



Urteil vom 17. Februar 2016

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, 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 Zurkinder, Fürsprecher,
und Bernhard C. Lauterburg, Rechtsanwalt,
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
8. Dezember 2015 im Untersuchungsverfahren (...) betref-
fend Zulässigkeit einer Zeugeneinvernahme/Entfernung von
Dokumenten aus den Akten.

Sachverhalt:**A.**

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz oder Sekretariat) eröffnete am 12. Januar 2015, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission, die Untersuchung (...) gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes (KG). Die Untersuchung richtet sich u.a. gegen die Z. _____ AG, (...), die Y. _____ AG, (...), und deren Muttergesellschaft X. H. _____ AG, (...), und weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen). Anlass für die Untersuchung gab der Verdacht, dass u.a. 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.

Die Vorinstanz stellte am 11. November 2015 ein Auskunftsbegehren an W. _____, ehemaliger Geschäftsführer der Y. _____ AG. W. _____ beantwortete die ihm gestellten Fragen am 17. November 2015.

C.

Mit Schreiben vom 25. November 2015 lud die Vorinstanz W. _____ vor, im Verfahren (...) als Zeuge auszusagen. Die Zeugeneinvernahme wurde auf den 17. Dezember 2015 angesetzt. Gleichzeitig informierte die Vorinstanz die übrigen Verfahrensparteien über die vorgesehene Zeugeneinvernahme von W. _____ und lud sie dazu ein, mitzuteilen, ob sie daran teilnehmen möchten.

D.

Mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 stellten die Beschwerdeführerinnen unter anderem das Gesuch, die Vorladung von W. _____ dahingehend zu korrigieren, dass dieser als Partei und nicht als Zeuge einzuvernehmen sei, und daher auch die Anfragen an die übrigen Verfahrensparteien entsprechend zu annullieren seien. Zudem beantragten sie, dass das Auskunftsbegehren vom 11. November 2015 an W. _____ sowie dessen Antwort aus den Akten zu entfernen seien.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Dezember 2015 wies die Vorinstanz die Anträge der Beschwerdeführerinnen ab, auf die Zeugeneinvernahme von W. _____ zu verzichten und das Auskunftsbegehren der Vorinstanz vom

11. November 2015 an W._____ und seine Antwort darauf vom 17. November 2015 aus den Akten zu entfernen. Sie entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und auferlegte den Beschwerdeführerinnen die Kosten der Zwischenverfügung in Höhe von Fr. 2'820.–.

F.

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2015 erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, die Verfügung vom 8. Dezember 2015 sei aufzuheben, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, der Vorinstanz sei ohne vorgängige Anhörung zu untersagen, W._____ als Zeugen einzuvernehmen, und die Act. VI.1 und VI.2 (Schreiben der Vorinstanz an W._____ inkl. Fragebogen sowie Antworten von W._____ auf den Fragebogen) seien aus den Verfahrensakten zu weisen.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Dezember 2015 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut und untersagte der Vorinstanz bis auf weiteres, W._____ als Zeugen einzuvernehmen.

H.

In der Folge führte das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel sowohl zur aufschiebenden Wirkung als auch zur Sache durch. Die Vorinstanz reichte am 11. Januar 2016 eine Stellungnahme ein. Sie beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Zudem ersucht sie darum, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht wiederherzustellen. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 20. Januar 2016 nahmen die Beschwerdeführerinnen dazu Stellung.

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 nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Verfügungen im Sinne von 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 Zeugeneinvernahme eines ehemaligen Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft der X. H. _____ AG. 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 handle. 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. Zu prüfen sind nachfolgend weitere Eintretensvoraussetzungen.

2.

Die Vorinstanz bringt vor, ihre Zwischenverfügung habe nicht die Teilnahme der anderen Parteien an der Zeugeneinvernahme von W. _____ zum Gegenstand. Vielmehr beschränke sich der Streitgegenstand darauf, ob W. _____ als Zeuge einvernommen werden könne und das an ihn gerichtete Auskunftsbegehren und seine Antwort darauf aus den Akten zu

entfernen seien. Ginge es den Beschwerdeführerinnen auch um das Teilnahmerecht der Parteien, hätte es ihnen freigestanden, gestützt auf Art. 18 Abs. 2 VwVG deren Ausschluss zu verlangen. Ein solcher Antrag sei jedoch nicht gestellt worden.

2.1 Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet der angefochtene vorinstanzliche Entscheid. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was im erstinstanzlichen Verfahren beurteilt wurde oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte beurteilt werden sollen. Fragen, über welche die erstinstanzliche Behörde nicht entschieden hat, darf auch die zweite Instanz nicht beurteilen, ansonsten sie in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde (Urteil des Bundesgerichts 2C_572/2007 vom 23. Januar 2008 E. 1.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6317/2013 vom 1. September 2014 E. 2.1).

2.2 Die Beschwerdeführerinnen haben von der Vorinstanz gefordert, dass diese W._____ nicht als Zeuge einvernehme und seine schriftlichen Auskünfte einschliesslich der Anfrage durch die Vorinstanz mit Fragebogen aus den Akten entferne. Sie haben hingegen nicht, auch nicht eventualiter, beantragt, eine allfällige Zeugeneinvernahme von W._____, oder auch nur seine Einvernahme als Partei, sei unter Ausschluss der anderen Parteien durchzuführen. Das scheint kein Versehen zu sein, weil die anderen Parteien bereits Einsicht in die schriftliche Auskunft von W._____ nehmen konnten und die Beschwerdeführerinnen nie vorgebracht haben, diese enthalte sie betreffende Geschäftsgeheimnisse (vgl. nur Beschwerde, S. 7 f.). Soweit die Beschwerdeführerinnen Ausführungen zur Parteiöffentlichkeit der angefochtenen Zeugenbefragung von W._____ machen, entfernen sie sich vom Streitgegenstand. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.3 Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von Art. 25 Abs. 4 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) rügen, weil die Vorinstanz ihnen keine Gelegenheit gegeben habe, die schriftlichen Auskünfte von W._____ auf allfällige Geschäftsgeheimnisse hin zu prüfen, bevor sie den anderen Parteien offengelegt worden seien (Beschwerde, S. 7 f.). Auch insoweit liegt diese Rüge ausserhalb des Streitgegenstandes. Die Beschwerdeführerinnen werden im weiteren Verlauf des Verfahrens vor der Vorinstanz bzw. der WEKO Gelegenheit haben, diese Rüge vorzubringen. Im Übrigen ist, wie in den vorstehenden Erwägungen, zu betonen,

dass die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, W._____ habe Geschäftsgeheimnisse seiner ehemaligen Arbeitgeberin offenbart.

Obschon auf die Rügen nicht einzutreten ist, sei hier der Vollständigkeit auf Folgendes hingewiesen: Die Vorinstanz hat die Mitwirkungsrechte der Parteien gewahrt, indem sie ihnen bei Einvernahmen Dritter ein Teilnahmerecht verbunden mit der Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen, eingeräumt hat, sofern keine Ausschlussgründe nach Art. 18 Abs. 2 VwVG gegeben waren. Auch hat die Vorinstanz die Parteien mehrfach von Amtes wegen durch Versand des Aktenverzeichnisses über den Stand der Akten orientiert.

3.

3.1 Eine Beschwerde gegen selbständig eröffnete Verfügungen 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 Bundesverwaltungsgerichts 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, im Unterschied zu Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) 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 Bundesverwaltungsgerichts A-2082/2014 vom 9. Juli 2014 E. 2.1 und A-1081/2014 vom 23. April 2014 E. 1.3, je m.H.) oder eine Verfahrensverzögerung zu erreichen. Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 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 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-860/2011 vom 8. September 2011 E. 2.2). Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesverwaltungsgerichts A-2160/2010 vom 3. Januar 2011 E. 2.2.3 m.H.).

3.2 Die Beschwerdeführerinnen machen in Bezug auf die Eintretensvoraussetzungen geltend, W. _____ solle in seiner Eigenschaft als früherer Geschäftsführer der Y. _____ AG befragt werden. Wie die Vorinstanz bezüglich der Einvernahme des früheren Geschäftsleitungsmitglieds der U. _____ AG Bauunternehmung, T. _____, selbst aufgezeigt habe, könnten allfällige Geschäftsgeheimnisse nur geschützt werden, wenn die anderen Verfahrensparteien von der Befragung ausgeschlossen würden. So habe die Vorinstanz T. _____ zwar formell als Zeuge einvernommen, die anderen Parteien vorgängig jedoch gar nicht über die Einvernahme informiert; zudem sei der U. _____ -Gruppe nach der Einvernahme die Gelegenheit gegeben worden, im Einvernahmeprotokoll allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor das Protokoll den anderen Parteien zugänglich gemacht worden sei. Werde W. _____ im Beisein anderer Parteien als Zeuge einvernommen, könnten sich die Beschwerdeführerinnen nicht gegen Aussagen wehren, die möglicherweise Geschäftsgeheimnisse enthielten. Denn nur W. _____ könne sich gegebenenfalls auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen, nicht aber die Beschwerdeführerinnen. Nach dem nemo tenetur-Grundsatz müsse das Unternehmen selber entscheiden können, inwieweit es im kartellrechtlichen Verfahren mitwirke. Sodann gebiete es die Verfahrensökonomie, dass über ein allfälliges Beweisverwertungsverbot früh entschieden werde.

3.3 Die Vorinstanz führt aus, die angefochtene Zwischenverfügung bewirke für die Beschwerdeführerinnen keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil. Die Verwertbarkeit der Zeugenaussage von W._____ und der Unterlagen betreffend seiner vorgängigen freiwilligen Auskunft könnten die Beschwerdeführerinnen in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats an die WEKO aufwerfen sowie in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung erneut rügen.

3.4 Wie in E. 2 dargelegt, kann auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, mit Ausnahme des Gesichtspunktes der Verfahrensökonomie, nicht eingetreten werden. Inwiefern die behauptete Beeinträchtigung der Verfahrensökonomie für die Beschwerdeführerinnen zu konkreten Nachteilen rechtlicher oder tatsächlicher Natur führen könnte, legen diese nicht vor. Damit sind sie ihrer Begründungslast nicht nachgekommen.

4.

4.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Es kann daher offen gelassen werden, was die Motive der Beschwerdeführerinnen für die Anfechtung der Zwischenverfügung sind, und ob die Motive für sich genommen einer Anfechtbarkeit entgegenstehen würden.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt (vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Ebenso wenig steht der Vorinstanz eine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde vom 13. Dezember 2015 wird nicht eingetreten.

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 Entscheids, zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (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 Rechtschrift 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: 18. Februar 2016