

BVGer B-4839/2020 vom 4. März 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4839_2020

FR: TAF B-4839/2020 du 4 mars 2021

IT: TAF B-4839/2020 del 4 marzo 2021

Regeste

Verfahrensfragen, Publikationen, usw.

Erwägungen

E. 1.1

In prozessualer Hinsicht beantragt die Vorinstanz, das Beschwerdeverfahren auf die Frage des Eintretens zu beschränken. Für die Beschränkung eines Verfahrens auf einen Teilaspekt und dessen selbständige Beurteilung sind in erster Linie prozessökonomische Überlegungen begleitend (Urteil des BVGer B-998/2014 vom 21. Mai 2014 E. 1 m.H.).

E. 1.2

Vorliegend wird erstmals eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme der WEKO vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, entfällt ein beachtlicher Teil des Aufwandes für das Gericht auf die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen, in Bezug auf die materiellen Fragen erweist sich der Aufwand hingegen nicht als überdurchschnittlich gross. Nachdem sich die Parteien in ihren Eingaben bereits eingehend mit den materiellen Aspekten auseinandergesetzt haben, erscheint der prozessökonomische Vorteil einer Verfahrensbeschränkung auf die Eintretensfrage auch für sie als gering. Bei dieser Ausgangslage besteht durch die Beschränkung des Verfahrens eher die Gefahr einer unnötigen Verlängerung der Verfahrensdauer. Der Antrag der Vorinstanz, das Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken, wird deshalb abgewiesen.

E. 2.1

Anfechtungsobjekte im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind der Durchsuchungsbefehl vom [...] und die Beschlagnahmeverfügung der Vorinstanz vom [...].

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar. Ausschlussgründe gemäss Art. 32 VGG liegen keine vor.

E. 2.3

Streitgegenstand der gerichtlichen Prüfung ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Was Streitgegenstand ist, bestimmt sich demnach durch den angefochtenen Entscheid und die Parteibehörden, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteile des BVGer A-477/2018 vom 11. September 2018 E. 1.5, B-7768/2016 vom 24.

Oktober 2017 E. 4.3; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8; Thomas Flückiger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N 19 [nachfolgend zit.: {Autor}, Praxiskommentar VwVG]).

E. 2.4

Der Durchsuchungsbefehl vom [...] liegt vollumfänglich im Streit. Demgegenüber bildet die Beschlagnahmeverfügung vom [...] nur insofern Streitgegenstand, als sie die unter Ziff. C angeführten beschlagnahmten Beweismittel umfasst. Gegen die Durchsuchung der weiteren sichergestellten elektronischen Daten hat die Beschwerdeführerin 1 Einsprache nach Art. 50 Abs. 3 VStrR erhoben. Die Datenträger wurden versiegelt. Im entsprechenden Entsiegelungsverfahren hat das Bundesstrafgericht das Gesuch der Vorinstanz um Entsiegelung mit Beschluss vom [...] zwar gutgeheissen, aber der Beschluss ist noch nicht rechtskräftig (Beschluss des [...] vom [...]). Solange Papiere oder Daten aufgrund einer Einsprache versiegelt sind, kann keine Beschwerde erhoben werden. Durch die Versiegelung ist der Inhaber der Papiere "in seinen Interessen hinreichend geschützt und deshalb nicht befugt, Beschwerde zu führen" (BGE 109 IV 153 E. 1.; vgl. auch BGE 119 IV 326 E. 7; Simon Bangerter, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 42 N 149. [nachfolgend zit.: {Autor}, BSK KG]). Es liegt insofern noch gar keine Beschlagnahme vor, sondern bloss eine Sicherstellung des Beweismittels. Die Beschlagnahme erfolgt erst, wenn die Versiegelung definitiv aufgehoben ist und die Dokumente oder Daten zur Durchsuchung freigegeben sind. Mangels Anfechtungsobjekts ist auf die Beschwerde gegen die Beschlagnahme der weiteren sichergestellten elektronischen Daten deshalb nicht einzutreten (BGE 109 IV 153 E. 1; Jürg Bickel/Markus Wyssling, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], KG Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 42 N 290 [nachfolgend zit.: {Autor}, Dike-KG]).

E. 2.5

Mit Rechtsbegehren 5 beantragen die Beschwerdeführerinnen die Anordnung der Unverwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumente und Daten. Die Beschwerdeführerinnen leiten dieses Rechtsbegehren als logische Folge aus der unzulässigen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme ab. Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, es fehle diesbezüglich an einem Anfechtungsobjekt. Sie habe noch nicht entschieden, ob und welche der beschlagnahmten Dokumente sie im weiteren Verfahren als Beweismittel verwende. Auch habe sie sich bislang nicht zur Zulässigkeit der Verwertung der beschlagnahmten Dokumente geäussert, weder im Rahmen einer Zwischenverfügung noch in anderer Form. Werde der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung gutgeheissen, so hätten die Wettbewerbsbehörden die beschlagnahmten Dokumente herauszugeben bzw. die Kopien zu vernichten. Diesfalls könne sie diese Dokumente faktisch gar nicht mehr verwerten. Die Nichtverwertbarkeit müsse in diesem Fall nicht angeordnet werden.

E. 2.6

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich 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 BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 2.1; vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.7 und 2.208 m.H.). Ausnahmsweise kann aber das verwaltungsgerichtliche Verfahren trotz im Prinzip fehlender funktioneller Zuständigkeit aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, d.h. eine ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage, ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäußert hat (BGE 130 V 138 E. 2.1; 122 V 34 E. 2a und 2c; Urteil des BVGer B-4818/2010 vom 23. Mai 2011 E. 8.1; Flückiger, Praxiskommentar VwVG, Art. 7 N 35).

E. 2.7

Vorliegend hat die Vorinstanz - wie soeben erwähnt - über die Verwertbarkeit der (beschlagnahmten) Beweismittel noch nicht entschieden. Darüber entscheidet sie in der Regel mit der Verfügung in der Hauptsache oder mit einer Zwischenverfügung, wenn eine Partei vor ihr ein Beweisverwertungsverbot geltend macht.

E. 2.8

Hebt ein Gericht einen Durchsuchungsbefehl und/oder eine Beschlagnahmeverfügung auf, da diese nicht rechtmässig erlassen wurden, stellt sich in der Folge unmittelbar die Frage der Verwertbarkeit der nicht rechtmässig erlangten Beweismittel. Es erweist sich zudem als sachlogisch, dass die erstinstanzliche Behörde in einem solchen Fall diese Frage noch nicht beurteilt hat.

E. 2.9

Die Vorinstanz hatte im vorliegenden Beschwerdeverfahren Gelegenheit, sich zur Frage der Verwertbarkeit der fraglichen Beweismittel zu äussern, und hat davon auch Gebrauch gemacht. Im Übrigen geht die Vorinstanz fehl, wenn sie davon ausgeht, bei einer Gutheissung des Rechtsbegehrens 3 stehe die Unverwertbarkeit per se fest. Denn das Beweisverwertungsverbot hinsichtlich widerrechtlich erlangter Beweismittel gilt nicht absolut. Es ist im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse an der Unverwertbarkeit der Beweis durchzuführen (Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 153).

E. 2.10

Bei dieser Ausgangslage ist das sich aus den Rechtsbegehren 1 und 3 ergebende Rechtsbegehren 5 so eng mit der übrigen Streitsache verbunden, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann und es vom Streitgegenstand mitumfasst wird.

E. 2.11

Unbestrittenerweise nicht vom Streitgegenstand erfasst ist demgegenüber die Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung.

E. 3.1

Der Durchsuchungsbefehl und die Beschlagnahmeverfügung stellen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen dar. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden, wenn die Voraussetzungen von

Art. 45 oder Art. 46 VwVG erfüllt sind. Die Beschwerde gegen eine solche Zwischenverfügung ist - vorbehaltlich der Anfechtung von Verfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand (Art. 45 Abs. 1 VwVG) - nur zulässig, wenn entweder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder aber die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

E. 3.1.1

Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Demnach liegt das Rechtsschutzinteresse im Schaden, der entstände, wenn der Nachteil auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden könnte (Urteil des BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.2.1 m.H.; Kayser/Papadopoulos/Altmann, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 46 Rz. 9 [nachfolgend zit.: {Autor}, Kommentar VwVG]). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss gemäss VwVG nicht rechtlicher Natur sein; es genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des BGer 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des BVGer B-7017/2018 vom 13. März 2020 E. 2.1.2, B-1286/2016 E. 2.2.1, je m.H.). Ein wirtschaftliches Interesse kann einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil begründen, wenn die Einstellung von Geldleistungen eine Person aus dem finanzielle Gleichgewicht bringen und zu kostspieligen oder sonst wie unzumutbaren Massnahmen zwingen würde oder wenn die während des Verfahrens erlittenen finanziellen Nachteile kaum ausgeglichen werden können. Die sofortige Anfechtung rechtfertigen können auch hohe Kosten verlangter Abklärungen oder nachteilige Publizität, wobei ein Reputationsschaden aber ernsthaft drohen muss (Michel Daum, in: Herzog/Daum (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N 43 i.V.m. N 42 [nachfolgend zit.: {Autor}, Kommentar VRPG]).

E. 3.1.2

Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein. Nicht erforderlich ist, dass der Nachteil tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen bzw. nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (BVGer B-1286/2016 E. 2.2.1 m.H.; Kayser/Papadopoulos/Altmann, Kommentar VwVG, Art. 46 Rz. 8). Sodann ist ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag (Daum, Kommentar VRPG, Art. 61 N 39 i.V.m. N 42).

E. 3.1.3

Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei. Diese hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BVGer B-7017/2018 E. 2.1.3, B-1286/2016 E. 2.2.2, je m.H.). Als Beweis reicht das Glaubhaftmachen, reine Mutmassungen genügen hingegen nicht

(Daum, Kommentar VRPG, Art. 61 N 39 i.V.m. N 42).

E. 3.1.4

Es gibt keine allgemeingültige Umschreibung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Massgebendes hängt von den Umständen des Einzelfalls und den auf dem Spiel stehenden Interessen ab (Daum, Kommentar VRPG, Art. 61 N 42).

E. 3.2

Ob diese soeben erwähnten Voraussetzungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren erfüllt sind, ist nachfolgend für die beiden Anfechtungsobjekte einzeln zu prüfen.

E. 3.2.1

Hinsichtlich der Anfechtung des Durchsuchungsbefehls vom [...] (Rechtsbegehren 1) legen die Beschwerdeführerinnen mit Beschwerde und Replik insbesondere dar, die Hausdurchsuchung habe zu einem erheblichen Reputationsschaden und zu Schwierigkeiten in der täglichen Geschäftsausübung geführt. Ihr Geschäft sei nicht nur durch die Untersuchungseröffnung, sondern auch durch die Anordnung der Hausdurchsuchung geschädigt worden. Dies gehe aus der öffentlichen Berichterstattung und den Reaktionen der Geschäftspartner hervor. Die Öffentlichkeit und die Geschäftspartner würden aus der Hausdurchsuchung schliessen, es bestehe ein Tatverdacht hinsichtlich schwerster Wettbewerbsverstösse. [...]. Die Aufhebung der Anordnung der Hausdurchsuchung hätte - so die Beschwerdeführerinnen - eine erhebliche Signalwirkung und würde entscheidend dazu beitragen, weiteren Schaden zu vermeiden.

E. 3.2.2

Die Vorinstanz wendet demgegenüber ein, diese von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Nachteile hätten ihren Ursprung nicht im Durchsuchungsbefehl bzw. der Hausdurchsuchung, sondern in der Untersuchungseröffnung. Durchsuchungsbefehle würden anders als Untersuchungseröffnungen nicht amtlich publiziert. Der Durchsuchungsbefehl sei bereits vollzogen und eine Gutheissung der Beschwerde ändere daran nichts mehr. Auch aus den von den Beschwerdeführerinnen ins Recht gelegten [...] sei nicht ersichtlich, dass diese auf den Durchsuchungsbefehl zurückzuführen seien, zumal im [...] nicht genannt werde und die beiden anderen ins Recht gelegten [...] von [...] und damit von einem Zeitpunkt vor der Hausdurchsuchung datierten. Im Übrigen seien [...]. Schliesslich seien auch die geltend gemachten internen Kosten bereits entstanden und würden sich nicht mehr vergrössern.

E. 3.2.3

Ebenso wenig vermöge eine Gutheissung der Beschwerde bezüglich der erfolgten Presseberichterstattungen etwas zu ändern. Sie, die Vorinstanz, habe zudem vorsichtig kommuniziert und nicht bekannt gegeben, dass bei den Beschwerdeführerinnen Hausdurchsuchungen erfolgt seien. Zudem würden die Beschwerdeführerinnen nicht aufzeigen, inwiefern eine Gutheissung der Beschwerde die behaupteten Nachteile zu beseitigen vermöge. Sie würden sich lediglich von einem positiven Urteil eine Signalwirkung erhoffen.

E. 3.2.4

Die Beschwerdeführerinnen legen in mehrfacher Hinsicht zumindest einen potentiellen wirtschaftlichen Schaden dar. Sie machen insbesondere glaubhaft, [...]. Mit den anderen [...]

wollen sie nach eigenen Angaben belegen, dass es zuvor aus anderen Gründen ([...]) zwar ebenfalls [...].

E. 3.2.5

Ebenso weisen die Beschwerdeführerinnen aus, dass Z._____ in ihrem Aufruf vom [...] nicht nur auf die Untersuchungseröffnung hinwies, sondern auch auf offensichtlich durchgeführte Hausdurchsuchungen bei [...] von Z._____. Weiter weisen sie nach, dass in mehreren Medienberichten zur Untersuchungseröffnung bereits in den Headlines die Hausdurchsuchungen erwähnt wurden, so beispielsweise im Artikel "[...]" der NZZ vom [...] oder im Artikel "[...]" des Blicks vom [...]. Sodann zeigen sie auf, dass die [...] im Medienbericht "[...]" von 20 Minuten wie folgt zitiert wurde: "[...]". Zwar gilt es zu beachten, dass in all diesen Aufrufen und Presseartikeln nicht ausdrücklich erwähnt wird, die Hausdurchsuchungen seien bei den Beschwerdeführerinnen selbst durchgeführt worden, sondern dass - wenn überhaupt - vorrangig auf Hausdurchsuchungen bei [...] aufmerksam gemacht wurde. Mit Erwähnung der Hausdurchsuchungen im Allgemeinen und der kartellrechtlichen Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen im Speziellen, lag der Verdacht bzw. die Vermutung, auch bei ihr seien Hausdurchsuchungen durchgeführt worden, jedoch nahe. Dass ihr daraus ein gewisser Reputationsschaden entsteht, erscheint naheliegend.

E. 3.2.6

Aufgrund der oben erwähnten Berichte und Mitteilungen ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz gerade nicht auszuschliessen, dass zumindest ein Teil des Schadens neben der Untersuchungseröffnung auch auf die Hausdurchsuchung zurückzuführen ist. Die Vorinstanz weist zwar zutreffend daraufhin, dass nur die Untersuchungseröffnung - und nicht auch der Durchsuchungsbefehl - amtlich publiziert wird. Erfährt eine Untersuchungseröffnung und Hausdurchsuchung wie hier medial (grosse) Aufmerksamkeit, kann aus diesem Argument aber nichts abgeleitet werden.

E. 3.2.7

Sodann haben die Beschwerdeführerinnen auch nachgewiesen, dass dieser potentielle Schaden durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht bzw. nur teilweise behoben werden könnte. Es erscheint notorisch, dass die Aufhebung des Durchsuchungsbefehls eine Signalwirkung für die [...] und [...] der Beschwerdeführerinnen hätte und der im Laufe der (oft zeitintensiven) kartellrechtlichen Untersuchung anwachsende wirtschaftliche Schaden potentiell begrenzt und der Reputationsschaden minimiert werden könnte. Das Vorliegen eines drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist somit hinsichtlich des Antrags auf Aufhebung des Durchsuchungsbefehls vom [...] zu bejahen.

E. 3.3

Hinsichtlich der Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung vom [...] (Rechtsbegehren 3) leiten die Beschwerdeführerinnen den nicht wieder gutzumachenden Nachteil ebenfalls aus dem bereits genannten Reputationsschaden und dem wirtschaftlichen Schaden sowie aus einem drohenden Rechtsverlust ab. In ihrer Replik bringen sie ferner vor, mit der rechtswidrigen Beschlagnahme werde in ihre Freiheit der informationellen Selbstbestimmung eingegriffen. Auch lasse sich eine nachträgliche Nichtverwertung kaum mehr bewerkstelligen.

E. 3.3.1

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, der nicht wieder gutzumachende Nachteil müsse sich aus dem (vorübergehenden) Entzug der alleinigen Verfügungsgewalt über die beschlagnahmten Gegenstände ergeben, andere Nachteile würden mit der Beschlagnahmeverfügung kaum in Verbindung stehen. Vorliegend seien Kopien der beschlagnahmten Dokumente erstellt und die Originale an die Beschwerdeführerinnen retourniert worden. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil daraus, dass die Wettbewerbsbehörden über Kopien der Dokumente verfügten, sei nicht ersichtlich.

E. 3.3.2

Bei Beschlagnahmen durch Reproduktion, d.h. wenn anlässlich der Hausdurchsuchung Kopien und Scans der relevanten physischen und elektronischen Dokumente erstellt werden, entfällt der Entzug der Verfügungsgewalt. Beschlagnahmeobjekt ist diesfalls nicht der Gegenstand an sich, sondern die darin enthaltenen Informationen (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 182). Bei Beschlagnahmen durch Reproduktion kann nicht vorausgesetzt werden, dass sich der nicht wieder gutzumachende Nachteil aus dem (vorübergehenden) Entzug der alleinigen Verfügungsgewalt ergibt. Andernfalls könnten die Untersuchungsbehörden mit einer Beschlagnahme durch Reproduktion eine Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung unterlaufen.

E. 3.3.3

Beschlagnahmen durch Reproduktion stellen Eingriffe in die Freiheit der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen dar. Die Betroffenen können nicht mehr frei darüber bestimmen, wie die entsprechenden Informationen verwendet werden (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 182). Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten, können die Informationen gegen ihren Willen im Untersuchungsverfahren durchsucht und verwertet werden. Daran vermag auch der Hinweis der Vorinstanz, für den Entscheid nur verwertbare Beweismittel beziehen zu dürfen, nichts zu ändern. Das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist somit auch hinsichtlich des Antrages auf Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung zu bejahen.

E. 3.4

Die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist somit sowohl betreffend Durchsuchungsbefehl als auch betreffend Beschlagnahmeverfügung erfüllt. Bei dieser Ausgangslage kann offengelassen werden, ob sich ein solcher Nachteil auch aufgrund eines drohenden Rechtsverlusts ergäbe.

E. 3.4.1

Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon (E. 5.3.3), beim Durchsuchungsbefehl handle es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sehe Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsigelungsverfahren vor. Unabhängig davon sei eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich. Unterbleibe sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, könne nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden.

E. 3.4.2

Die Beschwerdeführerinnen folgern daraus, ohne Anfechtung des Durchsuchungsbefehls und ohne Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente (bzw. Beschwerde gegen

deren Beschlagnahme) könne nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid kein Verwertungsverbot mehr geltend gemacht werden. Es drohe somit ein Rechtsverlust. Nach Auffassung der Vorinstanz sind die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts hingegen nicht streng wörtlich zu verstehen. Der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs würden es gebieten, verfahrensrechtliche Einwendungen umgehend nach Kenntnisnahme eines Mangels vorzubringen, andernfalls ihre spätere Anrufung in der Regel verwirke. Dabei reiche es jedoch aus, solche formellen Rügen bei der das Verfahren führenden Instanz anzubringen. Beim Sachverhalt, der dem Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon zugrunde gelegen habe, habe die Beschwerdeführerin die Rüge der unzulässigen Durchsuchung erstmals nach dem erstinstanzlichen Urteil vorgebracht.

E. 4.1

Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a bis c VwVG).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind durch die beiden angefochtenen Verfügungen besonders berührt.

E. 4.3

Ob auch die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügungen erfüllt ist, ist nachfolgend für die beiden Zwischenverfügungen einzeln zu prüfen.

E. 4.4

Hinsichtlich der Anfechtung des Durchsuchungsbefehls bringen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde vor, das Bundesverwaltungsgericht habe den Durchsuchungsbefehl im vorne bereits erwähnten Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung qualifiziert und gehe somit offensichtlich von einer Beschwerdemöglichkeit aus. Die nachteiligen Folgen einer widerrechtlichen Hausdurchsuchung (Grundrechtsverletzung, Reputationsschaden, Schaden in der täglichen Geschäftsausübung) seien schwerwiegend und langanhaltend, womit ein praktisches aktuelles Interesse zu bejahen sei. Zudem seien auch die Voraussetzungen gegeben, um ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten.

E. 4.4.1

Die Vorinstanz vertritt demgegenüber in ihrer Vernehmlassung die Auffassung, bei der Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl fehle es an einem schutzwürdigen aktuellen praktischen Interesse. Die angeordnete Durchsuchung der Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen habe bereits stattgefunden und sei abgeschlossen. Die Aufhebung des Durchsuchungsbefehls ändere daran nichts mehr. Auch aus dem Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon ergebe sich für den vorliegenden Fall nichts anderes. Schliesslich seien vorliegend auch die Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf ein aktuelles praktisches Interesse nicht erfüllt. Die Klärung der strittigen Fragen aus dem Durchsuchungsbefehl sei regelmässig vorfrageweise möglich, so zum Beispiel im Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafrecht sowie bei Beschwerde gegen die

Beschlagnahmeverfügung und gegen den Endentscheid.

E. 4.4.2

In ihrer Replik bringen die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich des ausnahmsweisen Verzichts auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses vor, die von der Vorinstanz erwähnten anderen Möglichkeiten zur (vorfrageweisen) Klärung der Frage der Rechtmässigkeit einer Hausdurchsuchung seien nicht stichhaltig. Eine gerichtliche Überprüfung des Durchsuchungsbefehls sei mit Beschwerde gegen den Endentscheid nicht mehr möglich und beim Entsiegelungsverfahren habe es das Unternehmen nicht selber in der Hand, ob es überhaupt zu einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung komme. Ferner gehe es vorliegend nicht um zufällige, einzelfallbezogene Modalitäten, sondern um Fragen, die sich auch zukünftig mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellen können. So bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der gerichtlichen Klärung der Frage, inwieweit ein Unternehmen darauf vertrauen dürfe, dass in Bezug auf einen im Rahmen einer Marktbeobachtung geklärten und für unbedenklich erachteten Sachverhalt später keine Hausdurchsuchungen durchgeführt würden.

E. 4.4.3

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Duplik, ein Gericht müsse alle entscheiderelevanten Frage mit derselben Tiefe behandeln, weshalb Vorfragen ebenso genau geprüft würden wie Hauptfragen. Es gehe vorliegend auch nicht um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, denn der fragliche Sachverhalt sei in der [...] abgeschlossenen Marktbeobachtung nicht für unbedenklich erklärt worden. Die Frage, was in dieser Marktbeobachtung abgeklärt worden sei und sich daraus für die neu eröffnete Untersuchung ergebe, sei individuell und fallbezogen zu beantworten.

E. 4.4.4

In der Regel wird ein Interesse nur dann als schutzwürdig erachtet, wenn es im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und insofern im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (BGE 141 II 14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-1471/2016 vom 06. Oktober 2020 E. 1.3.3, m.w.H.; vgl. Isabelle Häner, Kommentar VwVG, Art. 48 Rz. 22; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 15). Ausnahmsweise wird auf das Erfordernis des aktuellen Interesses verzichtet, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall sonst kaum je möglich wäre und deren Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 141 II 14 E. 4.4, 139 I 206 E. 1.1, Urteil des BGer 2C_11/2012 vom 25. April 2012 E. 2.2; Urteile des BVGer B-1471/2016 E. 1.3.3, B-672/2018 vom 4. Juni 2019 E. 1.2.2; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 15).

E. 4.4.5

Die herrschende Lehre zum Kartellrecht geht davon aus, dass eine nachträgliche Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl typischerweise am Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses scheitert. Die Massnahmen seien abgeschlossen und der Beschwerdeführer dadurch nicht mehr beschwert (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 270; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 150; Christian Bovet/Yasmine Sabry, in: Martenet/Bovet/Tercier, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 42 N 126 [nachfolgend

zit.: {Autor}, CR Concurrence]). Ob auf die Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbefehl einzutreten ist und namentlich ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, ist grundsätzlich aber in jedem Einzelfall zu prüfen (vgl. auch Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 269).

E. 4.4.6

Vorliegend kann auf diese Prüfung verzichtet werden, da die unter Ziff. 4.4.4 erwähnten Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf das aktuelle Interesse gegeben sind. So ist eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung eines Durchsuchungsbefehls kaum je möglich. Der Durchsuchungsbefehl wird seinem Zweck entsprechend sofort vollstreckt (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 270 f.). Mit vorliegender Beschwerde wird sodann erstmals ein Durchsuchungsbefehl der WEKO vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die konkret aufgeworfenen Fragen der Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung wurden somit vom Bundesverwaltungsgericht noch nie beantwortet. Zwar ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass solche Fragen vorfrageweise namentlich im Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht sowie bei Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung geprüft werden können (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 281 und 289; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 143). Die vorfrageweise Beurteilung schlägt sich - selbst wenn sie mit der gleichen Tiefe wie die Hauptfrage behandelt würde - jedoch nicht im Dispositiv nieder und entfaltet deshalb keine Rechtskraftwirkung (Flückiger, Praxiskommentar VwVG, Art. 7 N 38 m.H.; s. Beschluss des [...] vom [...]).

E. 4.4.7

Die aufgeworfenen Fragen rund um die Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht und Ermittlungsbedarf (insbesondere auch bei bereits früher durchgeführten Marktbeobachtungen oder Abklärungen der WEKO im Zusammenhang mit dem betroffenen Unternehmen) können sich zudem zumindest teilweise unter ähnlichen Umständen wieder stellen. Deren Beantwortung liegt wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse.

E. 4.5

Bei Beschwerden gegen Beschlagnahmeverfügungen liegt regelmässig ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung vor, da die die Beschlagnahme - anders als die Hausdurchsuchung - anhält (vgl. Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 150).

E. 4.5.1

Die Vorinstanz bestreitet auch hier das Vorliegen eines aktuellen praktischen Interesses, weil die Beschwerdeführerinnen ihr schutzwürdiges Interesse an einer Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung ausschliesslich aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung ableiten würden. Zudem bestehe kein schutzwürdiges Interesse an einem formalen Leerlauf, da die Beschwerdeführerinnen wegen ihrer geltend gemachten Kooperationsbereitschaft bereit wären, die beschlagnahmten und zurückgegebenen physischen Gegenstände wieder einzureichen.

E. 4.5.2

Wie bereits unter E. 3.3.2 festgehalten, stellen Beschlagnahmen durch Reproduktion Eingriffe in die Freiheit der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen dar, da sie nicht mehr frei darüber bestimmen können, wie die entsprechenden Informationen verwendet werden. Die Beschlagnahme und der Eingriff in dieses Grundrecht dauern an. Aus einer im Beschwerdeverfahren geltend gemachten grundsätzlichen

Kooperationsbereitschaft kann zudem nicht per se auf ein fehlendes aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung einer Beschlagnahmeverfügung geschlossen werden. Ein schutzwürdiges aktuelles Interesse an der Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung ist deshalb zu bejahen.

E. 4.6

Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen eventualiter, die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahmeverfügung und der Anordnung der Hausdurchsuchung durch den Durchsuchungsbefehl festzustellen (Rechtsbegehren 2 und 4).

E. 4.6.1

Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG), wobei dieser Begriff gleich zu verstehen ist wie bei der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG (BGE 139 V 143 E. 3; BVGE 2010/12 E. 2.3; Isabelle Häner, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N 17; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.30). Eine Feststellungsverfügung kann sodann nur dann erlassen werden, wenn sich das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung wahren lässt. Dieses Erfordernis der Subsidiarität gilt zwar nicht absolut. Insbesondere wenn mit dem vorgängigen Erlass einer Feststellungsverfügung grundlegende Fragen vorweg geklärt und ein aufwendiges Verfahren vermieden werden kann, muss das Erfordernis der Subsidiarität weichen (Urteile des BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.1.2; A-1875/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 2.1; vgl. Isabelle Häner, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N 21).

E. 4.6.2

Da auf die Beschwerden auf Aufhebung des Durchsuchungsbefehls und der Beschlagnahmeverfügung eingetreten wird, fehlt den Beschwerdeführerinnen zufolge des Erfordernisses der Subsidiarität ein schutzwürdiges Interesse an den beiden eventualiter gestellten Feststellungsbegehren. Umstände, bei welchen auf das Erfordernis der Subsidiarität verzichtet werden könnte, liegen vorliegend ebenfalls nicht vor, weshalb auf die Rechtsbegehren 2 und 4 der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten ist.

E. 5

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Unter Vorbehalt der Erwägungen 2.4 und 4.6.2 ist deshalb auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen einzutreten.

E. 6.1

Hausdurchsuchungen sind zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (1), es wahrscheinlich ist, dass sich in den zu durchsuchenden Räumen Beweismittel befinden (2), die Hausdurchsuchung verhältnismässig ist (3), und ein Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt (4). Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 48; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 3.126).

E. 6.2

Die formellen Voraussetzungen für die Durchführung der Hausdurchsuchung sind vorliegend unumstritten gegeben. Ein Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz hat auf

Antrag des Sekretariates vom [...] den schriftlichen Durchsuchungsbefehl [...] erlassen. Im Durchsuchungsbefehl vom [...] sind die zu durchsuchenden Räumlichkeiten und der Grund der Hausdurchsuchung hinreichend bestimmt (vgl. Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 62; Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 190 und 194 f.; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 3.121).

E. 6.3.1

Wie soeben erwähnt, wird in materieller Hinsicht vorausgesetzt, dass ein hinreichender Tatverdacht bzw. ein konkreter Ermittlungsbedarf gegeben ist. Als hinreichender Tatverdacht gilt ein durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht gegenüber der von der Zwangsmassnahme betroffenen Person oder gegenüber Dritten, der es nach der Erfahrung als möglich erscheinen lässt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 49 f. m.H.). Der Sachverhalt muss ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zudem müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen (Urteile des BStGer BV.2009.30, BV.2009.31, BV.2009.32, BE.2010.1, BE.2010.2, BE.2010.3 vom 10. März 2010 E. 4.3.1). An den hinreichenden Tatverdacht sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen, in der Regel genügt eine substantiierte Anzeige eines Dritten oder eines beteiligten Unternehmens (Selbstanzeige; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 52 m.H. auf BGE 106 IV 413 E. 4.a). Der konkrete Ermittlungsbedarf verlangt, dass die Gegenstände, auf deren Beschlagnahme die Durchsuchung gerichtet ist, einen Bezug zum relevanten Sachverhalt aufweisen (potentielle Beweiseignung). Weiter muss die Hausdurchsuchung darauf zielen, Unterlagen zu noch offenen Sachverhaltsfragen zu beschaffen (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 200).

E. 6.3.2

Z. _____ reichte dem Sekretariat mit Eingaben vom [...] und [...] eine Anzeige ein. Darin werden insbesondere die [...] der Beschwerdeführerinnen und der [...] sowie deren Umsetzung umschrieben. Z. _____ untermauerte ihre Anzeige mit Beweismitteln - konkret mit zwei Sitzungsprotokollen von sogenannten [...] Sitzungen und mit [...] von verschiedenen [...] an diverse [...] aus den Jahren [...] bis [...]. Insbesondere aus den [...] -Protokollen geht hervor, dass die [...] gemeinsam mit den Beschwerdeführerinnen Disziplinierungsmassnahmen vereinbart haben, [...].

E. 6.3.3

Dennoch wenden die Beschwerdeführerinnen ein, vorliegend fehle es sowohl an einem hinreichenden Tatverdacht als auch an einem Ermittlungsbedarf. Ihr Geschäftsmodell sei von den Wettbewerbsbehörden schon mehrfach überprüft und für wettbewerbsrechtlich unbedenklich befunden worden. Den Wettbewerbsbehörden seien spätestens seit der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] die angeblich zu untersuchenden Vorwürfe und Tatsachen bekannt. Gegenstand des laufenden Untersuchungsverfahrens seien gemäss Eröffnungsschreiben und Durchsuchungsbefehl der Vorinstanz die Disziplinierungsmassnahmen (bis hin zur [...]) [...]. All diese Aspekte seien aber schon Gegenstand der folgenlos eingestellten Marktbeobachtung "[...]" gewesen. Die Disziplinierungsmassnahmen, namentlich auch die [...], hätten damals in der Anzeige von Z. _____ vom [...] bzw. im Fragebogen des Sekretariates vom [...], in der Beantwortung des Fragebogens vom [...] sowie in der Präsentation des Geschäftsmodells vom [...]

gegenüber dem Sekretariat Erwähnung gefunden. Bei der Präsentation des Geschäftsmodells seien die Vertreter von [...] explizit auf die sogenannten [...] -Sitzungen eingegangen. Ebenso seien anlässlich der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] [...] in mehreren Schreiben nachweislich thematisiert worden. [...]. Im Ergebnis seien keine Sachverhaltsfragen offen. Neue Aspekte oder Hinweise auf eine unzulässige Verhaltensweise von [...] im Vergleich zur Marktbeobachtung [...] gebe es nicht.

E. 6.3.4

Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung demgegenüber vor, es treffe zwar zu, dass sich die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit bereits mehrfach mit dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen auseinandergesetzt hätten. Mit der Anzeige vom [...] habe Z. _____ der Vorinstanz aber Sachverhaltselemente zur Kenntnis gebracht, die ihr bis dahin nicht bekannt gewesen seien, so insbesondere die [...] Disziplinierungsmassnahmen, die im Zentrum der neuen Untersuchung stünden. Der angezeigte Sachverhalt, der der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] zugrunde gelegen habe, sei anders gelagert gewesen. Damals habe der Fokus auf Vorwürfen gelegen, die primär die Gebührenregelung der Beschwerdeführerinnen umfasst hätten. Die Disziplinierungsmassnahmen [...] seien lediglich am Rande, oberflächlich und zum Schluss der Marktbeobachtung erwähnt worden. Das Sekretariat habe sie zudem als [...] Massnahmen [...] verstanden. Schliesslich habe das Sekretariat mit Beendigung der Marktbeobachtung den Beschwerdeführerinnen keinen sogenannten "comfort letter" ausgestellt, der bestätige, dass das Verhalten mit dem Kartellrecht vereinbar sei. Vielmehr habe es sich im Schreiben vom [...] zur Einstellung der Marktbeobachtung explizit vorbehalten, bei neuen Hinweisen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen "die Geschäftspraktiken der [...] inskünftig erneut zu würdigen". Schliesslich sei die Vorinstanz auch nicht an die Einschätzung des Sekretariates gebunden, zumal eine Marktbeobachtung geführt worden sei und die Beschwerdeführerinnen nicht eine Überprüfung ihres Geschäftsmodells mittels Beratung (Art. 23 Abs. 2 KG) oder Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) in Anspruch genommen hätten.

E. 6.3.5

In ihrer Replik bestreiten die Beschwerdeführerinnen, die Disziplinierungsmassnahmen nur beiläufig erwähnt zu haben. Die Wettbewerbsbehörden hätten nach Treu und Glauben die Disziplinierungsmassnahmen nur als [...] verstehen können, dies ergebe sich insbesondere aus den Folien zur Präsentation vom [...] und ihrer Beantwortung des Fragebogens vom [...].

E. 6.3.6

Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik daran fest, die Disziplinierungsmassnahmen [...] verstanden zu haben. Beim Verständnis des Sekretariates handle es sich um ein subjektives Sachverhaltselement, über welches nur das Sekretariat Auskunft geben könne.

E. 6.3.7

Marktbeobachtungen verschaffen den Wettbewerbsbehörden Kenntnisse über die Wettbewerbsverhältnisse auf den beobachteten Märkten. Die so gewonnene Informationsbasis ermöglicht es, anschliessend eine Vorabklärung oder eine Untersuchung zu eröffnen (Schenkel/Odermatt/ Holzmüller, Dike-KG, Art. 45 N 5). Die Marktbeobachtung ist kein kartellrechtliches Verfahren, auch kein informelles Verfahren, sondern lediglich informelles Verwaltungshandeln. Bei der Marktbeobachtung können sich die Wettbewerbsbehörden nicht auf Untersuchungsmassnahmen stützen und die

Unternehmen haben keine Auskunftspflicht (Schenkel/Odermatt/ Holzmüller, Dike-KG, Art. 45 N 9 f.). Auf die Durchführung einer Marktbeobachtung besteht kein Anspruch und die Beendigung derselben kann nicht angefochten werden. Umgekehrt besteht für ein Unternehmen, dessen Verhalten beobachtet wird, kein Anspruch darauf, dass das Sekretariat diesem die Vereinbarkeit seines Verhaltens mit dem Kartellrecht bei Beendigung der Marktbeobachtung bestätigt (sog. comfort letter). Die Einstellung der Marktbeobachtung wird den beobachteten Unternehmen in der Praxis mitgeteilt, jedoch in der Regel mit dem Vorbehalt, dass das Verhalten jederzeit erneut untersucht werden kann (Schenkel/Odermatt/ Holzmüller, Dike-KG, Art. 45 N 14).

E. 6.3.7.1

Vorliegend wurde die Marktbeobachtung "[...]" im [...] eingestellt. Dabei teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, sie habe keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 und/oder 7 KG feststellen können, behalte sich aber ausdrücklich vor, bei neuen Hinweisen die Geschäftspraktiken erneut zu würdigen. Damit hat das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen die Vereinbarkeit ihres Verhaltens mit dem Kartellrecht gerade nicht bestätigt (gleich [...]).

E. 6.3.7.2

Aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Unterlagen zur Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] geht zudem hervor, dass bei der Marktbeobachtung [...] die Gebührenregelung und nicht die Disziplinierungsmassnahmen im Fokus stand. Die Disziplinierungsmassnahmen, die nun in der Untersuchung "[...]" im Zentrum stehen, fanden jedoch nachweislich Erwähnung. Es liegen aber keine Anhaltspunkte vor, die darauf schliessen liessen, dass die Disziplinierungsmassnahmen im Rahmen der Marktbeobachtung vom Sekretariat eingehend "untersucht" worden wären. Ebenso ist zwar erwiesen, dass die Beschwerdeführerinnen die Disziplinierungsmassnahmen insbesondere an der Präsentation vom [...] erwähnt haben, es kann jedoch nicht davon gesprochen werden - was im Übrigen von den Beschwerdeführerinnen auch nicht behauptet wird -, die Beschwerdeführerinnen hätten die Disziplinierungsmassnahmen proaktiv ins Zentrum gerückt, zumal diese erst und nur mit Folien Nr. 63 bzw. 66, und damit am Ende ihrer Präsentation, genannt wurden.

E. 6.3.7.3

Mit der Begründung, die Wettbewerbsbehörden hätten betreffend Disziplinierungsmassnahmen bereits weitgehende Ermittlungen durchgeführt und verfügten über umfassende und ausreichende Informationen, kann für die Untersuchung "[...]" ein Ermittlungsbedarf somit nicht in Abrede gestellt werden. Auch konnten und durften die Beschwerdeführerinnen nicht davon ausgehen, mit der informellen Marktbeobachtung seien die [...] Disziplinierungsmassnahmen umfassend untersucht und ausdrücklich für kartellrechtlich unbedenklich erachtet worden. Unter diesen Umständen ist es letztlich irrelevant, ob das Sekretariat die Disziplinierungsmassnahmen anlässlich der Marktbeobachtung "[...]" als [...] Massnahmen verstanden hat oder hätte verstehen müssen.

E. 6.3.8

Weiter wenden die Beschwerdeführerinnen ein, es fehle auch an einem konkreten Ermittlungsbedarf bzw. Tatverdacht, da das im Rahmen des Untersuchungsverfahrens ihr und den [...] vorgeworfene Verhalten vor dem Hintergrund der jüngst bestätigten Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden (RPW 2020/2, S. 405 ff. - Einkaufskooperation) und der

Europäischen Kommission betreffend Einkaufsgemeinschaften (Mitteilungen der Europäischen Kommission - Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit [ABI. 2011/C 11/01] Rz. 194 ff.) offensichtlich zulässig sei.

E. 6.3.8.1

Auch diesem Vorbringen kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhält, unterscheidet sich das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen vom Geschäftsmodell einer klassischen Einkaufsgemeinschaft. Entsprechend wird in der laufenden Untersuchung zu prüfen sein, inwiefern dieses Geschäftsmodell ähnlich zu beurteilen ist wie klassische Einkaufsgemeinschaften, welche unter bestimmten Umständen prokompetitiv wirken und deshalb kartellrechtlich zulässig sein können (vgl. RPW 2020/2, S. 405 ff., - Einkaufskooperation). Selbst wenn das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen anhand des gleichen Prüfmusters zu beurteilen ist wie klassische Einkaufsgemeinschaften, steht die Zulässigkeit der untersuchten Wettbewerbsabreden noch nicht ohne Weiteres fest. Denn die Frage, inwiefern [...] Disziplinierungsmassnahmen, namentlich [...], unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 1 KG darstellen können, haben die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bisher noch nicht beurteilt.

E. 6.3.9

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Wettbewerbsbehörden in Bezug auf unzulässige Wettbewerbsabreden [...] zwischen den [...] nach Art. 5 Abs. 3 KG sowie zwischen den Beschwerdeführerinnen und den [...] nach Art. 5 Abs. 1 KG über einen hinreichenden Tatverdacht verfügten. Ebenso bestand Ermittlungsbedarf, zumal gemäss der Anzeige von Z._____ die [...] -Sitzungen viermal im Jahr stattfinden und die angeblich koordinierten Disziplinierungsmassnahmen seit rund zehn Jahren bestehen sollen. Entsprechend verfügten die Wettbewerbsbehörden mit den von Z._____ eingereichten Unterlagen mutmasslich erst über einen kleinen Ausschnitt des mutmasslich vorhandenen Beweismaterials (vgl. [...]).

E. 6.4.1

Hausdurchsuchungen sind weiter nur dann zulässig, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände befinden, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VStrR; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 55; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 3.119).

E. 6.4.2

Die Wettbewerbsbehörden gingen davon aus, dass sich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen weitere [...] -Protokolle und andere Dokumente in diesem Zusammenhang (bspw. Listen, interne Korrespondenz) befinden und beschlagnahmt werden können. Wie bereits erwähnt sollen gemäss Anzeige von Z._____ die [...] -Sitzungen viermal im Jahr stattfinden und die [...] Disziplinierungsmassnahmen sollen seit rund zehn Jahren bestehen. Weiter nahmen die Wettbewerbsbehörden an, was folgt zu finden: (1) allfällige Korrespondenz zwischen den Beschwerdeführerinnen und den einzelnen [...] über die Umsetzung der geplanten Disziplinierungsmassnahmen, (2) Korrespondenz zwischen den Beschwerdeführerinnen und den [...] über wiederkehrende Vertragsverhandlungen, (3) Unterlagen, welche Aufschluss über die Gebühren und Zahlungen geben.

E. 6.4.3

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten weitestgehend nicht, dass es wahrscheinlich erschien, in ihren Räumlichkeiten Gegenstände zu finden, die als Beweismittel von Bedeutung sein können. Sie bringen in anderem Kontext zwar vor, bei ihnen könnten keine [...] gefunden werden, da diese nur von Handelspartnern ausgehen könnten. Allerdings wendet die Vorinstanz dagegen zu Recht ein, dass die [...] den Beschwerdeführerinnen - zumindest teilweise - in Kopie zugestellt wurden (vgl. Beilage 3 zur Duplik vom [...]). Da die Beschwerdeführerinnen mutmasslich nicht nur [...] und damit Mittelpunkt der [...] -Aktivitäten bildeten, lag die Erwartung nahe, am ehesten am Ort ihrer Geschäftstätigkeit auf Hinweise für ein Abredeverhalten zu stossen. Diese Voraussetzung ist somit ebenfalls gegeben.

E. 6.5.1

Schliesslich müssen Hausdurchsuchungen auch verhältnismässig sein. Sie müssen zur Erreichung des angestrebten Ziels kumulativ geeignet und erforderlich sein. Zudem muss der Eingriffszweck in einem vernünftigen Verhältnis zur Eingriffswirkung stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn; Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 202; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 57; Bovet/Sabry, CR Concurrence, Art. 42 N 66).

E. 6.5.2

Die Hausdurchsuchung bildete vorliegend sicherlich eine geeignete Massnahme. Wie oben dargelegt (vgl. E. 6.4.2), erschien es wahrscheinlich, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände befinden, die der Beschlagnahme unterliegen (vgl. Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 203 f.).

E. 6.5.3

Erforderlich sind Hausdurchsuchungen dann, wenn keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreicht (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 205; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 59). Erforderlich sind Hausdurchsuchungen insbesondere bei Kollusionsgefahr, wenn somit zu befürchten ist, die Betroffenen könnten Beweismittel vernichten oder beiseiteschaffen, sobald sie von der Untersuchung Kenntnis erhalten. Mildere Untersuchungsmassnahmen wie eine Editionsverfügung nach Art. 40 KG kommen bei einer solchen Sachlage regelmässig nicht in Betracht. Ausserdem eignen sich Auskunfts- und Editionsbegehren nicht um Unterlagen heraus zu verlangen, die nicht genau bestimmbar sind oder über deren Existenz Unklarheit herrscht, wie beispielsweise schriftliche Korrespondenz, E-Mails, Notizen, Sitzungsprotokolle (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 205; vgl. auch Bovet/Sabry, CR Concurrence, Art. 42 N 67). Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit gilt es zudem zu berücksichtigen, dass sich harte Kartelle zunehmend professionalisieren und ihre Methoden verfeinern, um einer Aufdeckung und Sanktionierung zu entgehen (Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2038; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 59; Bovet/Sabry, CR Concurrence, Art. 42 N 68). In solchen Fällen erscheinen mildere Massnahmen wie z.B. Auskunftsbegehren zur Beibringung von Beweisen nicht gleich geeignet und die Hausdurchsuchung wird regelmässig als das mildeste zwecktaugliche Mittel angesehen (Urteil des BStGer BE.2007.10-13 vom 14. März 2008 E. 5.3; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 59, vgl. auch Bovet/Sabry, CR Concurrence, Art. 42 N 68).

E. 6.5.4

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Hausdurchsuchung sei über das Erforderliche hinausgegangen. Den Wettbewerbsbehörden sei mit der Editionsverfügung nach Art. 40 KG (verbunden mit der Möglichkeit einer Sanktionsandrohung) ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden, um die benötigten Informationen und Dokumente einzuholen. Sie, die Beschwerdeführerinnen, hätten in der Vergangenheit mit den Wettbewerbsbehörden stets vorbehaltlos kooperiert und sämtliche angeforderten Dokumente oder erfragten Informationen innert Frist eingereicht. Zudem seien sie von der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit ihres Geschäftsmodells überzeugt. Daher habe keine Kollusionsgefahr bestanden. Ausserdem seien sie im Untersuchungsverfahren nicht sanktionsbedroht, da ihnen lediglich ein Tatbestand gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorgeworfen werde.

E. 6.5.5

Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, das Sekretariat könne in der Regel nicht davon ausgehen, dass die mutmasslich an der Abrede beteiligten Unternehmen dem Sekretariat die zur Sachverhaltsabklärung notwendigen Informationen gestützt auf eine Auskunfts- und Editionsverfügung nach Art. 40 KG lückenlos und ungefiltert zur Verfügung stellten, wenn sie über Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 und/oder 7 KG verfüge. Das Sekretariat habe aufgrund der Anzeige von Z._____ Kenntnis von neuen Sachverhaltselementen erhalten, welche Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden dargestellt hätten. Die Beschwerdeführerinnen hätten diese gegenüber dem Sekretariat in der Vergangenheit nicht vollständig offengelegt. Deshalb habe das Sekretariat damit rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerinnen die zur Sachverhaltsabklärung notwendigen Informationen gestützt auf eine entsprechende Auskunfts- bzw. Editionsverfügung nicht lückenlos und ungefiltert einreichen würden. Vielmehr habe Kollusionsgefahr bestanden.

E. 6.5.6

Die Beschwerdeführerinnen wenden in ihrer Replik ein, die Verhältnismässigkeit sei in jedem Einzelfall zu prüfen, auch bei Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 und/oder 7 KG. Weiter halten sie daran fest, dass mit einer strafbewehrten Auskunftsverfügung ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden wäre. Zumal es den Wettbewerbsbehörden aufgrund der dokumentierten Anzeige von Z._____ möglich gewesen wäre, zu überprüfen, ob sie die relevanten Informationen tatsächlich eingereicht hätten. Schliesslich seien den Wettbewerbsbehörden die relevanten Informationen aufgrund der Marktbeobachtung aus den Jahren [...] und der Anzeige von Z._____ bereits bekannt gewesen.

E. 6.5.7

Mit den Beschwerdeführerinnen ist festzuhalten, dass die Verhältnismässigkeit und damit insbesondere auch der Aspekt der Erforderlichkeit in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Dem widerspricht aber nicht, wenn - mit der Vorinstanz - im Sinne eines allgemeinen Erfahrungssatzes davon ausgegangen wird, dass bei Anhaltspunkten für schwere und sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkungen die Kollusionsgefahr in der Regel erhöht ist. Vorliegend bestehen zumindest hinsichtlich der [...] Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, mithin für schwerste Wettbewerbsbeschränkungen. Gegenüber den Beschwerdeführerinnen besteht zwar - da sie nicht im direkten oder potentiellen Wettbewerb mit den [...] stehen - "nur" der Verdacht von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass sich harte Kartelle

zunehmend professionalisieren und ihre Methoden verfeinern, um einer Aufdeckung und Sanktionierung zu entgehen (BBJ 2002 2022, 2038). Da ausserdem die Vorinstanz die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte (vgl. Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2) und die Beschwerdeführerinnen sich im Untersuchungsverfahren nicht selbst belasten müssen (Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.2), ist sie damit zu Recht von einer allgemein erhöhten Kollusionsgefahr ausgegangen.

E. 6.5.8

Gewisse Unterlagen wie etwa die Protokolle der mutmasslich vierteljährlich stattfindenden [...]Sitzungen waren zwar relativ genau bestimmbar. Andere Dokumente in diesem Zusammenhang (Listen, interne Korrespondenz, etc.) waren aber nicht genau bestimmbar und über deren Existenz herrschte auch Unklarheit. Auch in solchen Konstellationen eignen sich Auskunfts- und Editionsbegehren nicht, um Unterlagen heraus zu verlangen (vgl. oben E. 6.5.3).

E. 6.5.9

Selbst wenn sich die Beschwerdeführerinnen in der Vergangenheit gegenüber den Wettbewerbsbehörden kooperativ verhalten haben und Auskunftsgesuche fristgerecht beantwortet sowie Informationen geliefert haben, kann daraus nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass sie im vorliegenden Verfahren gestützt auf eine Auskunfts- und Editionsverfügung nach Art. 40 KG sämtliche, mitunter mutmasslich auch belastende Informationen zu den Disziplinierungsmassnahmen lückenlos und ungefiltert zur Verfügung gestellt hätten.

E. 6.5.10

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, mit einer strafbewehrten Auskunftsverfügung sei ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden, da die Wettbewerbsbehörden aufgrund der dokumentierten Anzeige von Z._____ hätten überprüfen können, ob sie die relevanten Informationen tatsächlich eingereicht hätte, verkennen sie, dass bei Kollusionsgefahr nicht verlangt werden kann, dass die Wettbewerbsbehörden vorgängig zur Edition auffordern. Dadurch bestünde die Gefahr, dass der Zweck der Massnahme vereitelt wird (vgl. Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 205). Denn bei Kollusionsgefahr besteht gerade die Gefahr, dass Beweismittel vernichtet oder beiseitegeschafft werden. Wäre dies bei einer vorgängigen Editionsaufrorderung der Fall, würde es der untersuchenden Behörde hinsichtlich der noch ausstehenden Beweisbeschaffung nichts mehr nützen, wenn sie anhand bereits vorhandener Unterlagen überprüfen kann, ob sämtliche Unterlagen eingereicht wurden.

E. 6.5.11

Ebenso nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten lässt sich aus ihrem Vorbringen, sie seien von der Unbedenklichkeit ihres Geschäftsmodells überzeugt, weshalb keine Kollisionsgefahr bestanden habe. Denn dabei handelt es sich um eine subjektive Einschätzung der Beschwerdeführerinnen, von welcher die Vorinstanz keine Kenntnis haben und welche sie im Vorfeld auch nicht erheben konnte. Schliesslich lässt sich die Erforderlichkeit der Hausdurchsuchung auch nicht mit dem angeblich fehlenden Ermittlungsbedarf verneinen. Ein solcher liegt wie in den Erwägungen 6.3 und 6.4 aufgezeigt gerade vor. Insgesamt erwies sich die Anordnung der Hausdurchsuchung deshalb als erforderlich. Es war davon auszugehen, dass keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.

E. 6.5.12

Um zu beurteilen, ob eine Hausdurchsuchung verhältnismässig im engeren Sinn ist, ist die gesamte Interessenlage des konkreten Einzelfalls zu würdigen. Im Vordergrund steht das Verhältnis zwischen Eingriffszweck, d.h. die Sachverhaltsabklärung, und Eingriffswirkung (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 208). Dabei ist unter anderem die Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung, die mit der Hausdurchsuchung abgeklärt werden soll, zu berücksichtigen. Schwere Kartellrechtsverstösse, namentlich die mit direkten Sanktionen bedrohten Verhaltensweisen, vermögen eine Hausdurchsuchung eher zu rechtfertigen als andere Formen der Wettbewerbsbeschränkungen (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 209; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 61; Bovet/Sabry, CR Concurrence, Art. 42 N 69). Zu berücksichtigen ist weiter das Verfahrensstadium. Das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung unterliegt einer umso strengeren Überprüfung, je weiter das Verfahren fortgeschritten ist (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 209 m.H.).

E. 6.5.13

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Verhältnismässigkeit i.e.S. sei insbesondere nicht gegeben, da ihr selbst nur ein nicht direkt sanktionierbares Verhalten vorgeworfen werde. Bei den ihr vorgeworfenen "[...] Wettbewerbsabreden" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG gehe es um die Umschreibung einer Art Gehilfenschaft, die nach Art. 49a KG nicht direkt sanktionierbar sei. Zwar seien Hausdurchsuchungen bei Dritten in Ausnahmefällen möglich. Ein solcher Ausnahmefall liege jedoch nicht vor, da die in der Untersuchungseröffnung genannten Anhaltspunkte zu schwach und unbestimmt seien und nicht eindeutig auf ein direkt nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 49a KG sanktionierbares Verhalten zielten. Zudem sei nicht ersichtlich, weshalb - nachdem auch bei [...] Hausdurchsuchungen durchgeführt worden seien - zusätzlich bei ihr als Dritte eine Hausdurchsuchung nötig gewesen sei. Für die Beschwerdeführerinnen sei die Hausdurchsuchung vor dem Hintergrund der jahrelangen Untersuchungen [...] und der Einstellung der Marktabklärung "[...]" im Jahre [...] besonders eingriffintensiv gewesen. Durch das Abstellen und Auswerten der den Wettbewerbsbehörden bereits vorliegenden Unterlagen, wäre die Hausdurchsuchung gar nicht nötig gewesen. Schliesslich wenden sie in ihrer Replik ein, es könne nicht angehen, dass sie als nicht direkt sanktionsbewehrtes Unternehmen für andere Unternehmen "herhalten" müssten.

E. 6.5.14

Vorab ist festzuhalten, dass die Hausdurchsuchung in casu ganz zu Beginn der kartellrechtlichen Untersuchung "[...]" angeordnet wurde. Der Tatverdacht musste sich somit noch nicht derart konkretisiert und verdichtet haben, wie es bei Hausdurchsuchungen im späteren Verfahrensstadium erforderlich gewesen wäre (vgl. oben E. 6.5.12 und Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 209).

E. 6.5.15

Weiter ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass es sich bei den Beschwerdeführerinnen nicht um Dritte handelt, sondern um an der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen. Die mutmasslichen Abreden unter den [...] stellen möglicherweise direkt sanktionierbare Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar. Die Wettbewerbsbeschränkung, die mit der vorliegenden Hausdurchsuchung abgeklärt wird, gehört damit zu den schwersten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 5 Abs. 3 KG setzt voraus, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen aktuell oder potentiell miteinander im

Wettbewerb stehen. Die Beschwerdeführerinnen sind als [...] nicht Wettbewerberinnen der [...]. Aus diesem Grund kann die Abrede zwischen den Beschwerdeführerinnen und den Anschlusshäusern nicht den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG, sondern nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen. Das Sekretariat verfügte aber über Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerinnen die Disziplinierungsmassnahmen unter den [...] koordiniert haben und damit an deren Umsetzung mutmasslich massgebend beteiligt gewesen sind, mithin eine zentrale Rolle innehatten, auch wenn ihr gegenüber "nur" der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG in Frage kommt.

E. 6.5.16

Hinsichtlich den Einwendungen der Beschwerdeführerinnen zum Ermittlungsbedarf kann wiederum auf E. 6.3 und 6.4 verwiesen werden. Ein Ermittlungsbedarf war gegeben. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, da [...] Hausdurchsuchungen durchgeführt worden seien, sei jene bei ihnen nicht mehr nötig gewesen, gilt es zu beachten, dass die Behörden bei der Beschränkung der Standorte der Hausdurchsuchung abzuwägen haben, wo sich die Beweismittel am wahrscheinlichsten befinden (vgl. auch Urteil des BStGer BE 2007.10-13 vom 14. März 2008 E. 5.2). Vorliegend verfügten die Wettbewerbsbehörden über Anhaltspunkte, dass die [...] Disziplinierungsmassnahmen von den Beschwerdeführerinnen koordiniert und organisiert wurden. Bei dieser Ausgangslage ist nicht zu beanstanden, wenn die Wettbewerbsbehörden es im Zeitpunkt der Anordnung der Hausdurchsuchung als am wahrscheinlichsten erachteten, die Protokolle der [...] -Sitzungen und weitere Beweismittel bei den Beschwerdeführerinnen zu finden. Die Beschwerdeführerinnen mussten somit nicht in ungerechtfertigter Weise für andere Unternehmen "herhalten".

E. 6.5.17

Die Wettbewerbsbehörden haben auch bei der Art und Weise der Durchführung der Hausdurchsuchung das Verhältnismässigkeitsprinzip berücksichtigt. Sie haben die zu beschlagnahmenden Gegenstände im Durchsuchungsbefehl zeitlich und sachlich eingegrenzt, von den beschlagnahmten Dokumenten Kopien erstellt und die Originale den Beschwerdeführerinnen kurz nach der Hausdurchsuchung wieder zurückgegeben. Dadurch wurden die Eingriffswirkungen der Hausdurchsuchung minimiert. Überdies waren die Beschwerdeführerinnen bei der Hausdurchsuchung anwaltlich vertreten (Urteil des BStGer BE 2007.10-13 E. 5.4).

E. 6.5.18

Insbesondere da die mutmasslichen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu den schwersten Verstössen gegen das Kartellrecht gehören, ist das öffentliche Interesse, im Sinne einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (vgl. Art. 1 KG), entsprechend gross. Die mit den Hausdurchsuchungen verbundenen Eingriffswirkungen zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen sind dagegen als weniger erheblich einzustufen, auch wenn die wirtschaftlichen Auswirkungen und Eingriffe in die Grundrechte nicht unerheblich erscheinen. Vergangene Untersuchungen und Marktbeobachtung lassen eine Hausdurchsuchung im Übrigen nicht per se als besonders eingriffsintensiv erscheinen. Im Ergebnis überwiegt der Eingriffszweck das Interesse der Beschwerdeführerinnen, weshalb vorliegend die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne gewahrt ist.

E. 6.6

Die Hausdurchsuchung bzw. der Durchsuchungsbefehl vom [...] erweist sich als rechtmässig. Das Rechtsbegehren 1 der Beschwerdeführerinnen ist abzuweisen.

E. 7.1

Zu überprüfen ist sodann die Beschlagnahmeverfügung vom [...]. Die Beschlagnahme stellt eine provisorische prozessuale Massnahme zur vorläufigen Beweissicherung dar. Sie muss nicht ausführlich begründet werden (BGE 119 IV 326 E. 7e; Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 226; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 119). Sämtliche beschlagnahmten Gegenstände sind im Beschlagnahmeprotokoll zu verzeichnen (Art. 47 Abs. 2 VStrR). Damit ein Beweismittel beschlagnahmt werden darf, muss es vom Untersuchungsgegenstand, der im Hausdurchsuchungsbefehl beschrieben ist, erfasst sein. Die Beschlagnahmeobjekte müssen zudem als Beweismittel von Bedeutung sein können (potentielle Beweiseignung). Eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Beweisobjekt unmittelbar oder mittelbar mit der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung in Zusammenhang steht, reicht nach der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts aus (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VStrR; Urteile des BStGer BV.2014.79 und BP.2014.69 vom 27. Februar 2015 E. 2.4.2; Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 225; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 118). Wie bei der Durchsuchung ist auch bei der Beschlagnahme das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 230; Bangerter, BSK KG, Art. 42 N 121 f.).

E. 7.2

Mit der Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung können namentlich allfällige Beschlagnahmehindernisse geltend gemacht werden, etwa dass dem betreffenden Beweismittel die potenzielle Beweiseignung abzusprechen ist. Sodann wird es als zulässig erachtet, vorfrageweise die Voraussetzungen für die Hausdurchsuchung zu überprüfen (Bickel/Wyssling, Dike-KG, Art. 42 N 289).

E. 7.3

Die Beschwerdeführerinnen leiten die geltend gemachte Widerrechtlichkeit der Beschlagnahme aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung ab. Darüber hinaus machen sie keine Beschlagnahmehindernisse geltend.

E. 7.4

Wie soeben erwähnt, erweist sich die Hausdurchsuchung bzw. der Durchsuchungsbefehl vom [...] als recht- und verhältnismässig (vgl. oben E. 6). Sämtliche beschlagnahmten Gegenstände wurden im Beschlagnahmeprotokoll vom [...] verzeichnet (vgl. E. C). Weder sind Gründe ersichtlich noch werden solche geltend gemacht, die gegen die potentielle Beweiseignung der beschlagnahmten Gegenstände sprechen. Die Beschlagnahme erweist sich zudem als verhältnismässig. Die zu beschlagnahmenden Gegenstände wurden im Durchsuchungsbefehl zeitlich und sachlich eingegrenzt und die Vorinstanz hat von den beschlagnahmten physischen Dokumenten Kopien erstellt, so dass sich die Originale wieder bei den Beschwerdeführerinnen befinden. Das Rechtsbegehren 3 der Beschwerdeführerinnen erweist sich deshalb ebenfalls als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 8

Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen die Feststellung der Unverwertbarkeit der beschlagnahmten Gegenstände. Nachdem sie diesen Antrag jedoch ausschliesslich aus der behaupteten Rechtswidrigkeit des Durchsuchungsbefehls (und der

Beschlagnahmeverfügung) ableiten, sich der Durchsuchungsbefehl vom [...] und die Beschlagnahmeverfügung vom [...] aber als rechtmässig erweisen, ist auch dieses Rechtsbegehren 5 abzuweisen.

E. 9

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 10.1

Ausgangsgemäss sind den Beschwerdeführerinnen (zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung) die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Vorliegend erscheint eine Gebühr von Fr. [...] angemessen. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. [...] wird an die Verfahrenskosten angerechnet.

E. 10.2

Die Beschwerdeführerinnen haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VKGE e contrario). Dasselbe gilt - von vornherein - für die Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VKGE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.