Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-6513/2015

Urteil vom 18. Februar 2016

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

X. H._____ AG sowie (…)
X._____ AG,
Y._____ AG,
Z._____ AG,
V._____ AG,
(…),
alle vertreten durch Prof. Dr. Philipp Zurkinden, LL.M.,
und Bernhard C. Lauterburg, LL.M.,
Prager Dreifuss AG, Rechtsanwälte,
Schweizerhof-Passage 7, Postfach 7556, 3001 Bern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Sekretariat,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO
vom 5. Oktober 2015 im Untersuchungsverfahren (…).

Sachverhalt:

A.
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) eröffnete am 12. Januar 2015, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission, die Untersuchung (…) gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251). Die Untersuchung richtet sich u.a. gegen die Z._____ AG, (…), die Y._____ AG, (…), und deren Muttergesellschaft X. H._____ AG, (…) (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen). Anlass für die Untersuchung gab u.a. der Verdacht, dass die vorerwähnten Gesellschaften unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG getroffen und durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen gemäss Art. 7 KG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hatten.

B.
Mit Schreiben vom 19. bzw. 25. August 2015 lud die Vorinstanz T._____, Geschäftsführer der V._____ AG, auf den 14. Oktober 2015 vor, um für diese auszusagen. Die V._____ AG steht im Besitz der X. H._____ AG (nachfolgend: auch BF 1). Gleichzeitig informierte die Vorinstanz alle anderen Parteien über die angesetzte Parteieinvernahme der V._____ AG und über eine weitere Zeugeneinvernahme. Mit Eingabe vom 31. August 2015 beantragten die Beschwerdeführerinnen den Ausschluss der übrigen Parteien von der Parteieinvernahme der V._____ AG. Sollte die Vorinstanz den Antrag abweisen, ersuchten die Beschwerdeführerinnen um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. In der Folge lud die Vorinstanz die anderen Parteien dazu ein, zum Antrag der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Die eingegangenen Stellungnahmen wurden den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis zugestellt.

C.
Die Vorinstanz wies mit Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015 den Antrag der Beschwerdeführerin 1 sowie weiterer konzernmässig verbundenen Gesellschaften, einschliesslich der V._____ AG, die Verfahrensparteien von der Parteieinvernahme der V._____ AG vom 14. Oktober 2015 auszuschliessen, ab. Gleichzeitig entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Ferner wurden der Beschwerdeführerin 1 und weiteren konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften für die Zwischenverfügung Kosten in Höhe von Fr. 3'095.– auferlegt.

D.
Dagegen erhoben die Beschwerdeführerinnen am 13. Oktober 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Gutheissung ihrer Beschwerde und die superprovisorische Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 13. Oktober 2015 untersagte der für den Instruktionsrichter handelnde Abteilungspräsident der Vorinstanz, bis zum Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung eine Anhörung der V._____ AG durchzuführen. In der Folge führte der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel sowohl zur Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung als auch zur Sache durch.

F.
In ihrer Vernehmlassung vom 6. November 2015 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde vom 13. Oktober 2015 sei mangels schutzwürdiger Interessen nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Mit Eingabe vom 16. November 2015 äusserte sich die Vorinstanz zu den Fragen, welche das Bundesverwaltungsgericht ihr unterbreitet hatte. Die Beschwerdeführerinnen nahmen dazu am 20. November 2015 Stellung.

G.
Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2015 das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut. Zugleich räumte es der Vorinstanz eine Frist bis zum 4. Januar 2016 ein, um die Fragen des Gerichts zu beantworten oder die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen. Die Vorinstanz nahm mit Schreiben vom 4. Januar 2016 Stellung und hielt an ihrer Rechtsauffassung fest. Am 13. Januar 2016 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Eingabe ein, in der sie sich zu diesem Schreiben äusserten und an ihren bisherigen Ausführungen festhielten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG erlassen wurden und keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt. Als Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG gelten auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich gegen eine Entscheidung der Vorinstanz über die Teilnahme von Parteien an einem Parteiverhör. Sie stellt unbestrittenermassen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar. Die Vorinstanz ist eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, womit deren Verfügungen grundsätzlich mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden können.

1.2 Die angefochtene Zwischenverfügung der Vorinstanz ist an die "X. H._____ AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften" gerichtet. Die Kosten der genannten Verfügung wurden den Adressaten auferlegt, ohne dass die angefochtene Verfügung spezifizieren würde, um welche weiteren Gesellschaften es sich handelt. Auch die Beschwerdeführerinnen schweigen sich zum genauen Adressatenkreis der angefochtenen Verfügung aus. Aus den eingereichten Vollmachten ergibt sich aber indirekt, dass als Beschwerdeführerinnen die X. H._____ AG, die X._____ AG, die Y._____ AG, die Z._____ AG und die V._____ AG auftreten. Sowohl die X. H._____ AG als auch deren Konzerntöchter haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind von der angefochtenen Verfügung (potenziell) besonders betroffen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Die Beschwerdeführerinnen haben den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt, und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der selbständigen Anfechtbarkeit der angefochtenen Zwischenverfügung einzutreten (nachfolgende Erwägung 2).

2.

2.1 Eine Beschwerde gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen ist nicht in jedem Fall zulässig. So ist zwar die Anfechtung von Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand stets möglich (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere Zwischenverfügungen kommt eine Beschwerde nach Art. 46 Abs. 1 VwVG indes nur in Frage, wenn diese

entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Mit dem Erfordernis des nicht wiedergutzumachenden Nachteils wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Demnach liegt das Rechtsschutzinteresse im Schaden, der entstünde, wenn der Nachteil auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden könnte (vgl. Urteile des BVGer A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2, und C-6184/2010 vom 23. Februar 2012 E. 4.2). Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nach dem VwVG nicht rechtlicher Natur sein. Vielmehr genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. statt vieler Urteile des BVGer A-2082/2014 vom 9. Juli 2014 E. 2.1, und A-1081/2014 vom 23. April 2014 E. 1.3, je m.H.). Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein (Urteil des BVGer A-3043/2011 vom 15. März 2012 E. 1.2.3). Nicht erforderlich ist sodann, dass er tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen bzw. nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann (Urteil des BVGer B-860/2011 vom 8. September 2011 E. 2.2). Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (Urteil des BVGer B-5436/2011 vom 5. März 2012 E. 3.4).

Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll verhindern, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid der Vorinstanz für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren würden. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen und sich nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen (BGE 135 II 30 E. 1.3.2; Urteil des BVGer A-2160/2010 vom 3. Januar 2011 E. 2.2.3 m.H.).

2.2 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, eine Einvernahme der V._____ AG in Anwesenheit der anderen Verfahrensparteien berge die

Gefahr, dass die einvernommene Partei Aussagen mache, die schützenswerte Geschäftsgeheimnisse enthielten. Finde eine Einvernahme ohne die übrigen Parteien statt, bestehe demgegenüber die Möglichkeit, allfällige Geheimnisse bei der Bereinigung des Einvernahmeprotokolls zu bezeichnen und sie von der Einsicht auszuschliessen. Die Möglichkeit, dass die Vorinstanz die anderen Parteien zum Verlassen des Saals auffordere, wenn eine Aussage der Beschwerdeführerinnen Geschäftsgeheimnisse enthalte, biete keinen genügenden Schutz. Es sei nicht klar, wie die Vorinstanz in einem solchen Fall vorzugehen gedenke. Für den einvernommenen Unternehmensvertreter sei die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen schwieriger, wenn andere Parteien anwesend seien. Ausserdem könnte der allfällig anwesende Rechtsbeistand erst eingreifen, wenn die Geschäftsgeheimnisse bereits an- oder gar ausgesprochen seien.

2.3 Die Vorinstanz bringt vor, ihre Vorgehensweise stelle den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sicher. So werde eine einzuvernehmende Partei zu Beginn der Einvernahme darauf hingewiesen, dass sie ankündigen müsse, wenn sie mit ihren Aussagen möglicherweise Geschäftsgeheimnisse preisgeben könnte. Dieser Hinweis werde bei heiklen Fragen wiederholt. Mache die einvernommene Partei geltend, dass eine allfällige Antwort Geschäftsgeheimnisse enthalte, fordere die Vorinstanz die übrigen Parteien zum Verlassen des Saals auf. Die Einvernahme werde unter Ausschluss der anderen Parteien fortgesetzt, welchen erst wieder Zugang gewährt werde, wenn die Befragung zum betreffenden Geschäftsgeheimnis abgeschlossen sei. Die entsprechende Protokollstelle werde mit der einvernommenen Partei bereinigt, bevor das Protokoll den anderen Parteien zugänglich gemacht werde. Konfrontiere die Vorinstanz die einvernommene Partei mit bereits erhobenen Beweismitteln, würden diese zunächst nur der einvernommenen Person und ihrer anwaltlichen Vertretung vorgelegt. Dabei weise die Verfahrensleitung ausdrücklich auf die Möglichkeit hin, Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen. Erst wenn deklariert worden sei, dass ein Beweismittel keine Geschäftsgeheimnisse enthalte, mache die Verfahrensleitung dieses auch den übrigen Parteien zugänglich. Diese Praxis sei etabliert und wirksam, und habe bislang in keinem Verfahren zu Beschwerden oder Beanstandungen geführt. Da keine Gefahr für die Nichtwahrung von Geschäftsgeheimnissen bestehe, fehle es an einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil und damit an einem schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin zur Anfechtung der Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015.

2.4 Die Beschwerdeführerinnen haben einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil plausibel dargetan. Wenn das Vorgehen der Vorinstanz im späteren Verlauf des Verfahrens als unzulässig beurteilt würde, wären möglicherweise alle früheren Verfahrensschritte zu wiederholen. Dies wäre für die Beschwerdeführerinnen mit einem erheblichen (Vertretungs-)Aufwand verbunden, der bei einer früheren gerichtlichen Überprüfung hätte vermieden werden können. Ob dieser tatsächliche Nachteil vorliegend genügend gewichtig ist, um anzunehmen, er könne nicht wiedergutgemacht werden, kann hier aus den folgenden Gründen offengelassen werden. Es ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die einvernommene Person, trotz der strengen Vorkehrungen der Vorinstanz, im Beisein der anderen Parteien unfreiwillig Geschäftsgeheimnisse offenbart. Diese Tatsache liesse sich durch einen allfälligen Endentscheid nicht mehr rückgängig machen. Vor allem aber ist aktuell offen, ob die Vorinstanz der WEKO überhaupt einen Antrag stellen wird; sollte die Vorinstanz auf einen Antrag verzichten, könnte das Vorgehen der Vorinstanz gar nicht gerichtlich überprüft werden, was wohl mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kaum vereinbar wäre. Aus diesen beiden letztgenannten Gründen drohen den Beschwerdeführerinnen nicht wiedergutzumachende Nachteile. Entsprechend haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015. Auf die Beschwerde vom 13. Oktober 2015 ist folglich einzutreten.

3.

3.1 Die Vorinstanz stützt ihre Verfügung auf Art. 42 Abs. 1 KG und Art. 18 Abs. 1 VwVG sowie auf den Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie ist der Auffassung, dass alle Parteien Anspruch auf Mitwirkung an der Beweiserhebung hätten. Dazu gehörten alle Zeugenaussagen, auch solche von mitangeschuldigten Parteien einer Untersuchung wie die der Beschwerdeführerinnen. Wenn Parteien einen Anspruch darauf hätten, Einvernahmen von Auskunftspersonen beizuwohnen, müsse das erst recht bei Einvernahmen von Zeugen bzw. mitangeschuldigten Parteien gelten. Es handle sich nicht um eine Praxisänderung. Im Gegenteil gehe die Vorinstanz bereits seit einiger Zeit auf diese Weise vor.

3.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, es fehle für das Vorgehen der Vorinstanz an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Weiter machen sie geltend, dass die Vorinstanz eine Praxisänderung vorgenommen habe, weshalb höhere Anforderungen an die Begründetheit

des Vorgehens gelten würden. Schliesslich legen sie dar, dass und inwiefern die Gefahr bestehe, dass bei einer Befragung vor den anderen Parteien versehentlich Geschäftsgeheimnisse offenbart würden.

3.3 Zunächst stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Vorinstanz im Verlauf des Verfahrens mehrfach vorgebracht hat, die erstmalige Befragung von Parteien (als einfache Parteieinvernahme) im Beisein der anderen Parteien entspreche ihrer ständigen Praxis. Allerdings hat sie nur zwei Fälle aus den beiden letzten Jahren vorgelegt, in denen eine Partei im Beisein einer oder mehrerer anderer Parteien angehört wurde. Die von der Vorinstanz eingereichten weiteren Belege für ihre angeführte gefestigte Praxis betrafen Befragungen von Auskunftspersonen, die nicht zugleich Parteien im Verfahren waren. Schliesslich hat die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 4. Januar 2016 (S. 5) selber Fälle angeführt, in denen die X._____-Gruppe unter gänzlichem Ausschluss der übrigen Verfahrensbeteiligten einvernommen wurde. Gleichwohl ist aufgrund der vorliegenden Beispielsfälle davon auszugehen, dass die Vorinstanz Parteien im Beisein anderer Parteien im Rahmen einfacher Verhöre einvernimmt, soweit keine Gründe für den Ausschluss der anderen Parteien bestehen und dieses Vorgehen der Vorinstanz opportun erscheint. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen fehlen Anhaltspunkte für eine (abrupte) Praxisänderung bzw. eine nur auf die Beschwerdeführerinnen angewandte Vorgehensweise. Zu prüfen ist folglich, ob die Praxis auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht und mit Bundesrecht vereinbar ist.

4.

Die Vorinstanz stellt in ihrer Stellungnahme vom 4. Januar 2016 klar, dass sie die Beschwerdeführerinnen bzw. T._____, Geschäftsführer der V._____ AG, lediglich als Auskunftsperson und ohne Strafandrohung bei falscher Aussage einzuvernehmen gedenkt. Sie will damit die Beschwerdeführerinnen einem einfachen Verhör nach Art. 62 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) unterziehen (vgl. Stellungnahme der Vorinstanz vom 4. Januar 2016 S. 4). Streitig und zu prüfen ist allein, ob ein einfaches Verhör im Beisein aller Parteien durchgeführt werden kann.

4.1

4.1.1 Art. 39 KG statuiert allgemein, dass auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar sind, soweit das KG nicht davon abweicht. Zu Anhörungen finden sich im KG zwei Normen. Während die eine Norm – Art. 42 Abs. 1 KG – auf die Vorinstanz bzw. das Sekretariat

der WEKO anwendbar ist, kommt die andere Bestimmung – Art. 30 Abs. 1 und 2 KG – nur zur Anwendung, wenn das Verfahren bereits vor der WEKO ist, wenn also das Sekretariat einen Antrag an die Kommission gestellt hat. Vorliegend ist somit nur Art. 42 Abs. 1 KG einschlägig.

4.1.2 Art. 42 Abs. 1 KG besagt unter dem Titel "Untersuchungsmassnahmen" Folgendes: "Die Wettbewerbsbehörden können Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten. Artikel 64 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess ist sinngemäss anwendbar."

4.1.3 Art. 64 BZP lautet wie folgt: "Der Richter kann eine Partei zur Beweisaussage unter Straffolge über bestimmte Tatsachen verhalten, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet" (Abs. 1). "Vor dem nochmaligen Verhör ist die Partei neuerdings zur Wahrheit zu ermahnen. Die Straffolgen der falschen Aussage gemäss Artikel 306 des Strafgesetzbuches sind ihr bekanntzugeben" (Abs. 2).

4.1.4 Art. 62 Abs. 1 BZP, der das so genannte einfache Verhör regelt, lautet wie folgt: "Die Partei kann zum Beweise einer Tatsache dem Verhör unterzogen werden. Kommt eine Wahrnehmung beider Parteien in Betracht, so sollen beide verhört werden ". Abs. 2 der Norm räumt dem Gericht die Möglichkeit ein, die angehörten Parteien zur wahrheitsgemässen Aussage zu ermahnen und auf die möglichen Straffolgen einer Falschaussage hinzuweisen.

4.1.5 Art. 42 Abs. 1 KG verweist nur auf Art. 64 BZP und nicht auch auf Art. 62 BZP. Das ist folgerichtig und vom Gesetzgeber so gewollt. Art. 42 Abs. 1 KG räumt den Wettbewerbsbehörden die Befugnis ein, die von einer Untersuchung Betroffenen, mithin die Parteien, zur Beweisaussage zu verpflichten. Ergänzend dazu legt Art. 64 Abs. 1 BZP fest, dass Parteien zuerst im Rahmen eines einfachen Verhörs zu befragen sind, bevor gegen sie eine Beweisaussage unter Straffolge angeordnet werden kann. Ferner bestimmt Absatz 2 der genannten Norm, dass die Partei vor der Beweisaussage unter Straffolge neu zur Wahrheit zu ermahnen ist und ihr die Straffolgen der falschen Aussage gemäss Artikel 306 des Strafgesetzbuches bekanntzugeben sind. Wie der Wortlaut von Art. 64 BZP unmissverständlich klar stellt, setzt diese Bestimmung das einfache Parteiverhör (ohne Strafandrohung) als Vorstufe zur Beweisaussage einer Partei unter Straffolge voraus. Die Tatsache, dass im Kartellgesetz nicht auf Art. 62 BZP verwiesen wird, bedeutet nicht, dass der Vorinstanz diese Vorstufe nicht

zur Verfügung stehen soll. Vielmehr baut das Kartellrecht, in Verbindung mit den sinngemäss anwendbaren Art. 64 BZP und Art. 18 Abs. 1 VwVG (zu letztgenannter Norm vgl. hinten E. 4.3.2), auf der Konzeption auf, dass die Einvernahme einer Partei, mit oder ohne Straffolge, eine gleichwertige Ersatzlösung für das einfache Parteiverhör im Sinne von Art. 62 BZP darstellt, weshalb das KG nicht auf diese Bestimmung verweist. Soweit in den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Literaturstellen die Möglichkeit der Vorinstanz verneint wird, einfache Parteiverhöre ohne Straffolge durchzuführen, ist darauf vor diesem Hintergrund nicht näher einzugehen. Nicht in Art. 64 BZP, sondern in Art. 62 BZP ist demgegenüber geregelt, welchen Regeln einfache Parteiverhöre unterstehen. Dass Art. 42 Abs. 1 KG nicht auf Art. 62 BZP verweist, ist kein Versehen des Gesetzgebers, weil sich Art. 42 Abs. 1 KG nur mit der Beweisaussage unter Straffolge befasst und nicht auch mit dem einfachen Parteiverhör. Das bedeutet jedoch nicht, dass Art. 42 Abs. 1 KG die verfassungsmässigen Mitwirkungsrechte von Parteien bei der Beweiserhebung habe einschränken wollen.

4.1.6 Im Sinne eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass weder das KG noch das BZP, soweit dieses vom KG als sinngemäss anwendbar erklärt wird (vgl. aber nachfolgende Erwägung), die hier strittige Frage regeln.

4.2
Fraglich ist, ob das VwVG, welches gestützt auf Art. 39 KG subsidiär Anwendung findet, diesbezüglich direkt anwendbare Bestimmungen enthält.

4.2.1 Die Art. 12 ff. VwVG regeln die Feststellung des Sachverhalts. Gemäss Art. 16 Abs. 1 VwVG bestimmt sich das Recht der Zeugnisverweigerung nach Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP. Diese Bestimmungen sind hier nicht von Belang. Gemäss Art. 16 Abs. 2 VwVG kann der Träger eines Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BZP das Zeugnis verweigern, soweit ihn nicht ein anderes Bundesgesetz zum Zeugnis verpflichtet. Das KG sieht in Art. 40 lediglich eine Auskunftspflicht für Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen und für betroffene Dritte vor. Nach Art. 18 Abs. 1 VwVG haben die Parteien Anspruch darauf, "den Zeugeneinvernahmen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen." Gemäss Absatz 2 der Norm kann die Zeugeneinvernahme zur Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen in Abwesenheit der Parteien erfolgen, denen auch die Einsicht in die Einvernahmeprotokolle verweigert werden kann. Nach Art. 19 erster Halbsatz VwVG finden auf das Beweisverfahren ergänzend die Artikel 37, 39-

41 und 43-61 BZP sinngemäss Anwendung. Art. 45 Abs. 1 BZP bestimmt, dass jeder Zeuge in Abwesenheit der später abzuhörenden einvernommen wird. Bei Widerspruch der Aussagen kann er anderen Zeugen gegenübergestellt werden. Art. 46 BZP sieht schliesslich vor, dass der Zeuge durch den Richter einvernommen wird; die Parteien erhalten Gelegenheit, Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zu beantragen, über deren Zulässigkeit der Richter entscheidet.

4.2.2 Parteien sind keine Zeugen im engeren Sinne. Vielmehr können sie nur als Auskunftspersonen befragt werden. Ferner können sie nach dem System des VwVG nicht zur wahrheitsgemässen Aussage unter Hinweis auf die mögliche Strafbarkeit nach Art. 306 StGB angehalten werden. Denn Art. 19 VwVG verweist gerade nicht auf Art. 64 Abs. 2 BZP, der die Befragung von Parteien unter Androhung von Straffolgen nach Art. 306 StGB regelt. Die Botschaft des Bundesrates über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965 hält denn auch fest: "Eine qualifizierte Auskunft der Partei in Form des Parteiverhörs mit beeidigter oder nicht beeidigter Parteiaussage nach Artikel 306 des Strafgesetzbuches kommt für das Verwaltungsverfahren nicht in Frage" (BBl 1965 II 1348, S. 1366). Die Anwendbarkeit von Art. 64 BZP bzw. der erwähnten möglichen Strafandrohung gegenüber einvernommenen Parteien in Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden stellt somit eine Besonderheit im Verwaltungsverfahren dar.

4.3

4.3.1 Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Das Recht des Sekretariats, die Parteien zur Beweisaussage zu verpflichten, ergibt sich aus Art. 42 Abs. 1 KG. Während die Regeln über Beweisaussagen unter Straffolge sich aus der Verweisungsnorm des Art. 64 BZP ergeben, fehlt im KG ein Verweis auf die Regeln zum einfachen Parteiverhör nach Art. 62 BZP. Das wurde bereits dargelegt. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, das einfache Parteiverhör durch das Sekretariat der Vorinstanz näher zu regeln, hat das Sekretariat gestützt auf seine allgemeine Untersuchungskompetenz (Art. 23 Abs. 1 KG) und Art 42 Abs. 1 KG das Verfahren nach pflichtgemässem Ermessen durchzuführen. Einer formell-gesetzlichen Grundlage für die angefochtene Verfügung der Parteiöffentlichkeit der angeordneten Befragung bedarf es nicht. Wollte man dies anders sehen, müssten alle denkbaren Verfahrenshandlungen ebenfalls explizit geregelt sein.

4.3.2 Fraglich bleibt, welche Grundsätze die Vorinstanz bei der Festlegung der Modalitäten einfacher Parteiverhöre zu beachten hat.

Der Umstand, dass das Wettbewerbsrecht in Bezug auf die Möglichkeit, Parteien unter Straffolgen bei falscher Aussage einzuvernehmen, vom VwVG abweicht, könnte gegen die sinngemässe Anwendung von Art. 18 Abs. 1 VwVG sprechen, der gerade auf dem Grundsatz beruht, dass Parteien nicht unter Strafandrohung einvernommen werden können. Das ist auch zweifelhaft, weil das Urteil des Bundesgerichts, wonach in sinngemässer Anwendung der Grundsätze von Art. 18 VwVG auch Einvernahmen von Auskunftspersonen grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien durchzuführen sind (BGE 130 II 169 E. 2.3.5), nicht direkt einschlägig ist. Dieses Urteil betraf einen Sachverhalt, in dem ausschliesslich das VwVG (direkt) anwendbar war und die Auskunftsperson keine Parteistellung innehatte. Zudem ist zu beachten, dass Art. 19 VwVG auf eine Reihe von Bestimmungen des BZP verweist, die er als sinngemäss anwendbar erklärt (Art. 37, 39-41 und 43-61 BZP); in diesem Verweis ist Art. 38 BZP *nicht* enthalten, der ein grundsätzliches Recht der Parteien aufstellt, an allen Beweiserhebungen beizuwohnen. Dass der Gesetzgeber Art. 38 BZP bewusst ausgenommen hat, ergibt sich schon daraus, dass er in der Verweisungsnorm sonst ganz einfach die Art. 37-41 BZP hätte anführen können.

Der fehlende Verweis auf Art. 38 BZP in Art. 19 VwVG hat indessen nur die Zeugenaussage vor Augen, für die es den Verweis wegen eigener Regelung nicht braucht. Der Verzicht auf einen solchen Verweis kann nicht dahingehend interpretiert werden, dass für den Fall, dass spezialgesetzlich die Möglichkeit der Beweisaussage von Parteien vorgesehen ist, die Teilnahmerechte der anderen Parteien eingeschränkt werden sollten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Vorinstanz, Parteien zur Beweisaussage zu verpflichten, als ultima ratio auch unter Straffolge, die Kompetenz der Behörde miteinschliesst, allfälligen anderen Parteien – unter Vorbehalt von Ausschlussgründen – die verfassungsmässig garantierten Teilnahmerechte bei der Beweiserhebung einzuräumen. Das Gesagte spricht für eine sinngemässe Anwendung von Art. 18 Abs. 1 VwVG auf die hier zu beurteilenden Konstellationen.

4.4 Die Beschwerdeführerinnen haben nicht darlegen können, dass die angefochtene Verfügung elementaren Verfahrensgrundsätzen zuwiderlaufen würde bzw. sachlich unbegründet oder gar willkürlich wäre. Die Parteiöffentlichkeit der Parteieinvernahme ermöglicht es der Vorinstanz, auf spä-

tere Konfrontationseinvernahmen zu verzichten, was der Verfahrensbeschleunigung dient. Wie dargelegt, kann sich die Vorinstanz für ihre Anordnung sowohl auf die allgemeinen Kompetenznormen der Art. 23 Abs. 1 und Art 42 Abs. 1 KG als auch sinngemäss Art. 18 Abs. 1 VwVG stützen. Da die vorliegende von der Vorinstanz geführte Untersuchung in einem fortgeschrittenen Stadium steht und die Vorinstanz bereits verschiedene Parteiverhöre, auch der X._____-Gruppe, zumeist unter Ausschluss der anderen Parteien durchgeführt hat, ist die Anordnung eines parteiöffentlichen Verhörs des Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft der X._____ sowohl mit der Grundkompetenz der Vorinstanz als auch mit einer analogen Anwendung von Art. 18 Abs. 1 VwVG vereinbar.

4.5 Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

5.

Zu prüfen bleibt, ob eine reelle Gefahr besteht, dass der Geschäftsführer der V._____ AG bei seiner Befragung Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerinnen offenbart. Die oben dargelegte (E. 2.3), vielfach erprobte Vorgehensweise der Vorinstanz minimiert diese Gefahr bestmöglichst. Weil das Verfahren bereits weit fortgeschritten ist und auch schon Gesellschaften der X._____-Gruppe einvernommen wurden, können der Geschäftsführer der V._____ AG und die Beschwerdeführerinnen verlässlich abschätzen, welche Fragen die Vorinstanz stellen wird. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen an der Befragung des Geschäftsführers der V._____ AG teilnehmen werden und sowohl dieser als auch die Beschwerdeführerinnen jederzeit die Unterbrechung der Befragung beantragen können, um die Gefahr einer Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen zu bannen. Die von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Gefahren (vorne E. 2.2) erscheinen wenig wahrscheinlich und dürften durchwegs theoretischer Natur sein. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen die Vorinstanz vor der Parteibefragung auf Geschäftsgeheimnisse aufmerksam machen können.

6.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt und der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

6.1 Für Zwischenentscheide über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung werden praxisgemäss separate Verfahrenskosten auferlegt. Im vorliegenden Fall wurde das Gesuch der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 14. Dezember 2015 gutgeheissen; insoweit sind den Beschwerdeführerinnen keine Kosten aufzuerlegen. Da sie in der Hauptsache unterliegen, kann ihnen für den Aufwand im Zusammenhang mit dem Zwischenentscheid keine Parteientschädigung ausgerichtet werden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde vom 13. Oktober 2015 wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils, zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
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	Laura Melusine Baudenbacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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: 24. Februar 2016