

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-8282/2007

{T 0/2}

Urteil vom 1. September 2008

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richterin Maria Amgwerd,
Richter Claude Morvant;
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

1. **A.**_____ **AG**,
2. **B.**_____ **AG**,
beide vertreten durch Rechtsanwalt X._____
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

Wiederholung von Verfahrenshandlungen.

Sachverhalt:**A.**

Mit Datum vom 20. Juli 2006 erstattete die Q._____ SA beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) Anzeige gegen die A._____ AG wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit der Währungsumrechnungsfunktion (Dynamic Currency Conversion, DCC) bei Kreditkartenterminals. Daraufhin eröffnete das Sekretariat am 24. Juli 2006 eine Vorabklärung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" und stellte mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 fest, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlägen bzw. vorgelegen hätten. Am 17. Januar 2007 eröffnete es deshalb im Einverständnis mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gegen die A._____ AG und die B._____ AG. Sowohl der Schlussbericht als auch die Mitteilung an die A._____ AG bzw. die B._____ AG über die Eröffnung einer Untersuchung wurden (unter anderem) von R._____, einem Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO, unterzeichnet. Am 16. März bzw. 2. April 2007 verschickte das Sekretariat im Rahmen seiner Untersuchung Auskunftsbegehren an die Parteien sowie an Kartenverarbeiter und Terminalhersteller.

B.

Am 14. Mai 2007 orientierte der gemeinsame Rechtsvertreter der Y._____, der Z._____ und der C._____ AG das Sekretariat der WEKO telefonisch über die Zusammenschlussabsicht dieser drei Unternehmen. Laut Pressemitteilung vom 15. Mai 2007 sollte die Transaktion – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Eigentümer der beteiligten Unternehmen und die zuständigen Behörden – per Anfang 2008 wirksam werden. Am 11. Juni 2007 trafen sich Vertreter der Fusionsparteien mit Vertretern des Sekretariats der WEKO, darunter R._____, zu einer Besprechung in Bern, an welcher zunächst seitens der Y._____, der Z._____ und der C._____ AG das Zusammenschlussvorhaben präsentiert wurde. In der Folge bat R._____ die Delegation der Fusionsparteien, mit Ausnahme des General Counsel der C._____ AG, den Raum zu verlassen. Daraufhin unterbreitete er diesem einen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC", worauf der Angesprochene zu Bedenken gab, als General Counsel der C._____ AG sei er im Fall "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC", der zwei Gruppengesellschaften der C._____ AG betref-

fe, weder zuständig noch informiert. Die Thematisierung dieses Falles an der Sitzung vom 11. Juni 2007 war von der Wettbewerbsbehörde vorgängig nicht angekündigt worden.

C.

Am 14. Juni 2007 beschwerte sich der Rechtsvertreter der A._____ AG und der B._____ AG telefonisch beim Präsidenten der WEKO über das Verhalten von R._____. Dabei führte er insbesondere aus, dass es sich um eine Verletzung der Vertretungsregeln von Art. 11 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) handle, wenn das Sekretariat ohne Information und Beizug des Rechtsvertreters Gespräche in einem Untersuchungsverfahren führe. Im Weiteren hielt er fest, R._____ sei befangen, weil er versucht habe, zwei Verfahren, die nichts miteinander zu tun hätten, in einen Zusammenhang zu bringen. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 an den Rechtsvertreter der A._____ AG und der B._____ AG erklärte R._____ seinen Ausstand in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y._____, Z._____ und C._____ AG" mit folgenden Worten:

"Suite à la séance du 11 juin 2007 qui a, semble-t-il, donné l'impression qu'il y avait une relation entre les deux affaires citées sous rubrique – ce qui n'est pas le cas – et afin d'éviter toute ambiguïté quant à une éventuelle apparence d'opinion préconçue, je vous informe que j'ai décidé de me récuser dès aujourd'hui pour la suite desdites procédures."

Ebenfalls am 15. Juni 2007 teilte P._____, ein anderer Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO, dem Rechtsvertreter der A._____ AG und der B._____ AG brieflich mit, die beiden Geschäfte "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y._____, Z._____ und C._____ AG" würden ab sofort direkt von ihm in Zusammenarbeit mit den bisher zuständigen Dossierverantwortlichen betreut.

D.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2007 forderte der Rechtsvertreter der A._____ AG und der B._____ AG das Sekretariat der WEKO zur Wiederholung derjenigen Verfahrenshandlungen in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" auf, an denen R._____ mitgewirkt hatte. Das Sekretariat der WEKO lehnte dies mit Schreiben vom 12. Juli 2007 ab, indem es ausführte, der Anschein der Befangenheit sei erstmals anlässlich der Sitzung vom 11. Juni 2007

entstanden. Sämtliche Untersuchungshandlungen des Sekretariates hätten jedoch vor diesem Datum und auch vor dem 15. Mai 2007, dem Datum der Pressemitteilung des Zusammenschlussvorhabens "Y._____/Z._____/C._____ AG", stattgefunden. Die letzten Auskunftsbegehren, welche die Unterschrift von R._____ trügen, stammten vom 16. März 2007, als noch kein Ausstandsgrund vorgelegen habe.

E.

Auf schriftliches Ersuchen der A._____ AG und der B._____ AG vom 21. August 2007 erliess das Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums am 5. November 2007 eine Zwischenverfügung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC". Deren Dispositiv bestimmt, es seien keine Verfahrenshandlungen zu wiederholen und keine Akten zu entfernen.

F.

Mit Datum vom 6. Dezember 2007 reichten die A._____ AG und die B._____ AG (Beschwerdeführerinnen) gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Zwischenverfügung des Sekretariates der WEKO vom 5. November 2007 betreffend Wiederholung von Verfahrenshandlungen ein. Sie stellen folgende Anträge:

"Es sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. November 2007 aufzuheben.

Es sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, alle bisherigen Verfahrenshandlungen des Verfahrens 32-0205, an denen [R._____] formell oder materiell mitgewirkt hat, zu wiederholen und die diesen Verfahrensschritten zugehörigen Akten aus dem Recht zu weisen

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führen sie an, der Ausstandsgrund könnte bereits bei Eröffnung der Vorabklärung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" am 24. Juli 2006 bestanden haben. Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz sei formeller Natur. Eine Übernahme des Verfahrens durch P._____ könne den Fehler nicht heilen.

G.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 2008, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Sie begrün-

det dies im Wesentlichen damit, dass der Ausstandsgrund frühestens am 14. Mai 2007 eingetreten sein könne, als der R._____ vom Fusionsvorhaben "Y._____/Z._____/C._____ AG" erfahren habe. In kartellrechtlichen Verfahren würden die Entscheide durch die Kommission und nicht durch das Sekretariat getroffen. Vorliegend gebe es aber noch keinen Entscheid, der aufgrund der formellen Natur des Anspruchs aufgehoben werden könnte. Einem allfälligen Verfahrensfehler käme nur geringes Gewicht zu. Zudem fehle es an der Unmittelbarkeit, welche zu einer Beeinflussung des Befragten führen könnte. Die Abfassung eines grundlegend anderen Fragebogens sei praktisch unmöglich, weil der gleiche Sachverhalt abgeklärt werden müsste.

H.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Die Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO vom 5. November 2007 kann einen derartigen Nachteil für die Beschwerdeführerinnen zur Folge haben, wenn und soweit sie ein mit einem nicht heilbaren Mangel behaftetes Verfahren aufrechterhalten bzw. fortsetzen würde. Demnach ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

2.

Die Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, sind also zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf

das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

3.

Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob der am 15. Juni 2007 per sofort, mit Wirkung für die Zukunft in den Verfahren "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y._____, Z._____ und C._____ AG" erklärte Ausstand von R._____ als Rechtsfolge die Aufhebung (inklusive Entfernung der zugehörigen Akten) und Wiederholung aller bisherigen Verhandlungen in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC", an denen R._____ formell oder materiell mitwirkte, nach sich zieht.

4.

4.1 Nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Art. 22 KG regelt lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern. Für den Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariates der WEKO ist daher Art. 10 VwVG massgebend.

4.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG treten Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in lit. a-c genannten Gründen in der Sache befangen sein könnten. Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt (Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (a.a.O.).

5.

Ergibt der Sachverhalt, dass ein Ausstandsgrund bereits zu Beginn des Verfahrens "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" vorlag, muss die Rechtsfrage, ob er auch rückwirkende Folgen zeitigen kann, nicht geprüft werden.

5.1 Die Vorinstanz räumt ein, Verfahrenshandlungen, die zwischen dem 14. Mai und dem 11. Juni 2007 stattgefunden hätten, müssten ebenso wiederholt werden wie solche, die nach dem 11. Juni 2007 erfolgt seien und an denen R._____ mitgewirkt habe. Nach Ansicht der Vorinstanz lässt sich demzufolge der Zeitpunkt, in welchem der Ausstandsgrund eintrat, mit dem 14. Mai 2007, dem Tag der telefonischen Orientierung des WEKO-Sekretariates über das Zusammenschlussvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG", genau bestimmen.

5.2 Die Beschwerdeführerinnen halten es demgegenüber für unmöglich, den Zeitpunkt zu eruieren, ab welchem der Ausstandsgrund vorlag. Ihrer Meinung nach könnte er bereits bei Eröffnung der Vorabklärung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" am 24. Juli 2006 bestanden haben.

5.3 Dafür gibt der Sachverhalt allerdings keine Hinweise, und auch die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, das ihre Hypothese untermauern könnte. Wäre in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" schon vor dem 14. Mai 2007 zumindest der Anschein einer Befangenheit von R._____ entstanden, so könnte dieser jedenfalls nicht mit dem Fusionsvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG" zusammenhängen. Auch wenn Befangenheit, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen, als innerer Zustand für Drittpersonen schwierig zu eruieren ist, lässt sich aus Gegebenheiten, welche mindestens den Anschein der Befangenheit in einem bestimmten Zeitpunkt begründen, nicht ohne weitere objektive Anhaltspunkte schließen, dass dieser Anschein oder tatsächliche Befangenheit bereits in einem viel früheren Verfahrensstadium existierte. Sonst würden die höchstrichterlichen Kriterien für das Vorliegen eines Ausstandsgrundes aus den Angeln gehoben. Das Verhalten von R._____ am 11. Juni 2007 kann den Anschein der Befangenheit deshalb nicht für den Zeitraum vor dem 14. Mai 2007 hervorgerufen haben. Die Beschwerdeführerinnen selbst bezeichnen die Vorschläge, welche er am 11. Juni 2007 in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" unterbreitete, bzw. den Zusammenhang, den er aus ihrer Sicht mit

dem Fusionsvorhaben "Y._____, Z._____ und C._____ AG" herstellte, als diejenigen Umstände, die objektiv geeignet seien, Misstrauen gegen seine Unbefangenheit zu wecken.

5.4 Einen allfälligen anderweitigen Ausstandsgrund hätten die Beschwerdeführerinnen in jenem Zeitpunkt geltend machen müssen, in welchem sie von entsprechenden Umständen erfahren hätten. Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird nämlich gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, also nach Kenntnisnahme bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird (BGE 132 II 485 E. 4.3).

5.5 Ob R._____ tatsächlich befangen war, kann im Übrigen dahingestellt bleiben, denn die Vorinstanz gesteht zu, dass sein Verhalten einen Ausstandsgrund herbeiführte, auch wenn sie bestreitet, dass er wirklich befangen war bzw. eine Verbindung zwischen den beiden Verfahren schlug, um Druck aufzusetzen.

5.6 Zusammenfassend lässt sich in tatsächlicher Hinsicht feststellen, dass der geltend gemachte Ausstandsgrund nicht vor dem 14. Mai 2007 eintrat und dass keine Umstände ersichtlich sind, welche einen Ausstandsgrund vor diesem Datum gesetzt hätten.

6.

Zu bestimmen sind nunmehr die rechtlichen Folgen des Ausstandes von R._____ für das Verfahren "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC".

6.1 Art. 10 VwVG enthält ebensowenig wie Art. 22 KG ausdrückliche Vorschriften über die Rechtsfolgen des Ausstandes. Nach bundesgerichtlicher Praxis müssen alle Verfahrensschritte, die sich auf einen Entscheid auswirken können, aufgehoben werden, wenn sie unter Beteiligung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds zustande kamen; entsprechende Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Der ausstandspflichtige Funktionsträger soll vom Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess vollständig ausgeschlossen werden (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 125 und 129). Er soll sich ab sofort nicht mehr mit dem Dossier befassen und keinen Zugang zu den entsprechenden Dokumenten erhalten

(PAUL RICHLI, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 564). Ebensovienig soll er den Entscheid über Drittpersonen beeinflussen können (BENJAMIN SCHINDLER, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBI 4/2005, S. 88).

6.2 Einigkeit herrscht zwischen den Parteien darüber, dass der am 15. Juni 2007 erklärte Ausstand Wirkungen für alle ab dem 14. Mai 2007 in diesem Verfahren vorgenommenen Handlungen, an denen R._____ beteiligt war, entfaltet. Laut Vorinstanz fanden aber sämtliche Handlungen vor dem 14. Mai 2007 statt, was allerdings insofern nicht zutrifft, als R._____ dem General Counsel der C._____ AG am 11. Juni 2007 einen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung in Sachen "A._____ AG/B._____ AG/Terminals mit DCC" unterbreitete (vgl. Art. 29 KG).

6.3 Zu prüfen bleibt daher noch, ob der Ausstandsgrund auf Verfahrensschritte zurückwirkt, welche vor seinem Eintritt vollzogen wurden.

6.3.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Verfahren müsse besonders hohen Anforderungen genügen, stehe doch eine kartellrechtliche Sanktion mit Strafcharakter zur Diskussion. Liege rechtsstaatlich nicht tolerierbares Verhalten vor, könne dies nicht durch einfachen Übergang zur Tagesordnung und Fortsetzung des Verfahrens behoben werden. Bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen entstünden subtile Abgrenzungsfragen, welche von Beginn weg grundlegend und korrekt untersucht werden müssten. Würden Ansprüche formeller Natur verletzt, hebe die Rechtsmittelinstanz den betreffenden Entscheid auf und weise die Sache zur Neuurteilung und Wiederholung der fehlerhaften Verfahrensschritte an die Vorinstanz zurück.

6.3.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, wichtigste Folge der Ausstandspflicht sei, dass der betroffene Entscheidträger vom weiteren Meinungsbildungs- und Entscheidungsfindungsprozess auszuschliessen sei. Für einen Sekretariatsmitarbeiter bedeute dies, dass er nicht mehr an einem bestimmten Fall arbeite und über den weiteren Verlauf des Verfahrens weder informiert noch dokumentiert werde. Diese Rechtsfolge sei durch das Sekretariat beachtet worden. Das Verfahren sei unverzüglich auf P._____ übertragen worden, so dass R._____ insbesondere von der Erstellung des Entscheidantrages an die Kommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG ausgeschlossen sei. Im vorliegenden Fall

sei noch gar kein Entscheid getroffen und noch nicht einmal ein Antrag des Sekretariates an die WEKO gestellt worden.

6.3.3 Der Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz, der sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergibt und in Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG konkretisiert wird, ist formeller Natur (GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 29 N. 8; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N. 2722 f.; SCHINDLER, S. 171 f.). Seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. der angefochtenen Verfügung (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d bzw. BGE 126 V 130 E. 2b). Alle Verfahrenshandlungen, die sich auf einen Entscheid auswirken können, müssen aufgehoben werden, wenn sie von einem ausstandspflichtigen Behördenmitglied oder unter Beteiligung eines solchen vorgenommen wurden (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ist ein Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO ausstandspflichtig, so hat er sich daher jeglicher Tätigkeit im betreffenden Fall zu entziehen (BILGER, S. 129). Er ist in der Regel durch einen anderen Mitarbeiter des Sekretariates zu ersetzen (BILGER, S. 124).

6.3.4 In der hier zur Diskussion stehenden Untersuchung "A. _____ AG/B. _____ AG/Terminals mit DCC" des Sekretariats der WEKO wurde R. _____ frühestens am 14. Mai 2007 ausstandspflichtig. Alle Verfahrenshandlungen, an denen er ab dem 14. Mai 2007 in dieser Sache mitwirkte, müssen deshalb aufgehoben werden. Da R. _____ am 15. Juni 2007 in den Ausstand trat, betrifft dies einzig seinen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung. Die entsprechenden Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ein aufzuhebender Entscheid oder eine aufzuhebende Verfügung in der Sache selbst liegt noch nicht vor. Vor dem 14. Mai 2007 unter Mitwirkung von R. _____ durchgeführte Verfahrenshandlungen erfolgten in einem Zeitraum, in dem dieser nicht ausstandspflichtig war, weshalb sie jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Ausstandspflicht nicht zu beanstanden sind. Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Bundesgerichtspraxis, die mit der Aufhebung vorinstanzlicher Urteile und der Wiederholung der betreffenden Verfahren einherging, bezieht sich auf Sachentscheide, welche unter Mitwirkung effektiv ausstandspflichtiger Personen zustande kamen. BGE 119 Ia 13, den die Beschwerdeführerinnen als nicht einschlägig erachten, enthält (in E. 3a) immerhin folgende allgemeine, vom konkreten Fall unabhängige Erwägung zu den

Rechtsfolgen der Ausstandspflicht: "Cette garantie a pour corollaire que toute décision, ou tout acte de procédure susceptible d'influer sur la décision, pris par un magistrat récusé ou avec la participation d'un tel magistrat, doit pouvoir être écarté de la procédure." In der hier zu besprechenden Untersuchung (bzw. in der zugehörigen Vorabklärung) gab es jedoch mit Ausnahme des Vorschlags für eine einvernehmliche Lösung keine aktenkundigen Verfahrenshandlungen, die unter dem Einfluss einer im fraglichen Zeitpunkt ausstandspflichtigen Person stattgefunden hätten. Allerdings wird die WEKO bzw. ihr Sekretariat bei der Weiterführung der Untersuchung sicherstellen müssen, dass darauf auch keine Personen Einfluss nehmen, welche bereits an der Formulierung des erwähnten Vorschlags mitwirkten.

7.

Gewiss stellen sich bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen Abgrenzungsfragen, welche von Anfang an sorgfältig geprüft werden müssen, und im Fall drohender kartellrechtlicher Verwaltungssanktionen mögen für das Verfahren besonders hohe Anforderungen gelten. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für ein unsorgfältiges oder fehlerhaftes Vorgehen der WEKO bzw. ihres Sekretariates in jenem Verfahrensstadium, in welchem noch keine Ausstandspflicht gegeben war. Auch deshalb liesse sich eine Wiederholung früherer Verfahrenshandlungen nicht rechtfertigen. Zudem ergäbe eine Wiederholung insoweit keinen Sinn, als der gleiche Sachverhalt mittels standardisierter Fragebogen nochmals erhoben werden müsste, es wäre denn, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich in massgebender Weise verändert.

8.

8.1 Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

8.2 Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind den grossmehrheitlich unterliegenden Beschwerdeführerinnen zu $\frac{4}{5}$ (Fr. 2'000.-) aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR

173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen. Entsprechend sind die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Fr. 2'600.-) in sinngemässer Anwendung von Art. 67 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) um $\frac{1}{5}$ auf Fr. 2'080.- zu reduzieren.

8.3 Soweit die Beschwerdeführerinnen obsiegen, ist ihnen gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1000.-- zu Lasten der WEKO zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden zu $\frac{4}{5}$ (Fr. 2'000.-) den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 500.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die den Beschwerdeführerinnen durch die Vorinstanz auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 2'600.- werden um $\frac{1}{5}$ auf Fr. 2'080.- reduziert.

4.

Den Beschwerdeführerinnen wird eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.- zu Lasten der WEKO zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)

- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0205; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Urs Küpfer

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 3. September 2008