



Zwischenentscheid vom 12. Februar 2019

Besetzung

Richter Keita Mutombo (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Christian Winiger,
Gerichtsschreiber David Roth.

Parteien

A. _____-Gruppe, bestehend aus:

1. **A. _____ AG**,
2. **B. _____ AG**,
3. **C. _____ AG**,

alle vertreten durch Dr. iur. Gerald Brei, Rechtsanwalt,
Voillat Facincani Sutter + Partner,
Fortunagasse 11-15 / Rennweg, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Untersuchung [...] betreffend Hoch- und
Tiefbauleistungen Engadin I wegen unzulässiger
Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG
(Sanktionsverfügung vom 26. März 2018).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 26. März 2018 untersagte die Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) der A. _____ AG, der B. _____ AG und der C. _____ AG (A. _____-Gruppe, nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) näher bezeichnete Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen (Dispositivziffer 1). Weiter belastete die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Übersicht in Abschnitt C.3.6 (recte: C.4.6) der Verfügung solidarisch mit einem Betrag von Fr. [4.7 – 5.5 Mio.] (Dispositivziffer 2.2) und auferlegte ihnen solidarisch Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. [...] (Dispositivziffer 4.2).

B.

Mit Beschwerde vom 28. Mai 2018 stellten die Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwaltungsgericht folgende Hauptanträge:

- „1. Dispositiv Ziffer 2.2 der Verfügung der Weko vom 26. März 2018 sei aufzuheben und die de[n] Beschwerdeführerin[nen] auferlegte Sanktion nach Ermessen des Gerichts auf ein angemessenes Mass zu reduzieren.
2. Bei der Bestimmung des Basisbetrags für erwiesene Wettbewerbsverstösse sei auf den Umsatz der Beschwerdeführerin[nen] auf den relevanten projektspezifisch abzugrenzenden Märkten abzustellen.
3. Zur Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 [der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2014 (SVKG, SR 251.5)] für den Tatkomplex Zusammenarbeit mit der [X. _____] AG sei ein Umsatz der Beschwerdeführerin[nen] auf den relevanten Märkten im Zeitraum vom 1. November 2009 bis 30. Oktober 2012 in Höhe von CHF [...], eventualiter in Höhe von CHF [...], sub-eventualiter in Höhe von CHF [...] und sub-sub-eventualiter maximal in Höhe von CHF [...] massgebend.
4. Bei der Sanktionsbemessung für den Tatkomplex Zusammenarbeit mit der [X. _____] AG sei de[n] Beschwerdeführerin[nen] nach Art. 12 Abs. 3 SVKG ein Bonus in der Höhe von 80 % zu gewähren.

5. Es sei für den Tatkomplex Vorversammlungen festzustellen, dass für die Jahre 2007 und 2008 das Bestehen oder die Fortsetzung einer allfällig vorher bestehenden Gesamtabrede als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a und lit. c KG nicht erwiesen ist.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.“

C.

Mit Vernehmlassung vom 4. September 2018 stellte die Vorinstanz den Hauptantrag, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, und den Verfahrensantrag, dass das Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken sei. Eventualiter sei die Beschwerde kostenfällig abzuweisen.

D.

Mit Replik vom 26. Oktober 2018 beantragten die Beschwerdeführerinnen ergänzend die Abweisung des vorinstanzlichen Verfahrensantrags. Sie begründeten dies mit prozessökonomischen Überlegungen und dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2018 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass das Bundesverwaltungsgericht über das Vorliegen der Eintretensvoraussetzungen entsprechend dem vorinstanzlichen Verfahrensantrag einen selbständigen Zwischenentscheid fällen werde und hierzu kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei.

F.

Auf die weiteren entscheidenderheblichen Vorbringen der Parteien wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der vorliegende Zwischenentscheid erweist sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen insofern als prozessökonomisch, als die Parteien Gelegenheit erhalten, eine von ihren Anträgen abweichende Beurteilung der Prozessvoraussetzungen einer unmittelbaren Entscheidung durch das Bundesgericht zuzuführen. Die Vorinstanz hat ihren Verfahrensantrag ausdrücklich mit dieser Möglichkeit begründet. Tatsächlich käme das Verfahren bei Nichteintreten zum Abschluss; es würden sich umfangreiche Erwägungen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erübrigen, infolgedessen das Verfahren voraussichtlich um einiges rascher abgeschlossen werden könnte. Letzteres gälte selbst bei einem teilweisen Nichteintreten. Allfällige zeitweilige Verzögerungen erscheinen deswegen in der Gesamtbetrachtung durchaus objektiv gerechtfertigt. Somit wird das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch diesen Zwischenentscheid beziehungsweise dessen allfällige bundesgerichtliche Kontrolle nicht ungebührlich verzögert. Das Vorgehen ist vielmehr zweckmässig und im Einklang mit dem Beschleunigungsgebot von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

2.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und inwieweit auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. nur BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerde vom 28. Mai 2018 richtet sich gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 26. März 2018 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerinnen sind als Verfügungsadressatinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die angefochtene Verfügung wurde am 27. April 2018 zugestellt, infolgedessen die Beschwerdefrist gewahrt wurde (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 f. VwVG). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.

Die Vorinstanz bezeichnet die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen als unzulässig. Hinsichtlich der Antragsziffer 1 macht sie geltend, das Begehren verletze das Bestimmtheitsgebot, indem es die auszusprechende Sanktion ins Ermessen des Gerichts stelle. Die Beschwerdeführerinnen wären in der Lage gewesen, präzise Rechtsbegehren zu stellen. Mit Verweis auf das Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.1 f. (nicht publiziert in BGE 144 II 246) führt die Vorinstanz weiter aus, dass das Erfordernis von bestimmten und gegebenenfalls bezifferten Anträgen im Rechtsmittelverfahren auch im Bereich des Kartellrechts gelten müsse (siehe sogleich E. 5 hiernach). Zudem befänden sich die Antragsziffern 1 bis 3 ausserhalb des Streitgegenstands, indem die Beschwerdeführerinnen geltend machten, dass sie anstelle einer Gesamtabrede für einzelne projektspezifische Submissionsabreden zu sanktionieren seien. Letztere seien nicht Anfechtungsgegenstand, weil über sie keine Verfügung ergangen sei, und deren erstmalige Beurteilung und Sanktionierung durch das Bundesverwaltungsgericht wäre unrechtmässig. Auch würden die Beschwerdeführerinnen ausschliesslich einen reformatorischen Entscheid anstreben, insofern ein Rückweisungsentscheid nicht zur Disposition stehe. Weiter würden sich die Antragsziffern 2 bis 4 in unzulässiger Weise gegen die Verfügungsbegründung richten, welche nicht angefochten werden könne. Schliesslich handle es sich bei Antragsziffer 5 um ein unzulässiges Feststellungsbegehren, indem es auf die Feststellung einer Tat- anstelle einer Rechtsfrage ziele, ein schutzwürdiges Interesse nicht ersichtlich sei und der Grundsatz der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen missachtet werde (siehe E. 6 hiernach).

5.

5.1

5.1.1

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Gemäss Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.111) entscheidet das Bundesgericht bei Gutheissung der Beschwerde in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung zurück. Aufgrund des reformatorischen Charakters der Beschwerde ans Bundesgericht darf sich ein Beschwerdeführer grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der

Sache stellen (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3; Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.1, je mit Hinweisen).

5.1.2

Der Wortlaut der vorzitierten Normen ist weitgehend entsprechend, und der Beschwerdecharakter stimmt ebenfalls überein. Dies legt an sich nahe, dass sich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht im Grundsatz ebenso wenig auf einen kassatorischen Antrag beschränken darf. In der Lehre finden sich hingegen mitunter Hinweise, dass ein blosser Antrag auf Aufhebung nicht „schade[...]“ beziehungsweise ein Sachantrag „nicht zwingend notwendig“ sei. Diesfalls stelle der Beschwerdeführer die Rechtsfolge ins Ermessen der Behörde (ISABELLE HÄNER, Anforderungen an eine Beschwerde, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013 [hiernach: Brennpunkte], S. 27 ff., 30; SEETHALER/PORTMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2016 [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Art. 52 N 47). Zudem entscheide das Bundesverwaltungsgericht in der Regel in der Sache selbst, und dies selbst dann, wenn bloss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragt sei (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rn. 3.191 mit Hinweisen). Unter Verweis auf den vorzitierten BGE 137 II 313 E. 1.3 findet sich aber auch die Forderung, „wo möglich und sinnvoll [müsse] ein Antrag in der Sache selbst – und nicht ein blosser Aufhebungsantrag – gestellt werden“ (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49 N 52). Die Frage ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bislang ebenso wenig eindeutig geklärt. Sie kann hier derweil offenbleiben: Einerseits lautet Antragsziffer 1 der Beschwerde auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung sowie Reduktion der Sanktion „nach Ermessen des Gerichts auf ein angemessenes Mass“. Die Beschwerdeführerinnen beschränken sich demnach nicht auf einen kassatorischen Antrag, sondern stellen vielmehr einen Antrag in der Sache. Dies räumt denn auch die Vorinstanz ein. Andererseits erweist sich der Sachantrag im vorliegenden Einzelfall – wie hiernach zu zeigen sein wird und entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – gleichsam als genügend bestimmt (siehe sogleich E. 5.2).

5.2

5.2.1

Nach der zivilverfahrensrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt es keine formelle Rechtsverweigerung dar, in der Berufungseingabe

bestimmte und im Falle von Geldforderungen bezifferte Begehren zu verlangen. Ausnahmsweise ist hingegen einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Rechtsbetrag zuzusprechen ist (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.1 f. mit Hinweisen). Dieser Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht (vgl. Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.1 mit Hinweisen; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin [Hrsg.], *Commentaire de la LTF*, 2. Auflage 2014 [hiernach: *Commentaire LTF*], Art. 42 N 17 6. Lemma).

5.2.2

Gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerdeschrift die Begehren zu enthalten. Die Begehren müssen bestimmt abgefasst sein und angeben, welche Entscheidung von der Rechtsmittelbehörde gefällt werden soll. Dies ist der Fall, wenn die Begehren bei einer erfolgreichen Beschwerde unverändert in das Dispositiv übernommen werden können (vgl. BVGE 2013/45 E. 4.2.1; Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.2). Es ist – im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hiervor – derweil nicht zu fordern, dass eine gewissermassen spiegelbildliche Übernahme des Antragwortlauts ins Dispositiv möglich sein muss, ansonsten auf die Beschwerde (teilweise) nicht einzutreten wäre. Die Begründung und allenfalls der angefochtene Entscheid könnten bei einem solchen Verständnis auslegungsweise nämlich für die Festlegung des Dispositivs überhaupt nicht beigezogen werden. Im Ergebnis müssen sinngemässe, einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zugängliche Begehren genügen (vgl. Urteil des BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 1.2 [nicht publiziert in BGE 139 III 24] mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.2; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: *Commentaire LTF*, Art. 42 N 18). Es dürfen insofern keine überrissenen Anforderungen an die Bestimmtheit der Begehren gestellt werden, als deren Erfüllung dem Beschwerdeführer im konkreten Einzelfall unzumutbar wäre (in diesem Sinne Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.2). Das Bestimmtheitsgebot bezweckt notabene vornehmlich die Bestimmbarkeit des Streitgegenstands. Es muss hinlänglich ersichtlich werden, in welchem Umfang die Beschwerdeführerinnen den Anfechtungsgegenstand zur Disposition stellen sowie einer autoritativen Entscheidung durch das Gericht zuführen wollen (zu den Voraussetzungen für eine Unter- bzw. Überschreitung der beschwerdeführerischen Anträge siehe Art. 62 VwVG; vgl. BERNHARD WALDMANN, *Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege*, in: *Brennpunkte*, S. 1 ff., 9, 12 f.).

5.2.3

Letzterem genügt die vorliegende Beschwerde: Der Streitgegenstand wird durch Antragsziffer 1 in Verbindung mit dem begründenden Gehalt der Antragsziffern 2 bis 4 und der zugehörigen Beschwerdebeurteilung – soweit zumutbar – hinreichend bestimmt (siehe sogleich E. 5.2.4), so dass vorliegend keine Bezifferung der anerkannten Sanktionshöhe zu fordern ist. Infolgedessen ist für das Bundesverwaltungsgericht rechtsgenügend erkennbar, welche Rügen der Beschwerdeführerinnen es „Punkt für Punkt“ abzuarbeiten gilt und inwiefern die vorinstanzliche Verfügung mit grundsätzlich uneingeschränkter Kognition auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen ist (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5). Es kann demnach auch offenbleiben, ob ein Nichteintretensentscheid ohne Einräumung einer kurzen Nachfrist zur Beschwerdeverbesserung im Sinne von Art. 52 Abs. 2 f. VwVG unzulässig gewesen wäre, wie es die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik vorbrachten.

5.2.4

Die Beschwerdeführerinnen begehren in Antragsziffer 1 eine Reduktion der Sanktion „nach Ermessen des Gerichts auf ein angemessenes Mass“. Wie sie in ihrer Replik zutreffend bemerken, war ihnen vorliegend ein konkret bezifferter Antrag unzumutbar: Die Beschwerdeführerinnen rügen die vorinstanzliche Qualifikation des ihnen zur Last gelegten und sanktionierten Verhaltens als Gesamtabrede und machen geltend, dass der massgebliche Sachverhalt lediglich die Feststellung der Unzulässigkeit und Sanktionierung einzelner projektspezifischer Submissionsabreden erlaube. Mit Verweis auf Randziffer 642 der angefochtenen Verfügung räumt die Vorinstanz selbst ein, dass die einzelnen Abreden weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht abschliessend beurteilt wurden. Diese Beurteilung und die zugehörige Sanktionsbemessung kann den Beschwerdeführerinnen vorliegend nicht auferlegt werden. Die Beschwerdeführerinnen unterbreiten mit ihrer Vorgehensweise vielmehr in zulässiger Weise die Rechtswidrigkeitserkenntnis und grundsätzlich den gesamten Sanktionsbetrag von Fr. [4.7 – 5.5 Mio.] der gerichtlichen Beurteilung (zu den resultierenden Kosten- und Entschädigungsfolgen siehe E. 8 hiernach). Die Beschwerdeführerinnen quantifizieren darüber hinaus den zur Bestimmung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG für den Tatkomplex Zusammenarbeit mit der X. _____ AG massgebenden und beanstandeten Umsatz frankengenau sowie rügen für denselben Tatkomplex, dass die Sanktion nicht nach Art. 12 Abs. 3 SVKG im höchstmöglichen Mass reduziert worden sei. Zudem begehren sie, wie sich aus Randziffer 330 der Beschwerdebeurteilung ergibt, in der Höhe von Fr. [...] einen vollständigen Sanktionserlass.

Damit erfolgt eine betragsmässige Präzisierung (vgl. Urteil des BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 1.2). Mit anderen Worten stellen die Beschwerdeführerinnen im Umfang des Zumutbaren bestimmte Anträge, welche eine quantitative Bestimmung der über die angemessene Sanktionierung für projektspezifische Abreden hinausgehenden Reduktionsbegehren ermöglichen.

6.

6.1

Die übrigen Vorbringen der Vorinstanz vermögen ebenso wenig zu überzeugen: Die Antragsziffern 2 bis 4 verfügen – wie bereits dargelegt und von den Beschwerdeführerinnen in der Replik zutreffend ausgeführt – bei einer gebotenen Auslegung nach dem Vertrauensprinzip über begründenden und die Antragsziffer 1 konkretisierenden Gehalt (siehe E. 5.2.2 ff. hiervor; vgl. SEETHALER/PORTMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 52 N 48). Freilich sind Verfügungsbegründungen nach allgemeinem Verständnis grundsätzlich nicht anfechtbar. Während derweil nicht alles, was formell im Dispositiv steht, Verfügungscharakter haben muss, darf auch die blossе, an sich unzutreffende Bezeichnung als Beschwerdeantrag für die Beschwerdeführerinnen keine nachteiligen Folgen zeitigen (vgl. Urteil des BGer 5A_1055/2017 vom 21. August 2018 E. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 2.9 f.). Bei offenbaren sinn gemässen Beschwerde begründungen ohne selbständige Antragsintention stellt sich die Frage nach ihrer Zulässigkeit von vornherein nicht; ob sie verfangen, wird Teil der materiellen Prüfung sein. Im Übrigen befinden sich die mit den Antragsziffern 1 bis 3 vorgebrachten Rügen nicht ausserhalb des Streitgegenstands (siehe sogleich E. 6.2 hiernach). Schliesslich erweist sich Antragsziffer 5 vorliegend gleichsam als auslegungsweise zulässig (siehe E. 6.3 hiernach).

6.2

6.2.1

Anfechtungsgegenstand beziehungsweise Beschwerdeobjekt ist die Verfügung. Zulässiger Streitgegenstand ist deren Rechtmässigkeit. Effektiver Streitgegenstand ist der angefochtene Verfügungsgegenstand, das heisst der Umfang ihrer Anfechtung. Unzulässig ist eine Anfechtung ohne Beschwerdeobjekt, nämlich wenn und insoweit rechtsfehlerfrei keine Verfügung ergangen ist. Streitgegenstand kann demnach bloss sein, wozu sich die Verfügung geäussert hat oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte äussern sollen (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1, 125 V 413 E. 1a f.; Urteil des

BGer 2A.121/2004 vom 16. März 2005 E. 2.1; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Urteil des BVerfGE A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 1.3, je mit Hinweisen; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 2.8; MEYER/VON ZWEHL, L'objet du litige en procédure de droit administratif fédéral, in: Bovay/Nguyen [Hrsg.], Théorie du droit, Droit administratif, Organisation du territoire, Mélanges Pierre Moor, 2005, S. 435 ff., 437 ff.).

6.2.2

Nach dem Gesagten verunmöglicht eine Sanktionierung für Gesamtabreden nicht unbesehen deren Bestreitung durch die Geltendmachung von bloss einzelnen projektspezifischen Submissionsabreden. Es betrifft dies die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen – entgegen ihrer bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Rechtsauffassung (siehe Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 14. Februar 2018 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 16. November 2017, Rz. 164 ff.; vgl. LAURENT MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage 2018, Art. 42 N 17) – rechtmässig beurteilt wurden und mithin, ob die Verfügung rechtsfehlerfrei ist. Wohlgermerkt könnte eine verfügende Behörde ein Beschwerdeobjekt und damit den zulässigen Streitgegenstand nicht einschränken, indem in der Verfügung keine zutreffende Würdigung des rechtserheblichen Sachverhalts oder keine richtige und vollständige Feststellung desselben erfolgt. Dies würde Art. 49 Bst. a und Bst. b VwVG denn auch ihres Gehalts in beträchtlichem Masse sowie contra legem entleeren: Rechtsverstösse wären nicht anfechtbar, jedenfalls soweit in keiner Eventualbegründung der Verfügung behandelt, zumal über sie „keine Verfügung ergangen“ wäre. Darüber hinaus hindern das Bundesverwaltungsgericht weder Art. 27 ff. KG (Verfahrenskompetenzen des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission), erforderlichenfalls im Beschwerdeverfahren mit grundsätzlich voller Kognition den rechtserheblichen Sachverhalt zu erstellen und das massgebliche Recht anzuwenden, noch sind „andere gesetzliche Vorgaben“ ersichtlich, welche einem reformatorischen Urteil zuwiderlaufen würden. Umgekehrt stehen aber bereits nach dem klaren Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 VwVG die reformatorischen Anträge der Beschwerdeführerinnen auch ohne expliziten Rückweisungsantrag einer allfälligen Aufhebung des Anfechtungsgegenstands durch das Bundesverwaltungsgericht sowie einer Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung ebenso wenig entgegen (vgl. nur BVGE 2010/21 E. 8.4 mit Hinweisen). Die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Replik sind daher zutreffend.

6.3

6.3.1

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die selbständige Feststellung eines nach Art. 49a Abs. 1 KG sowohl sanktionsfähigen als auch sanktionierten Wettbewerbsverstosses im Dispositiv der Verfügung implizit zugelassen (vgl. Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 [teilweise publiziert in BGE 143 II 297]; möglicherweise abweichend noch: Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14, mit Hinweisen [nicht publiziert in BGE 139 I 72]). Ausserdem hat es einen nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionsfähigen, jedoch mangels reformatorischen Antrags im konkreten Einzelfall nicht sanktionierbaren Wettbewerbsverstoss selbst im Urteilsdispositiv festgestellt (vgl. Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.3 und Dispositivziff. 2 [nicht publiziert in BGE 144 II 246]). Demzufolge ist in kartellrechtlichen Verfahren ein hinreichendes öffentliches Interesse (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1) an der isolierten Feststellung über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstosses jedenfalls zu bejahen, wenn bei nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionsfähigem Verhalten kein Leistungs- oder Gestaltungsentscheid zu treffen ist.

6.3.2

Die Vorinstanz hat für den Tatkomplex Vorversammlungen in Randziffer 760 ff. der Verfügung einen nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionsfähigen Wettbewerbsverstoss festgestellt sowie die hierfür berechnete Sanktion in der Höhe von Fr. [...] gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 SVKG vollständig erlassen (indem sie einen Bonus von 100 Prozent gewährte). Gleichwohl führt die Vorinstanz den besagten Tatkomplex in der Übersicht in Abschnitt C.4.6 der Verfügung auf und bezeichnet in der Dispositivziffer 2.2 die ebendort aufgeführten Verhaltensweisen (siehe Sachverhaltsbuchstabe A hiervor) als gemäss Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 KG unzulässige Wettbewerbsabreden sowie spricht die streitgegenständliche Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG aus. Betreffend den Tatkomplex Vorversammlungen ergeht bei genauer Betrachtung indes kein Leistungs- oder Gestaltungsentscheid, zumal er für sich genommen – wie vorstehend erwähnt – nicht sanktioniert wurde (vollständiger Erlass); hingegen kommt der Dispositivziffer 2.2 diesbezüglich aufgrund ihrer konkreten Formulierung und dem ausdrücklichen Verweis ein selbständiger Feststellungscharakter zu. Besagtem – in kartellrechtlichen Verfahren hinreichenden – öffentlichen Feststellungsinteresse steht das (reziproke) private Anfechtungsinteresse des inkriminierten Unternehmens in einem Beschwerdeverfahren nun aber in nichts nach. Antragsziffer 5 der Beschwerdeführerinnen ist in zulässiger Weise auf die Aufhebung der Feststellung

eines Wettbewerbsverstosses im Tatkomplex Vorversammlungen gerichtet, weswegen auf sie einzutreten ist. Damit kann zugleich offen bleiben, ob der besagte Antrag den Anforderungen an ein Begehren um eine Feststellungsverfügung nach Art. 25 Abs. 1 f. VwVG zu genügen vermöchte, wie es die Vorinstanz bestreitet.

7.

Auf die Beschwerde ist demzufolge im Sinne der Erwägungen einzutreten.

8.

Das Recht der Beschwerdeführerinnen, den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens festzulegen, ist Ausfluss der geltenden Dispositionsmaxime (vgl. BERNHARD WALDMANN, Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Brennpunkte, S. 1 ff., 9 ff.). Die Beschwerdeführerinnen haben sich mit ihren Anträgen entschieden, den gesamten Sanktionsbetrag von Fr. [4.7 – 5.5 Mio.] zur Disposition zu stellen (siehe E. 5.2.4 hiavor). Im Umfang der Gutheissung bzw. Abweisung ihrer Beschwerde werden die Beschwerdeführerinnen obsiegen bzw. unterliegen, was im Urteil unter den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen sein wird (vgl. Art. 63 VwVG). Letzteres gilt auch für diesen Zwischenentscheid.

Demnach beschliesst das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen eingetreten.

2.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endurteil befunden.

3.

Weitere prozessleitende Massnahmen erfolgen zu gegebener Zeit.

4.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Keita Mutombo

David Roth

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG geführt werden. 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. Februar 2019