr oder weniger ihrer Kosten im bisherigen Umfang den Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringern in Rechnung zu stellen und somit an ihrem Finanzierungsmodell festzuhalten", was nicht seiner Position entsprochen habe. Um sicher zu sein, dass ihre Schlussfolgerungen zutrafen, hätten die Sekretariatsmitarbeitenden den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Beschwerdeführerinnen hätten in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2015 den Schlussfolgerungen nicht widersprochen, aber gleichwohl eine Grundlage für weitere Verhandlungen bejaht. Das Sekretariat habe diese Auffassung nicht geteilt und in der Folge die Verhandlungen abgebrochen. Dieses Vorgehen sei korrekt und in keiner Weise willkürlich gewesen. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Einschätzung ihres vergangenen Verhaltens vornehmen würden, sei dies vorliegend unbeachtlich; eine EVR habe nur künftiges Verhalten zum Gegenstand.

Der in den Schreiben vom 9. Juni bzw. 10. Juli 2015 in Aussicht gestellte bzw. erklärte Abbruch der Verhandlungen zu einer EVR und die ihm zugrundeliegende rechtliche Einschätzung stünden im Einklang mit den gesetzlichen Aufgaben des Sekretariats. Die kommunizierte Einschätzung eines Verhaltens nach dem Kartellrecht sei im Hinblick auf Verhandlungen über eine EVR nach Art. 29 KG gar zwingend erforderlich. Dies vermöge keine Zweifel an der Unbefangenheit der jeweiligen Mitarbeitenden des Sekretariats zu begründen. In den beanstandeten beiden Schreiben des Sekretariats fänden sich keine Hinweise darauf, dass die verantwortlichen Mitarbeitenden nicht bereit gewesen seien, ihre vorläufige Schlussfolgerung im weiteren Verlauf des Verfahrens zu überdenken und nötigenfalls

zu ändern. Im Gegenteil ergebe sich aus dem Schreiben vom 9. Juni 2015, dass das Sekretariat habe sicherstellen wollen, dass seiner Einschätzung und Sachverhaltsdarstellung kein Missverständnis zu Grunde gelegen habe.

Mit dem kommunizierten Abbruch der Verhandlung seien auch weitere Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf eine EVR hinfällig geworden. Die Weigerung der Sekretariatsmitarbeitenden, die von den Beschwerdeführerinnen geforderten Beweismassnahmen durchzuführen, bilde keinen Ablehnungsgrund. Sollte eine Verfahrenspartei der Auffassung sein, dass ihre Beweisanträge zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien, könne sie sich mit Beschwerde zur Wehr setzen oder diese Anträge gegebenenfalls vor der WEKO erneut stellen. Vorliegend fehlten Hinweise darauf, dass das Sekretariat prozessuale Rechte der Beschwerdeführerinnen verletzt hätte.

Zusammenfassend kommt der Präsident der WEKO zum Schluss, dass das Sekretariat keinerlei, auch nicht kleine, Irregularitäten begangen habe. Entsprechend könnten die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Punkte auch nicht in ihrer Summe den Anschein der Befangenheit der fraglichen Sekretariatsmitarbeitenden begründen.

Was schliesslich den Vorwurf der Verletzung des Unabhängigkeitserfordernisses für Sekretariatsmitarbeitende im Rahmen der Behandlung des Ausstandsbegehrens betrifft, bestreitet der Präsident der WEKO auch diesbezüglich das Vorliegen von Ausstandsgründen. In Frage komme lediglich der Ausstandsgrund der Vorbefassung nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG. Für nicht richterliche Behörden seien die Anforderungen für die Annahme einer Vorbefassung höher anzusetzen als für Gerichte. Zudem hätten die beiden Mitarbeiter jeweils im Auftrag und unter Instruktion der jeweiligen Entscheidträger (stellvertretender Direktor des Sekretariats einerseits und Präsident der WEKO andererseits) gehandelt. Es diene ferner dem effizienten Einsatz von personellen Ressourcen, Mitarbeitende mit Aufgaben zu betrauen, die mit der konkreten Thematik bereits vertraut seien. Ein Ausstandsgrund gegen D._____ und E._____ liege nicht vor.

4.

4.1 Nach Art. 39 KG 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 Sekretariats ist Art. 10 VwVG massgebend, da Art. 22 KG lediglich den

Ausstand von Kommissionsmitgliedern regelt (Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.1; Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 2.2).

4.2 Art. 10 VwVG regelt in Konkretisierung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes (BGE 132 II 485 E. 4.2). Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie in 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). Vorliegend berufen sich die Beschwerdeführerinnen einzig auf den letztgenannten Ausstandsgrund; da keine Anhaltspunkte für weitere Ausstandsgründe vorliegen, wird nachfolgend nur das Vorliegen eines Ausstandsgrundes nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG geprüft.

4.3 Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, die einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, die an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend (vgl. statt vieler BGE 137 II 431 E. 5.2; Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, die 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 (BGE 137 II 431 E. 5.2). 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 (BGE 137 II 431 E. 5.2 m.H.).

Art. 10 VwVG ist zwar auch auf die WEKO bzw. dessen Sekretariat anwendbar, doch gelten für nicht-richterliche Behörden tendenziell weniger hohe Anforderungen an die (persönliche) Unabhängigkeit ihrer Mitglieder als für Gerichtspersonen (dazu näher nachfolgende Erwägung).

4.4 Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG ist ein Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den "anderen Gründen" handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei nicht der gleich strenge Massstab wie für unabhängige richterliche Behörden; gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde (vgl. Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1 m.H.; Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.7 m.H.) bzw. der Funktion und Zuständigkeiten der jeweils betroffenen Personen gewichtet werden (BGE 137 II 431 E. 5.2 m.H.). Der objektiv sich aufdrängende Anschein der Befangenheit ist indessen stets zu vermeiden, selbst wenn für Unbefangenheit und Unparteilichkeit nicht die für ein Gerichtsmitglied geltenden Massstäbe anzuwenden sind (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_583/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 4.2). 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. nur BGE 134 I 238 E. 2; 133 I 89 E. 3.3). Dasselbe gilt für Ratschläge an eine Partei, insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind. 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 (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 3.1 m.H.).

4.5 Die in Art. 10 VwVG genannten Gründe sind obligatorische Ausstandsgründe. Sie führen zwingend zum Ausstand, ohne dass es einer Geltendmachung durch Beteiligte bedarf. Dementsprechend muss die entscheidende Behörde von Amtes wegen prüfen, ob eines oder mehrere ihrer Mitglieder in den Ausstand zu treten haben (STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 94 zu Art. 10). Ist der Ausstand hingegen streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitglieds einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds (Art. 10 Abs. 2

VwVG). Es ist eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen. Die Vorinstanz hat sich an diese prozessualen Vorgaben gehalten.

5.
Zu prüfen ist zunächst, ob gegen die mit der Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen innerhalb des Sekretariats beauftragten drei Mitarbeitenden des Dienstes K._____ A._____, B._____ und C._____ ein Ausstandsgrund vorliegt bzw. glaubhaft dargelegt wurde. Das ist aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen.

5.1 Die Funktion des Sekretariats bei kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27-30 KG ist u.a. dadurch gekennzeichnet, dass es dem Sekretariat und seinen Mitarbeitenden obliegt, einmal eröffnete Untersuchungen selbständig durchzuführen und Entscheidungen zuhanden der WEKO vorzubereiten (Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2024). Die Entscheidfällung steht indessen nicht in der Kompetenz des Sekretariats. Dafür ist die WEKO zuständig, die 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 (sog. erweiterter Anspruch auf rechtliches Gehör; vgl. etwa JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz [KG], 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 30 N 5 m.H.). Die Bestimmung gewährt insbesondere ein umfassendes Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (vgl. JÜRG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 32 N 60). Damit wird sichergestellt, dass ein betroffenes Unternehmen als falsch erachtete tatsächliche Feststellungen bzw. aus ihrer Sicht falsche Beweiswürdigungen im Rahmen der Ausübung dieses Anhörungsrechts wirksam rügen, weitere Beweiserhebungen beantragen oder neue Beweise einreichen kann. Wenn das Sekretariat nach Abschluss seiner Untersuchung der WEKO einen Antrag zum Entscheid unterbreitet, 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 BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3 m.H.). Ein Antrag des Sekretariats an die

WEKO 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 BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3). Da die WEKO an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden sei, bleibe der Ausgang des Verfahrens unbesehen der jeweiligen Äusserungen offen und könne nicht als ausschlaggebend vorbestimmt betrachtet werden (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.7 unter Hinweis auf BGE 134 I 238 E. 2.3).

5.2 Art. 29 Abs. 1 KG lautet wie folgt: "Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen." Aus der Formulierung der Norm ("erachtet") und ihrem Sinn und Zweck ergibt sich, dass das Sekretariat vor Einleitung von Verhandlungen über eine einvernehmliche Lösung ihre Auffassung kundtun können muss, dass nach ihrem gegenwärtigen Kenntnisstand eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (sog. negative Entscheidprognose als Voraussetzung für das Verfahren der EVR; vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 29 N 85 f.). Aus der Kann-Regelung folgt zudem, dass dem Sekretariat ein erhebliches Ermessen darüber zusteht, ob es eine einvernehmliche Regelung anstreben will (in diesem Sinne auch ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 69 f.). Dies gilt sowohl in Bezug auf die Einleitung von entsprechenden Verhandlungen als auch für deren allfälligen späteren Abbruch. Bei einem Abbruch von Verhandlungen ist das Sekretariat nach dem Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör verpflichtet, die Gründe für diesen Schritt nachvollziehbar zu begründen. Es kommt dann nicht darum herum, die nach ihrer Auffassung fortdauernde Wettbewerbsbeschränkung (erneut) zu benennen, was naturgemäss eine Sachverhaltswürdigung voraussetzt. Wie die Rechtsprechung festgehalten hat (vgl. E. 5.1), vermögen solche Meinungsäusserungen des Sekretariats keinen Ausstandsgrund zu begründen, sofern der Ausgang des Verfahrens offen bleibe. Weil das Sekretariat keine Entscheidbefugnis hat, kommt seine Befangenheit infolge klarer Meinungsäusserung wohl nur in Betracht, wenn es zum Ausdruck bringt, seine Meinung ungeachtet allfälliger zu Gunsten der Beteiligten sprechenden Sachverhaltselementen nicht mehr ändern zu wollen. Das ist vorliegend nicht der Fall, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt. Vielmehr hat sich das Sekretariat auf die Würdigung der

Verhandlungen über eine EVR beschränkt und weder das Endergebnis des gesamten Verfahrens noch die allfällige Sanktionierung abschliessend vorweggenommen. Ob das aktuelle Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 kartellrechtskonform ist oder nicht, wird gegebenenfalls von der WEKO bzw. den Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden sein.

5.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Ausstandsbegehren gegen A._____, B._____ und C._____ offensichtlich unbegründet ist und die Beschwerde angesichts der klaren Rechtslage zumindest an Trölerei grenzt.

6.
Weiter ist zu prüfen, ob der Umstand, dass die zwei Sekretariatsmitarbeiter D._____ und E._____ sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO mitgewirkt haben, ihren Ausstand begründet. Das ist zu verneinen.

6.1 Zunächst ist hier auf die in E. 5.1 hiervor dargelegte Rechtsprechung zu verweisen, die höhere Anforderungen an die Annahme einer Befangenheit des Sekretariats stellt als für richterliche Behörden. Diese Rechtsprechung muss entsprechend für Fälle von Vorbefassung gelten.

6.2 Sodann hat sich das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die FINMA zu einem Sachverhalt geäussert, der mit dem vorliegend zu beurteilenden vergleichbar ist.

Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich im Urteil B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 eingehend mit den für die FINMA geltenden Ausstandsvorschriften, namentlich mit der Tragweite von Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 VwVG und Art. 11 Abs. 1 des Verhaltenskodexes der FINMA vom 19. November 2008 (insb. E. 2.1-2.7, E. 3.5 und E. 5.1-5.4). Es erachtete es als zulässig, dass ein Mitarbeiter der FINMA, der im Rahmen der sog. laufenden Aufsicht eine führende Rolle bei den Sachverhaltsabklärungen ausgeübt hatte, bei einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden eingreifenden Verfahren (Enforcementverfahren) in tragender Funktion als Fachspezialist mitwirkte. Entscheidend war dabei nach Auffassung des Gerichts insbesondere, dass die Entscheidkompetenz nicht bei ihm, sondern beim Enforcement-Ausschuss der FINMA lag (Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5.1 und 5.4 f.).

6.3 An der mit dieser Rechtsprechung eingeschlagenen Richtung ist festzuhalten. Die Mitwirkung der zwei Sekretariatsmitarbeiter D._____ und E._____ sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO erfüllt nicht den Ausstandsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG. Beide Sekretariatsmitarbeiter handelten auf Anweisung und nach Instruktion des stellvertretenden Direktors des Sekretariats bzw. des Präsidenten der WEKO. Es kam ihnen keinerlei Entscheidfunktion zu, sondern sie bereiteten lediglich die Entscheidungsgrundlagen vor. Entscheidend sind dabei jedoch die folgenden zwei Aspekte: Das Schreiben des stellvertretenden Direktors des Sekretariats vom 21. August 2015, an dem beide Sekretariatsmitarbeiter mitgewirkt haben, gab die Auffassung von A._____, B._____ und C._____ wieder, welcher sich der stellvertretende Direktor anschloss. Sodann ist von Bedeutung, dass das ursprüngliche Ausstandsgesuch offensichtlich unbegründet oder gar trölerisch war, weshalb darauf möglicherweise gar nicht hätte eingetreten werden müssen. Bei offensichtlich unbegründeten Ausstandsgesuchen, die erkennbar eine Verfahrensverzögerung bezwecken, sind höhere Anforderungen an den Ausstandsgrund der Vorbefassung zu stellen, die vorliegend nicht erfüllt sind.

6.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass auch das Ausstandsgesuch gegen die Mitarbeiter des Sekretariats D._____ und E._____ unbegründet ist.

7.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Für die gestellten Eventualanträge verbleibt somit kein Raum.

Da der vorliegende Entscheid offensichtlich keine Geschäftsgeheimnisse enthält oder auch nur erwähnt, ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf vorgängige Zustellung des Urteils(-Entwurfs) abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den unterliegenden Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien

(Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr zwischen Fr. 200.– und Fr. 5'000.–. Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse sieht Art. 4 VGKE nach Höhe des jeweiligen Streitwerts abgestufte Rahmen vor. Ob die vorliegende Beschwerde eine Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse darstellt, kann indessen offen gelassen werden, zumal sich ein allfälliger Streitwert zum jetzigen Zeitpunkt kaum beziffern liesse und Gerichtsgebühren von je Fr. 1'000.– im Lichte der in Art. 2 Abs. 1 VGKE genannten Bemessungskriterien in jedem Fall als angemessen erscheinen. Die am 2. November 2015 geleisteten Kostenvorschüsse werden zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Obschon obsiegend, kann der Vorinstanz keine Parteientschädigung ausgerichtet werden (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um vorgängige Zustellung des Urteils(-Entwurfs) im Hinblick auf dessen Überprüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse wird abgewiesen.

3.
Die Verfahrenskosten von je Fr. 1'000.− werden den Beschwerdeführerinnen, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, auferlegt. Die einbezahlten Kostenvorschüsse werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.
Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Philippe Weissenberger	Astrid Hirzel

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 BGG). 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: 16. Februar 2016