



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4003/2016
asd/amt/pre

Zwischenverfügung vom 21. März 2017

In der Beschwerdesache

Parteien

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
alle vertreten durch (...),
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. **D.**_____,
2. **E.**_____,
3. **F.**_____,
1-3 vertreten durch (...),

4. **G.**_____,
vertreten durch (...),
Verfahrensbeteiligte,

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Sanktion im Verfahren (...),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.****A.a** (...).

Die Vorinstanz eröffnete am (...) eine Untersuchung (Nr. ...) gegen die Gesuchsgegnerinnen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) auf dem Markt für (...). Den Gesuchsgegnerinnen wurde vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten missbraucht zu haben, indem sie (...).

A.b Die Verfahrensbeteiligte 4 wirkte an der Vorabklärung und Untersuchung (...) aktiv mit (act. ...). Mit Schreiben vom (...) an die Vorinstanz ersuchte sie, „im Sinne von Art. 43 KG“ (Kartellgesetz, SR 241) am Verfahren beteiligt zu werden. Das Sekretariat der Vorinstanz gab dem Begehren mit Schreiben vom (...) statt. Angesichts der intensiven Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten 4, befand es, wäre es überspitzt formalistisch, das Gesuch als verspätet abzuweisen, obwohl die gesetzliche Frist dafür verstrichen sei. Sie beschränkte ihre Verfahrensbeteiligung, wie später mit Schreiben vom (...) jene des Verbandes „H.____“, aber „vorläufig in Anwendung von Art. 43 Abs. 2 KG auf die Anhörung“. Mit Zwischenverfügung vom (...) verfügte die Vorinstanz sodann die Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten 1-3 als „Dritte mit Parteistellung“ am Untersuchungsverfahren.

A.c Schriftliche Bedenken der Beschwerdeführerinnen vom (...) gegen die Beteiligung der Verfahrensbeteiligten 4 bezeichnete die Vorinstanz mit Schreiben vom gleichen Tag als verspätet und fügte hinzu, die Verfahrensbeteiligte 4 befinde sich materiell in einer vergleichbaren Situation wie die Verfahrensbeteiligte 1. Wäre ihr Gesuch als verspätet bezeichnet worden, könnte sie stattdessen verlangen als Partei beteiligt zu werden.

A.d Mit Verfügung vom (...), versandt am (...), erkannte die Vorinstanz auf Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen in Ausnützung einer beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 1 auf mehreren nationalen Märkten für (...) und auferlegte dem A.____-Konzern eine Sanktion von Fr. (...). Als Geschädigte dieser Handlungen erwähnte sie unter anderem die Verfahrensbeteiligte 4. (...)

B.

B.a Am (...) erhoben die Beschwerdeführerinnen gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und beantragten ihre vollumfängliche Aufhebung, eventuell Änderung und subeventuell die Rückweisung an die Vorinstanz.

B.b Am (...) erhoben auch die Verfahrensbeteiligte 4, und ebenso die Verfahrensbeteiligten 1-3, Beschwerde gegen diese Verfügung. Sie verlangten ergänzend die Anordnung kartellrechtlicher Massnahmen. Nach durchgeführtem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen zogen sie die Beschwerden wieder zurück. Das Verfahren wurde abgeschrieben (...).

C.

C.a Mit Instruktionsverfügung vom (...) erhielten die Beschwerdeführerinnen, die Verfahrensbeteiligten 1-4 und die Vorinstanz Gelegenheit zur Frage Stellung zu nehmen, ob den am vorinstanzlichen Verfahren mit Parteistellung beteiligten Dritten zur vorliegenden Beschwerde das rechtliche Gehör einzuräumen sei.

C.b Mit Schreiben vom (...) verzichtete die Vorinstanz auf Einwände gegen die Gewährung solchen Gehörs. Die angefochtene Verfügung habe sie allerdings einzig den Beschwerdeführerinnen und Verfahrensbeteiligten 1-3 als Parteien formell eröffnet und sie der Verfahrensbeteiligten 4 bloss zugestellt. H. _____ habe nicht um Zustellung ersucht.

C.c Die Verfahrensbeteiligten 1-3 verzichteten mit Schreiben vom (...) auf ihre Parteistellung und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren.

C.d Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Stellungnahme vom (...), den Verfahrensbeteiligten 1-4 kein rechtliches Gehör zu gewähren. Sie seien weder als Parteien noch als „andere Beteiligte“ nach Art. 57 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 173.021) ins Verfahren einzubeziehen, sondern hätten kein schutzwürdiges Interesse am Streitgegenstand der strittigen Sanktion, seien nicht besonders berührt, es fehle ihnen eine besondere Beziehungsnähe und der Verfahrensbeteiligten 4 insbesondere die Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren.

C.e In umgekehrtem Sinn argumentierte die Verfahrensbeteiligte 4 mit Stellungnahme vom (...): Ihre Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren sei spätestens mit der formellen Eröffnung der Verfügung an sie begründet worden, sie sei dadurch formell und materiell beschwert und entsprechend als Verfügungsgegnerin, zumindest aber als "andere Beteiligte" zur Teilnahme am Beschwerdeverfahren berechtigt und zur Vernehmung zuzulassen.

C.f Mit unverlangter Stellungnahme vom (...) wendeten die Beschwerdeführerinnen ein, die Verfahrensbeteiligte 4 habe nie Parteirechte am vorinstanzlichen Verfahren innegehabt. Die angefochtene Verfügung sei ihr nicht formell eröffnet worden. Mangels Anordnung kartellrechtlicher Massnahmen sei sie nicht materiell beschwert.

C.g Die Verfahrensbeteiligte 4 hielt dem mit Schreiben vom (...) entgegen, durch die erlittenen Umsatzeinbussen als Konkurrentin der Beschwerdeführerinnen sei sie materiell beschwert. (...)

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Eine Beschwerde ist unter Vorbehalt hier nicht gegebener Ausnahmen "der Vorinstanz und allfälligen Gegenparteien des Beschwerdeführers oder anderen Beteiligten zur Kenntnis" zu bringen, welchen ausserdem Frist zur Vernehmung anzusetzen ist (Art. 57 Abs. 1 VwVG).

Ob die Beschwerdeschrift vom (...) auch der Verfahrensbeteiligten 4 zur Kenntnis zu geben ist, hängt folglich davon ab, ob sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren Partei ist. Ist dies zu verneinen, ist eine Vernehmung als "andere Beteiligte" zu prüfen (Art. 57 Abs. 1 VwVG).

1.2. Für die Beurteilung des relevanten Sachverhalts ist vorliegend einstweilen auf die Tatsachen abzustellen, wie sie sich aus der angefochtenen Verfügung und den vorinstanzlichen Akten ergeben. Eine andere Beurteilung im weiteren Verlauf, namentlich im Hauptverfahren, bleibt vorbehalten.

2.

Beschwerdeführerinnen, Vorinstanz und Verfahrensbeteiligte wurden mit Instruktionsverfügung vom (...) eingeladen zur Frage Stellung zu nehmen, ob den am vorinstanzlichen Verfahren mit Parteistellung beteiligten

Dritten zur vorliegenden Beschwerde das rechtliche Gehör einzuräumen sei.

2.1. Die Vorinstanz hat, wie sie zurecht erinnert, nur die Verfahrensbeteiligten 1-3 mit Parteistellung am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Diese haben inzwischen auf rechtliches Gehör zur Beschwerde verzichtet.

2.2. Die Verfahrensbeteiligte 4 demgegenüber bringt vor, auch ohne Parteistellung vor der Vorinstanz sei sie durch die angefochtene Verfügung formell beschwert und darum mindestens als "andere Beteiligte" nach Art. 57 Abs. 1 VwVG zur Stellungnahme auf die Beschwerde einzuladen. Die Verfügung sei ihr formell eröffnet worden, sie habe am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sei mit ihren Anträgen zur Marktdefinition weitgehend unterlegen und stehe durch ihre direkte Konkurrenz zur Beschwerdeführerin 1, ihre Vertragsbeziehung zur Beschwerdeführerin 3 und ihre unmittelbare Benachteiligung durch das strittige Verhalten des beschwerdeführerischen Konzerns in einer besonderen Beziehungsnähe zum Streitgegenstand. Würde die Beschwerde antragsgemäss gutgeheissen, würden die Beschwerdeführerinnen unmittelbar aufgrund dieser Entscheidung ihr diskriminierendes Verhalten fortführen. (...)

2.3. Die Beschwerdeführerinnen halten dem entgegen, die Verfahrensbeteiligte 4 sei von der strittigen Sanktion nicht materiell beschwert, insbesondere drohe ihr kein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil. Die angefochtene Verfügung sei auf das Verhalten der Beschwerdeführerinnen im Zeitraum (...) bis (...) beschränkt. Heutige Kundenverluste hätten andere Ursachen. Selbst eine Bestätigung der strittigen Sanktion würde die Beschwerdeführerinnen darum nicht automatisch verpflichten, ihr Verhalten zu ändern, sondern die Verfahrensbeteiligte 4 müsste dafür den Zivilweg beschreiten. Nachdem diese ihre Beschwerde im Verfahren betreffend kartellrechtliche Massnahmen zurückgezogen habe, habe sie im dafür ungeeigneteren Verfahren betreffend die Sanktion auch kein Rechtsschutzinteresse mehr. Ihre Beziehungsnähe zum Streitgegenstand sei nicht grösser als die von anderen (...). Zudem sei ihre Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung am vorinstanzlichen Verfahren formungültig, da sie allein vom Sekretariat der Vorinstanz ohne Mitwirkung eines Präsidiumsmitglieds verfügt worden und damit nichtig sei. Die Annahme einer Beschwerdelegitimation setze sodann Parteirechte im erstinstanzlichen Verfahren voraus, und für einen Einbezug als "andere Beteiligte" nach Art. 57 VwVG bestehe kein hinreichendes Interesse.

3.

3.1. Als Gegenpartei im Beschwerdeverfahren ist nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsverfahrens legitimiert, wessen Rechte und Pflichten, im Widerstreit zu den Interessen des Beschwerdeführers, von der angefochtenen Verfügung und den Beschwerdeanträgen berührt werden (Art. 6 und 31 VwVG). Da als Parteien des allgemeinen Verwaltungsverfahrens auch alle Personen, Organisationen und Behörden gelten, welchen ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung zusteht (Art. 6 VwVG), erfüllen mindestens jene Verfahrensbeteiligten die Voraussetzungen als Beschwerdegegner, die gegen die angefochtene Verfügung, lautete sie umgekehrt, nach den in Art. 48 VwVG genannten Anforderungen zur Beschwerde legitimiert wären.

3.2. In der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb behinderte Personen können anmelden, dass sie sich an der vorinstanzlichen Untersuchung dieser Wettbewerbsbeschränkung beteiligen wollen (Art 43 Abs. 1 Bst. a KG). Die Vorinstanz behandelt befragte Wettbewerbsteilnehmer und Vertragspartner eines untersuchten Konzerns gestützt auf diese Bestimmung als Dritte, gesteht ihnen aber unter Umständen trotzdem Parteirechte zu (vgl. Art. 43 Abs. 4 KG e contrario). In Abweichung von der Abgrenzung zwischen Parteien und Dritten, die das allgemeine Verwaltungsverfahren von Verfahrensbeginn an scharf zieht, werden "Dritte mit Parteistellung" im Verlauf der vorinstanzlichen Untersuchung als Informanten mit Aussicht auf vor allem in späteren Verfahrensstadien auszuübende Parteirechte im Sinne einer spezifisch kartellrechtlichen Mischform beteiligt (vgl. SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, N 563, N 566 f., N 580; BENOÎT MERKT, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, 2. Aufl. Basel 2013, Art. 43 N 13 f.; PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Basel 2000, S. 212 f.). Die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist ausgenommen (Art. 43 Abs. 4 KG).

3.3. Das kartellrechtliche Untersuchungs- und Sanktionsverfahren dient der Beseitigung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen und anderer Wettbewerbsbeschränkungen im öffentlichen Interesse des Marktes (vgl. Art. 1 KG). Für den darüber hinausgehenden Schutz privater Interessen einzelner Marktbeteiligter, namentlich individuell geschädigter Konkurrenten, hat die Vorinstanz hingegen nicht aktiv zu werden (Art. 12 ff. KG).

Die allgemeinen Verfahrensregeln des VwVG sind im Kartellrecht nur anwendbar, wenn das KG nicht ausdrücklich von ihnen abweicht (Art. 39 KG). Für eine ausdrückliche Legitimation als Beschwerdegegner oder -führer vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält das KG zwar keine Anhaltspunkte (Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, E. 1.4.2 "Flughafen Zürich"). Durch Auslegung von Art. 39 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG müsste aber näher geprüft werden, ob die spezialrechtliche Rollenverteilung des erstinstanzlichen Verfahrens auch eine sinn-gemäss veränderte Rollenverteilung im Kartellbeschwerdeverfahren nach sich zieht, wodurch auch die allgemeinen Regeln über Parteirechte derogiert würden. Das Bundesgericht hat dies indessen bereits entschieden und klar festgehalten, die Diversifizierung von Art. 43 Abs. 1 KG wirke sich bloss, aber immerhin derart auf das Beschwerdeverfahren aus, dass Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auf die Auslegung von Art. 6 und 48 VwVG einfließen müsse (BGE 139 II 328, 336 E. 4.4 "Ticketcorner").

3.4. Diese höchstrichterliche Äusserung ist näher auszuführen. Das Bundesgericht hat 2013 die Beschwerdelegitimation dreier Konkurrentinnen gegen die Einstellung einer gegen Ticketcorner AG geführten Untersuchung und insbesondere die Voraussetzung bejaht, diese Konkurrentinnen stünden aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Ordnung in einer schutzwürdigen besonderen Beziehung zur Untersuchung bzw. zur Ticketcorner AG und könnten sich dadurch, sei es auch im eigenen Interesse, beschwerdeweise für die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs einsetzen (BGE 139 II 328, E. 3.3 f. "Ticketcorner"). Diesem Urteil zufolge versetzt das KG Konkurrenten grundsätzlich in eine besondere, beachtenswerte und nahe Beziehung zueinander, sind sie von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung direkt und unmittelbar betroffen und haben an deren Beseitigung ein praktisches und schutzwürdiges Interesse (BGE 139 II 328, 334 E. 3.5). Das Bundesgericht leitet aus dieser Feststellung aber kein allgemeines Konkurrentenbeschwerderecht ab, sondern betont, es sei zugleich zu vermeiden, dass Verwaltungsverfahren zu stark auf private Interessen ausgerichtet würden. Beteiligte nach Art. 43 KG am vorinstanzlichen Verfahren seien darum nur beschwerdelegitimiert, wenn sie zum Zweck der Durchsetzung öffentlicher Interessen des Kartellrechts Parteistellung verdienten, nämlich einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erlitten. Dieser setze eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und sei gegeben, wenn die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise sich in wesentlichem Ausmass, namentlich als Umsatzeinbusse, nachteilig auf den Konkurrenten auswirke (vgl. BGE 139 II 328, 336 f. E. 4.4 f. "Ticketcorner"). Das Bundesgericht präziserte damit

ein früheres obiter dictum, wonach Personen und Vereinigungen nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a und b KG in der Regel bereits aufgrund von Art. 6 VwVG über Parteirechte verfügten (BGE 124 II 499, 503 E. 3a "Le Temps").

3.5. Früher (und vor Erlass von Art. 49a KG) hatten das Bundesverwaltungsgericht und zuvor die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ("RekoWEF") ein hinreichendes, persönliches Betroffensein von direkt durch die sanktionierte Handlung Geschädigten als Beschwerdegegnerinnen gegenüber einer angefochtenen kartellrechtlichen Sanktion stets verneint, da ihr Interesse sich vom "allgemeinen Interesse übriger Bürger" nicht klar abhebe (Urteil B-2157/2006, E. 1.4.2 "Flughafen Zürich"; Entscheidung der RekoWEF vom 25. April 1997, RPW 1997, 243, 249 f. E. 1.7.2 "Künstliche Besamung"). (...)

3.6. Die Literatur ist dem Urteil BGE 139 II 328 "Ticketcorner" zurückhaltend begegnet (vgl. KEVIN HUBACHER, Schweizer Kartellrecht 2013 – ein Jahresrückblick, jusletter 23. Juni 2014, N 30 f.; RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 110 (2014), S. 233). Davor hatte sich das Schrifttum vor allem auf die Feststellung beschränkt, die an einer Untersuchung der Vorinstanz beteiligten Personen seien nicht alle beschwerdelegitimiert (STEFAN BILGER, BSK, Art. 43 N 21 ff.; BENOÎT MERKT, a.a.O., Art. 43 N 13 ff.). BREITENMOSER/WALDER SALAMIN verweisen für ein hinreichendes Betroffensein als Partei im Sinne des Urteils "Ticketcorner" auf den Zusammenhang des öffentlichen Interesses am wirksamen Wettbewerb zum individuellen Interesse des Konkurrenten (STEPHAN BREITENMOSER/KATHARINA WALDER SALAMIN, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Bern 2014, S. 37 f.). WASER weist auf die Möglichkeit einer dynamischen Rollenverteilung hin: Vermöge die Betroffenheit eines Konkurrenten kein Rechtsschutzinteresse zu generieren, das eine Parteistellung begründen würde, könne seine Beteiligung auf eine Anhörung beschränkt werden (ASTRID WASER, Verfahrensrechte der Parteien – neueste Entwicklungen, in Hochreutener/Stoffel/Amstutz, a.a.O., S. 85). Tatsächlich behält die Vorinstanz nach dem Gesagten unter Art. 43 KG die Möglichkeit, einen Konkurrenten vorläufig als beteiligten "Dritten" anzuhören, aber erst später, falls dazu überhaupt Antrag gestellt wird, über seine Parteistellung zu befinden.

3.7. Ein aktiver Beteiligungswunsch und vorhersehbare Nachteile im Zusammenhang mit einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde vermögen eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionierung missbräuchlichen Marktverhaltens darum nicht in allen Fällen zu legitimieren, verlangt ein Konkurrent des Beschwerdeführers in einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht jedoch, als Beschwerdegegner beteiligt zu werden, ist seine konkrete, individuelle Betroffenheit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Legitimation immerhin dann zu bejahen, wenn er sowohl unmittelbar persönlich als auch repräsentativ, nämlich vergleichbar für einen bedeutenden Teil des Marktes vom konkret zu prüfenden Verhalten des Beschwerdeführers betroffen ist.

Aufschlussreich, aber für die Legitimation der Verfahrensbeteiligten 4 als Beschwerdegegenerin nicht unmittelbar entscheidend, ist dagegen, ob sie im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung verdient hätte, ob die angefochtene Verfügung sie als Partei bezeichnet und ob ihr von der Vorinstanz materiell Parteirechte gewährt worden sind. Denn die Betroffenheit eines Beteiligten im Beschwerdeverfahren kann namentlich aufgrund der Beschwerdeanträge (BGE 136 II 165, 174 E. 5; BGE 125 V 413, 414 E 1b: Anfechtungsgegenstand vs. Streitgegenstand) oder veränderter Verhältnisse ausgeprägter oder untergeordneter als zuvor im vorinstanzlichen Verfahren erscheinen (BGE 131 II 497, 509 E. 5.1 "Edipresse").

3.8. Die Verfahrensbeteiligte 4 kann darum vorliegend nichts daraus gewinnen, dass auch sie gegen die vorliegend angefochtene Verfügung eine unterlassene Anordnung der Vorinstanz betreffend Beschwerde geführt hat (Verfahren ...), die inzwischen zurückgezogen wurde. Sie ist aber als Gegenpartei auch nicht schon darum vom Beschwerdeverfahren auszuschliessen, weil sie sich gegen ihre "vorläufig in Anwendung von Art. 43 Abs. 2 KG auf die Anhörung" beschränkte Mitwirkung als Dritte im Verfahren der Vorinstanz nicht zur Wehr gesetzt und ihre Beschwerde gegen den Verzicht auf kartellrechtliche Massnahmen nicht weiterverfolgt hat. Aus der Praxis des Bundesgerichts zum Ausschluss Dritter aus dem Verfahren von Unternehmenszusammenschlüssen vermögen die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich schon deshalb nichts für sich abzuleiten, weil das Beteiligungsregime in diesen Fällen enger normiert (Art. 43 Abs. 4 KG) und da das Bundesverwaltungsgericht nicht an die Interessenabwägung und Zuweisung von Parteirechten durch die Vorinstanz gebunden ist. Irrelevant für das Beschwerdeverfahren ist darum vorliegend auch, ob die erstinstanzliche Verfügung über die Beteiligung der Verfah-

rensbeteiligten 4 formrichtig unterzeichnet wurde, was die Beschwerdeführerinnen bestreiten.

3.9. Im Ergebnis sind die Bestimmungen von Art. 6 und 48 VwVG im Kartellbeschwerdeverfahren zwar anwendbar, Konkurrenten der sanktionierten Partei durch die angefochtene Verfügung aber erst dann besonders berührt und ihr Interesse am Streitgegenstand als schutzwürdig anzusehen (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG), wenn sie nicht nur für ihr eigenes Bedürfnis, sondern auch im Namen und zur Durchsetzung öffentlicher kartellrechtlicher Interessen Parteistellung verdienen und neben ihrer individuellen Beteiligung repräsentativ für einen bedeutenden Teil des Marktes vom zu beurteilenden Verhalten der beschwerdeführenden Partei betroffen sind.

4.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen im Hauptpunkt ihrer Beschwerde, die Verfügung der Vorinstanz vom (...) sei vollständig aufzuheben.

4.1. Diese Verfügung trifft Feststellungen zum (...), zur durchgeführten Untersuchung des Sekretariats und zum Schriftenwechsel vor der Vorinstanz, erwägt den Geltungsbereich des KG, den Kreis der Verfahrensbeteiligten, die anwendbaren Normen, bezeichnet die relevanten Märkte und analysiert die Marktstellung und das Marktverhalten der Beschwerdeführerinnen, verwirft kartellrechtliche Massnahmen, aber stellt als Ergebnis fest, der beschwerdeführerische Konzern habe auf mehreren nationalen Märkten für (...) über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG verfügt und dabei Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert, und unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen. Die Verfügung belastet dafür den Konzern, handelnd durch die Beschwerdeführerin 1, mit einer Sanktion und auferlegt ihr die Verfahrenskosten.

(...)

In dieser vielschichtigen Marktstruktur, hält die Verfügung fest, tritt der beschwerdeführerische Konzern mit den Beschwerdeführerinnen (...) als (...) auf. Nach Ansicht der Vorinstanz hat er auf mehreren Märkten (...) eine marktbeherrschende Stellung erreicht und die Beschwerdeführerin 1 (...) in missbräuchlicher Weise bevorzugt. Von (...) bis mindestens (...) stellt die angefochtene Verfügung diesbezüglich (1) eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (...), (2) eine unzulässige Diskriminierung (...)

und (3) eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (...) fest (...).

4.2. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten diese Sachdarstellung bezüglich der relevanten Wettbewerbsparameter, der Marktabgrenzung und dem Befund einer marktbeherrschenden Stellung, wofür sie auch Mängel der Untersuchung und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör anführen. Sie erblicken einerseits ein "grundlegend falsches Verständnis der verfassungsrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Komponenten" in der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz, weshalb sie auch die Vorwürfe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbeziehungen bestreiten, und berufen sich andererseits (...) auf Vertrauensschutz, eine Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* und Rechtsirrtum. Hinsichtlich des verwendeten Basisbetrags, der relevanten Umsätze und anderer Parameter stellen sie zudem die Berechnung der Sanktion infrage.

5.

5.1. Die Verfahrensbeteiligte 4 selbst erhielt, den Feststellungen der Vorinstanz zufolge, von den Beschwerdeführerinnen ungleiche Geschäftsbedingungen (...) auferlegt, in welchem Verhalten die Vorinstanz unmittelbar eine Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen erblickt. (...) Die Verfahrensbeteiligte 4 war damit von jeder beanstandeten Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen direkt mitbetroffen. Wie die Verfahrensbeteiligten 1-3 stand sie sogar im Mittelpunkt des sanktionierten Verhaltens. Ihre tatsächliche Beteiligung und eigene Erfahrung damit geht aufgrund ihrer vertraglichen Verbindung, den persönlichen Verhandlungen und der Zusammenarbeit ihrer Mitarbeitenden mit Vertretern der Beschwerdeführerinnen sogar weiter als jene der Verfahrensbeteiligten 1-3. (...) Sie legt glaubwürdig dar, dass sich das sanktionierte Verhalten bis heute erheblich auf ihren Erfolg (...) auswirkt, und zeigt eine vorbehaltlose Bereitschaft, mit allen Risiken und Obliegenheiten einer Beschwerdegegerin am Beschwerdeverfahren teilzunehmen.

Auf der anderen Seite ist die Verfahrensbeteiligte 4 erst seit (...) tätig, war also bloss während rund (...) des Zeitraums am Markt aktiv, in welchem die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen das kritisierte Verhalten attestiert. Ihr Marktanteil, der nicht in der Verfügung genannt wird, aber aus ih-

ren Antworten im Rahmen der Untersuchung zumindest für die damalige Zeit ersichtlich wird, beträgt (...) und erscheint damit verhältnismässig gering. (...). Im Hinblick auf diese Sonderstellung erweist ihre persönliche Betroffenheit zu ihrer repräsentativen sich als gegenläufig bzw. verliert sie durch ihre attraktive Position an Repräsentativität (vgl. vorne, E. 3.7). Dabei erscheint indifferent, dass die Verfahrensbeteiligte 4 noch kein (...) anbietet, da sie vor allem durch die Beschwerdeführerinnen daran gehindert wird.

5.2. Die facettenreiche Beurteilung spitzt sich damit vor allem auf die Frage zu, ob und inwieweit die angefochtene Verfügung über die Beurteilung eines historischen Marktverhaltens hinaus auch konkrete Massstäbe für ein späteres und vor allem ein künftiges Verhalten aller beteiligten Akteure an (...) -Märkten zum Ziel hat. Wird der Sanktionsentscheid sich konkret auf die Beurteilung nachmaliger Marktverhältnisse mitauswirken und auch die Praxis der Vorinstanz bzw. den Wettbewerb zwischen den künftigen Kräften bestimmen, dann erscheint die besondere Implikation, Vergleichbarkeit und Konkurrenz des Angebots der Verfahrensbeteiligten 4 zu den Beschwerdeführerinnen als programmatisch und ihr Einbezug als Beschwerdegegnerin ins vorliegende Verfahren als gerechtfertigt. Herrschen inzwischen aber veränderte Verhältnisse, die einen Vergleich des umstrittenen Verhaltens mit der Verfahrensbeteiligten 4 als überholt erscheinen lassen und in einem anderen Licht beurteilt werden müssten, besteht für einen solchen Einbezug kein Anlass.

In diesem Zusammenhang ist vorab auf das Argument der Beschwerdeführerinnen zu antworten, an einer Mitwirkung im Beschwerdeverfahren könne die Verfahrensbeteiligte 4 kein schutzwürdiges Interesse haben, da das Dispositiv der angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführerinnen nur die Sanktion und Verfahrenskosten auferlege. Der Ausgangspunkt der Sanktion, Gegenstand der Beurteilung der Beschwerde und damit ein Teil des Streitgegenstands ist, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen, vielmehr das ihnen vorgeworfene und von der Vorinstanz als missbräuchlich qualifizierte Verhalten. Indem sie dessen rechtliche Würdigung anfechten und eine Neuurteilung fordern, müssen sie, soweit sich diese als dafür legitimiert erweist, diesen Streitgegenstand auch für Äusserungen der Verfahrensbeteiligten 4 gegen sich gelten lassen.

Die Vorinstanz beschränkte ihre Untersuchung aus Gründen der Effizienz und Verfahrensbeschleunigung, aber nicht wegen einer inzwischen eingetretenen Marktveränderung, auf den Zeitraum (...). Sie räumte ein, es wä-

ren grundsätzlich die Verhältnisse bis heute zu berücksichtigen gewesen (Rz. ...). Die Beschränkung der Untersuchung auf (...), durch die auch der Basiswert der Sanktion reduziert wurde, rechtfertigte sie nur mit dem praktischen Argument, Sachverhalt und Datengrundlage seien vorliegend äusserst komplex. Es sei daher nicht möglich, immer weiter zu ermitteln (Rz. ...).

5.3. Die starke Marktstellung der als (...) gepaarten Beschwerdeführerinnen besteht nach den im Beschwerdeverfahren (...) gemachten Feststellungen im Grundsatz bis heute fort (vgl. ...). Wie an der Marktbefragung der Vorinstanz vom (...) dürften auch heute (...) von (...) Anbietern der (...)branche die Beschwerdeführerin 1 als eine ihrer Hauptkonkurrentinnen bezeichnen. (...) Die Fragen (...) des fairen Wettbewerbs im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung werden jedoch infolge des nach (...) fortgesetzten Wachstums der Beschwerdeführerin 1, auf welche die Verfahrensbeteiligte 4 hinweist, und dem seitherigen Ausbau der Technologien (...) aktuell bleiben. Es kann erwartet werden, dass die Vorinstanz, sollte ihre Verfügung in Rechtskraft erwachsen, gestützt auf die im vorliegenden Verfahren gewonnene Einsicht nötigenfalls weitere Untersuchungen eröffnen und Verhaltensweisen im gleichen Sinne sanktionieren wird. (...) Sind aber solche (...) Entwicklungen in die Beurteilung der Beschwerde einzubeziehen, liegt die Beziehungsnähe und repräsentative Betroffenheit der Verfahrensbeteiligten 4 zum Gegenstand der vorliegenden Sanktionsbeschwerde auf der Hand.

5.4. Die Verfahrensbeteiligte 4 ist folglich als Beschwerdegegnerin am Beschwerdeverfahren zu beteiligen, wodurch sich die Beurteilung ihres Einbezugs als "andere Beteiligte" im Sinne ihres Eventualbegehrens erübrigt. Die Beschwerdeführerinnen sind aufzufordern, allfällige von der Einsicht durch die Verfahrensbeteiligte 4 auszunehmende Passagen ihrer Beschwerdeschrift vom (...) genau zu bezeichnen. Der Verfahrensbeteiligten 4 ist sodann Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.

Die Verfahrensbeteiligten 1-3, die den Verzicht auf eigene Anträge, auf ihre Parteistellung und rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren erklärt haben, sind gleichzeitig aus dem Verfahren zu entlassen und künftig vom Rubrum zu nehmen.

6.

Über die Kosten dieses Entscheids und eine allfällige Parteientschädigung ist mit der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Verfahrensbeteiligte 4 wird als Beschwerdegegnerin am Beschwerdeverfahren beteiligt.

2.

Die Verfahrensbeteiligten 1-3 werden aus dem Beschwerdeverfahren entlassen.

3.

Die Beschwerdeführerinnen werden aufgefordert, innert zehn Tagen ab Rechtskraft der vorliegenden Verfügung allfällige von der Einsicht durch die Verfahrensbeteiligte 4 auszunehmende Passagen ihrer Beschwerdeschrift vom (...) genau zu bezeichnen.

4.

Über die Kosten dieses Entscheids und eine allfällige Parteientschädigung wird mit der Hauptsache befunden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Verfahrensbeteiligten (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

David Aschmann

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., insbesondere 93, und 100 BGG gegeben sind. Die Rechtschrift 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: 21. März 2017