



---

Abteilung II  
B-7017/2018

## Urteil vom 13. März 2020

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Maria Amgwerd,  
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und/oder Dr. iur. Astrid Waser,  
Lenz & Staehelin,  
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Sekretariat, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verfügung vom 27. November 2018 in Sachen  
Untersuchung (...);  
Vorladung als Zeuge.

**Sachverhalt:****A.**

Am 13. November 2018 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten (nachfolgend: Vorinstanz) gegen mehrere (Unternehmen), darunter die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und ihre konzernmässig verbundenen Unternehmen eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz. Die Vorinstanz hegte den Verdacht, dass die Untersuchungsadressaten unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, um (...). Gleichentags begannen die Wettbewerbsbehörden bei den Untersuchungsadressatinnen und weiteren Unternehmen mit Hausdurchsuchungen und "Einvernahmen der ersten Stunde".

Im Rahmen einer koordinierten Ermittlungsaktion, welche unangekündigte Hausdurchsuchungen vorsah, ermächtigte die Vorinstanz das Sekretariat vorgängig mit Verfügung vom 31. Oktober 2018, verschiedene Personen vorzuladen und in der Vorladung Rolle, Ort und Zeitpunkt der Einvernahme zu konkretisieren. Bei diesen Personen, darunter B.\_\_\_\_\_, die sich für eine Einvernahme durch Mitarbeiter des Sekretariats der WEKO zur Verfügung zu stellen hatten, handelte es sich gemäss Verfügung um aktuelle oder ehemalige Mitarbeiter oder aktuelle oder ehemalige Inhaber einer Organfunktion, welche geeignet erschienen, über die mutmasslichen Wettbewerbsverstösse Auskunft zu geben.

Mit Verfügung vom 27. November 2018 luden die Wettbewerbsbehörden B.\_\_\_\_\_ in seiner Rolle als (...) bei der A.\_\_\_\_\_ AG zur Zeugeneinvernahme vom 13. Dezember 2018, 09:15 Uhr, in Bern, vor. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde gegen die Vorladung die aufschiebende Wirkung entzogen.

**B.**

Die Vorinstanz reichte mit Eingabe vom 27. November 2018 dem Bundesverwaltungsgericht eine Schutzschrift betreffend die Durchführung von Zeugeneinvernahmen ein und stellte folgende Anträge:

*"In der Sache:*

1. Es seien allfällige Gesuche der mutmasslichen Gesuchsteller um superprovisorische Verbote von Einvernahmen folgender Personen als Zeugen in der kartellrechtlichen Untersuchung (...) abzuweisen:

(...)  
- B. \_\_\_\_\_,  
(...)

2. Es seien allfällige Gesuche der mutmasslichen Gesuchsteller um superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Vorladungen der im Rechtsbegehren Nr. 1 genannten Personen als Zeugen in der kartellrechtlichen Untersuchung (...) abzuweisen.

- unter Kostenfolgen zulasten der mutmasslichen Gesuchsteller;

*Verfahrensanträge:*

1. Es sei die vorliegende Eingabe als Schutzschrift anzunehmen und für die Dauer von sechs Monaten aufzubewahren.

2. Es sei die vorliegende Eingabe den mutmasslichen Gesuchstellern nur dann zuzustellen, wenn diese ein Gesuch um Erlass eines superprovisorischen Verbots von Einvernahmen von in Rechtsbegehren Nr. 1 genannten Personen als Zeugen stellen oder das Bundesverwaltungsgericht um superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerden gegen Vorladungen dieser Personen als Zeugen ersuchen.

3. Es seien den mutmasslichen Gesuchstellern die grau markierten Stellen der vorliegenden Schutzschrift sowie die Beilagen nicht offenzulegen.

*Eventualiter*, für den Fall, dass dem Verfahrensantrag 2 nicht entsprochen wird:

4. Es sei die vorliegende Eingabe vorgehend ihrer Zustellung an die mutmasslichen Gesuchsteller den Wettbewerbsbehörden unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur weiteren, der Kollusionsgefahr vorbeugenden Schwärzung (ggf. Abdeckung von weiteren Titeln und Textpassagen) zuzustellen."

Die Vorinstanz begründete ihr Begehren insbesondere damit, die zeitnahe Befragung dieser Personen sei mit Blick auf den Untersuchungszweck, das Ziel, möglichst spontane und unverfälschte "Aussagen der ersten Stunde" zu erlangen sowie aufgrund der bestehenden Kollusionsgefahr essentiell (Eingabe Vorinstanz vom 27. November 2018, Rz. 24).

Die Vorinstanz reichte beim Bundesverwaltungsgericht am 7. Dezember 2018 eine weitere Schutzschrift betreffend Teilnahmerechte der Parteien an Einvernahmen der ersten Stunde ein.

**C.**

Gegen die Vorladung zur Zeugeneinvernahme erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Dezember 2018 (eingegangen vorab per Fax und per E-Mail) Beschwerde mit folgenden Anträgen:

"1. Die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 sei aufzuheben und es sei der Vorinstanz zu untersagen, B.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " als Zeuge einzuvernehmen.

2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, B.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " als Parteivertreter der A. \_\_\_\_\_ AG einzuvernehmen.

3. Eventualiter zu vorstehenden Ziffern 1 und 2 sei die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, B.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " als Auskunftsperson nach Art. 12 lit. c VwVG einzuvernehmen sowie der Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht einzuräumen.

4. Subeventualiter zu vorstehenden Ziffern 1 bis 3 sei die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, B.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " im Falle einer Zeugeneinvernahme hinsichtlich Fragen, welche sich mit Blick auf eine mögliche Sanktionierung für die Beschwerdeführerin belastend auswirken könnten, als Auskunftsperson nach Art. 12 lit. c VwVG einzuvernehmen sowie der Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht an der Einvernahme einzuräumen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes."

**Verfahrensantrag:**

"Die als "Schutzschrift" bezeichnete Eingabe der Vorinstanz vom 27. November 2018 sei durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu berücksichtigen."

**Vorsorgliche Massnahmen:**

"1. Es sei der von der Vorinstanz in der Zwischenverfügung vom 27. November 2018 angeordnete Entzug der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und es sei die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 wiederherzustellen.

2. Der Vorinstanz sei zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Frage, ob B. \_\_\_\_\_ als Zeuge zu befragen ist, Einvernahmen von B. \_\_\_\_\_ durchzuführen.

3. Eventualiter zu vorstehenden Ziffern 1 und 2 sei die Vorinstanz anzuweisen, B. \_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " als Auskunftsperson nach Art. 12 lit. c VwVG einzuvernehmen sowie der Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht an der Einvernahme einzuräumen.

4. Subeventualiter zu vorstehenden Ziffern 1 bis 3 sei die die Vorinstanz anzuweisen, B. \_\_\_\_\_ in der Untersuchung "... " im Falle einer Zeugeneinvernahme hinsichtlich Fragen, welche sich mit Blick auf eine mögliche Sanktionierung für die Beschwerdeführerin belastend auswirken könnten, als Auskunftsperson nach Art. 12 lit. c VwVG einzuvernehmen sowie der Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht an der Einvernahme einzuräumen.

5. Die Rechtsbegehren in den vorstehenden Ziffern 1 bis 4 seien superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz, anzuordnen."

In formeller Hinsicht führt die Beschwerdeführerin an, die Durchführung der Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ unter Ausschluss der Beschwerdeführerin begründe einen drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil. B. \_\_\_\_\_ nehme gegenwärtig die Rolle als (...) wahr und trage für die Beschwerdeführerin die Businessverantwortung für "... " sowie für die C. \_\_\_\_\_ AG.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der ihr zustehenden strafprozessualen Mindestgarantien geltend.

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2018 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um superprovisorische Wiederherstellung der von der Vorinstanz in der Zwischenverfügung vom 27. November 2018 entzogenen aufschiebenden Wirkung ab. Es hält im Wesentlichen fest, dass eine Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ zum jetzigen Zeitpunkt superprovisorisch nur zulässig sei, solange es sich um Angaben rein tatsächlicher Art handle, welche sich mit Hinblick auf eine mögliche Sanktionierung nicht als belastend auswirkten, eine Aussage als Zeuge unter Strafandrohung indes nicht in Betracht komme, soweit diese zu einer impliziten Schuldanerkennung der Beschwerdeführerin führen könnte. Die weiteren superprovisorisch gestellten Verfahrensanträge werden abgewiesen. Gleichzeitig nimmt das Bundesverwaltungsgericht die Eingabe der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 als Schutzschrift für eine

Dauer von sechs Monaten entgegen, bringt je eine anonymisierte Version der beiden Schutzschriften der Beschwerdeführerin zur Kenntnis und fordert gleichzeitig zur Bezahlung des Kostenvorschusses auf.

Am 14. Januar 2019 reicht die Beschwerdeführerin eine Ergänzung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2018 mit folgendem angepassten Verfahrens Antrag ein:

"Die als "Schutzschrift" bezeichneten Eingaben der Vorinstanz vom 27. November 2018 und vom 7. Dezember 2018 seien durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu berücksichtigen."

#### **E.**

Innert erstreckter Frist reicht die Vorinstanz am 8. März 2019 eine Vernehmung mit folgenden Anträgen ein:

"1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, sofern überhaupt darauf einzutreten ist.

2. Der Vorinstanz sei zu gestatten, Herrn B. \_\_\_\_\_ ohne Einschränkungen zu seiner Tätigkeit bei der A. \_\_\_\_\_ AG als Zeuge einzuvernehmen.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –"

Die Vorinstanz macht als Begründung des Nichteintretens insbesondere geltend, sämtliche von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde sowie in der Beschwerdeergänzung vorgebrachten Anträge seien, soweit diese nicht schon mit der Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2018 abgewiesen worden seien, gegenstandslos, weil das Bundesverwaltungsgericht die Schutzschriften entgegengenommen habe und die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ am 17. Dezember 2018 durchgeführt worden sei. Unter Berücksichtigung der (rechtskräftigen) Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2018 sei die Zeugeneinvernahme in Abwesenheit der Beschwerdeführerin erfolgt.

Zur Begründung in der Hauptsache bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass B. \_\_\_\_\_ weder ein aktuelles noch ein ehemaliges formelles oder faktisches Organ der Beschwerdeführerin sei. Er sei ein "gewöhnlicher" Mitarbeiter ohne besonderes Näheverhältnis zu seiner Arbeitgeberin.

**F.**

Innert erstreckter Frist hält die Beschwerdeführerin mit Replik vom 27. Mai 2019 unverändert an den bisher gestellten Anträgen und Begründungen fest.

**G.**

Die Vorinstanz hält mit Eingabe vom 20. Juni 2019 ebenfalls unverändert an den im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 8. März 2019 gestellten Anträgen fest.

Auf die erwähnten und weiteren Vorbringen der Parteien wird – soweit sie sich für den Entscheid als rechtserheblich erweisen – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

**2.**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen gegeben ist.

**2.1** Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich gegen eine Zwischenverfügung der Vorinstanz (vgl. BICKEL/WYSSLING, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], Kommentar KG, 2018, Art. 42 Rz. 65) betreffend die Zeugeneinvernahme von B.\_\_\_\_\_ in seiner Rolle als (...) bei der Beschwerdeführerin im Rahmen der kartellrechtlichen Untersuchung (...) gegen mehrere (Unternehmen), darunter die Beschwerdeführerin.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig (Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f VGG).

**2.1.1** Als beschwerdefähige Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten grundsätzlich auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Allerdings ist eine Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung, vorbehältlich der Anfechtung von Verfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand (Art. 45 Abs. 1 VwVG), gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur zulässig, wenn entweder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Bst. a) oder aber die Guttheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Letzteres kann vorliegend ausgeschlossen werden, weshalb im Folgenden zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführerin vorliegend ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

**2.1.2** Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils in Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht 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. Urteil des BGer 2C\_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; BGE 130 II 149 E. 1.1; Urteile des BVGer B-6482/2018 vom 8. November 2019 E. 2.1.2 [noch nicht rechtskräftig]; A-4099/2014 vom 28. August 2014 E. 2.1; A-2082/2014 vom 9. Juli 2014 E. 2.1 und A-1081/2014 vom 23. April 2014 E. 1.3, je m.w.H.).

**2.1.3** Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (vgl. BGE 141 IV 284 E. 2.3; Urteile des BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.1 und A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2). Diese hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Urteil des BVGer B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3 in fine). Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

**2.1.4** Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil oder kann mit der Guttheissung der Beschwerde nicht sofort ein Endentscheid herbeigeführt und damit ein bedeutender Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren gespart werden, kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischen-

verfügungen 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 (vgl. Urteile des BVGer B-6482/2018 E. 2.1.4 [noch nicht rechtskräftig]; B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.1 und A-5468/2014 E. 1.2 in fine; vgl. BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 42 Rz. 119).

## **2.2**

**2.2.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Zwischenverfügung könne einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zulasten der Beschwerdeführerin bewirken, da die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ als Zeuge die Verteidigungsrechte der Beschwerdeführerin namentlich ihr Aussageverweigerungsrecht und damit den nemo-tenetur-Grundsatz missachte.

**2.2.2** Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

**2.2.3** Strittig ist im vorliegenden Verfahren die Frage, ob Mitarbeiter und Organe eines Unternehmens mit Blick auf das aus Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) sowie Art. 31 und 32 der Bundesverfassung (BV, SR 101) hergeleitete Recht zu Schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz "nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare") in einem gegen dieses Unternehmen gerichteten Kartellverwaltungsverfahren als Zeugen einvernommen werden können. Obwohl auf diese Frage grundsätzlich erst im Rahmen der materiellen Prüfung näher einzugehen ist (vgl. E. 3 und 4 hiernach), ist jedoch bereits im Hinblick auf die Eintretensfrage vorab zu prüfen, ob eine allenfalls unzulässige Einvernahme als Zeuge und damit ein allenfalls unzulässiger Selbstbelastungszwang vorliegend einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken könnte.

**2.2.4** Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem kürzlich publizierten Urteil B-3099/2016 vom 17. September 2018 (BVGE 2018 IV/12; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 [noch nicht rechtskräftig]) in einem gleich gelagerten Fall ausgeführt hat, regelt die angefochtene Zwischenverfügung die

Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ nicht endgültig. Die Beschwerdeführerin kann die von ihr geltend gemachte Unzulässigkeit der Zeugeneinvernahme auch noch später vor der WEKO im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG) sowie nachträglich auch in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung rügen und verlangen, dass die entsprechenden Aussagen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.5). Dabei darf gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der in der Sache entscheidenden Behörde bzw. der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich erwartet werden, dass sie in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen (vgl. Urteil des BGer 2C\_578/2017 vom 8. August 2017 E. 2.1, m.w.H.). In der Praxis wurde daher in Fällen einer verweigerten Entfernung von bereits erhobenen Beweismitteln aus den Akten ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsprechend verneint (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.5 mit Hinweis auf Urteil des BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.5; Urteil 2C\_578/2017 E. 2.1).

**2.2.5** Im vorliegenden Fall wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch – im Gegensatz zu den soeben zitierten Fällen – nicht gegen die verweigerte Entfernung eines bereits erhobenen Beweismittels aus den Akten, sondern vielmehr gegen die Zeugeneinvernahme an sich und damit gegen die Beweiserhebung selbst. Das von der Beschwerdeführerin hierbei angerufene selbständige Recht auf Auskunfts- und Editionsverweigerung, welches allenfalls auch mit Blick auf die Befragung oder Einvernahme von Organen bzw. Mitarbeitern berücksichtigt werden muss (hierzu materiell E. 4 hiernach), darf dabei nicht als subsidiär zu der nachgelagerten Möglichkeit der Verwertungseinrede aufgefasst werden. Andernfalls würde das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Ergebnis auf ein blosses Verwertungsverbot reduziert, was sich kaum mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vertrüge (vgl. Urteil des BVGer B-6595/2017 vom 24. Mai 2018 E. 1.2.3; vgl. E. 3.2 hiernach) und letztlich einem effektiven Rechtsschutz zuwiderlaufen würde. Dies gilt zumindest dann, wenn es um die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Einvernahme als Zeuge an sich geht und nicht – anknüpfend hieran – lediglich um die Zulässigkeit der konkreten Fragen im Einzelnen (zum Ganzen BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.6; Urteil B-6482/2018 E. 2.2.5 [noch nicht rechtskräftig]).

Sodann ist bei der vorliegend zu beurteilenden Konstellation zu berücksichtigen, dass im Falle, dass die Einvernahme als Zeuge, d.h. die Beweiserhebung, durch die Vorinstanz im späteren Verlauf des Verfahrens als *per se* und damit vollumfänglich unzulässig beurteilt würde, möglicherweise alle früheren Verfahrensschritte und Beweismassnahmen zu wiederholen wären. Dies wäre für die Beschwerdeführerin mit einem erheblichen (Vertretungs-)Aufwand verbunden, der bei einer früheren gerichtlichen Überprüfung vermieden werden könnte (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.6 m.w.H.; Urteil B-6482/2018 E. 2.2.5 [noch nicht rechtskräftig]).

**2.2.6** Zusammenfassend kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine allenfalls unzulässige Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ als Zeuge und eine allfällige Verletzung des Auskunftsverweigerungsrechts der Beschwerdeführerin für Letztere einen nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs.1 Bst a VwVG zur Folge haben könnte (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.7 m.w.H.). Zwecks Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes ist deshalb praxisgemäss auf die Beschwerde gegen die selbständig eröffnete Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 einzutreten, falls auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen gegeben sind (vgl. E. 2.3.1 ff. hiernach).

**2.3** Zur Beschwerde ist legitimiert, 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 Abs. 1 VwVG).

**2.3.1** Für die Legitimation zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die beschwerdeführende Partei die Beeinträchtigung rechtlicher oder tatsächlicher Interessen geltend machen (statt vieler: Urteil des BVGer B-5612/2013 vom 8. April 2014 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn mit der Gutheissung der Beschwerde ein Nachteil wirtschaftlicher, materieller, ideeller oder anderer Natur abgewendet werden kann. Die rechtliche oder tatsächliche Situation muss durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden können (Urteil des BVGer B-385/2012 vom 8. Mai 2012 E. 3.2); es genügt somit nicht, wenn noch weitere Entscheide dazwischengeschaltet sind. Das Interesse hat vielmehr unmittelbar und konkret (BGE 135 I 43 E. 1.4) sowie aktuell zu sein (BVGE 2009/31 E. 3.1; zum Ganzen: Urteile des BVGer A-7614/2016 vom 17. Januar 2018 E. 1.2 m.w.H.; B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 1.1.5).

**2.3.2** Die angefochtene Vorladung wurde B. \_\_\_\_\_ nicht jedoch der Beschwerdeführerin selbständig eröffnet. Letztere begründet ihre Legitimation mit dem Hinweis, sie habe dem Sekretariat der WEKO mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 den Antrag gestellt, B. \_\_\_\_\_ nicht als Zeuge, sondern als Parteivertreter einzuvernehmen und eine angepasste Vorladung zu erlassen. Eventualiter habe sie den Erlass einer Zwischenverfügung beantragt. In der Folge habe das Sekretariat keine Zwischenverfügung erlassen und der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Dezember 2018 mitgeteilt, es werde B. \_\_\_\_\_ als Zeuge befragt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe somit am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen und sei formell beschwert.

**2.3.3** Das vorliegend in Frage stehende Untersuchungsverfahren der Vorinstanz richtet sich unter anderen gegen die Beschwerdeführerin als juristische Person. Wie das Bundesverwaltungsgericht in vergleichbaren Konstellationen bereits entschieden hat, ist die Beschwerdeführerin von der Untersuchung direkt betroffen und ist somit Verfahrenspartei i.S.v. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG. Als juristische Person in der Form einer Aktiengesellschaft handelt sie im kartellrechtlichen Verfahren durch ihre Organe (BVGE 2018 IV/12 E. 3.3; Urteil B-6482/2018 E. 2.3.3 [noch nicht rechtskräftig]).

Vorliegend ist eine allfällige Organstellung von B. \_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Sollte eine solche bejaht werden, dürfte B. \_\_\_\_\_ nicht als Zeuge einvernommen werden, sondern wäre als Parteivertreter mit entsprechendem Aussageverweigerungsrecht zu befragen. Eine Einvernahme als Zeuge könnte bei Vorliegen einer Organstellung den nemo-tenetur-Grundsatz und somit die Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin verletzen. Die Beschwerdeführerin hat somit ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der vorinstanzlichen Verfügung. Die Beschwerdeführerin ist damit gestützt auf Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert, auch wenn ihr die Verfügung nicht selbständig eröffnet wurde.

**2.3.4** Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, da die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ nach den Vorgaben in der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2018 am 17. Dezember 2018 durchgeführt worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2018 ausgeführt,

"dass eine Zeugeneinvernahme zum jetzigen Zeitpunkt superprovisorisch nur zulässig ist, solange es sich um Angaben rein tatsächlicher Art handelt, welche sich im Hinblick auf eine mögliche Sanktionierung nicht als belastend auswirken, eine Aussage als Zeuge unter Strafandrohung indes nicht in Betracht kommt, soweit diese zu einer impliziten Schuldanerkennung der Beschwerdeführerin führen könnte".

Zur Recht wendet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 27. Mai 2019 ein, dass das Bundesverwaltungsgericht die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ nur superprovisorisch und im Rahmen der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Rechtsprechung (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5) zugelassen hat. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, B. \_\_\_\_\_ könne ohne Einschränkungen als aussage- und wahrheitspflichtiger Zeuge (Art. 15 VwVG i.V.m. Art. 307 StGB) einvernommen werden und stellt in ihrer Vernehmlassung vom 8. März 2019 auch entsprechende Anträge (Ziff. 2).

Im Falle eines Nichteintretens auf die Beschwerde könnte die Vorinstanz im Laufe der Untersuchung B. \_\_\_\_\_ jederzeit wieder als der Aussage- und Wahrheitspflicht unterliegender Zeuge vorladen. Die Beschwerdeführerin müsste in diesem Fall wiederum an das Bundesverwaltungsgericht gelangen, da die Frage, ob die Einvernahme innerhalb der im Rahmen des Superprovisoriums vorgegebenen Schranken durchgeführt werden müsste, noch ungeklärt wäre. Da so die Vorladung von B. \_\_\_\_\_ als Zeuge nie rechtzeitig durch das Bundesverwaltungsgericht überprüft werden könnte, ist der Beschwerdeführerin zumindest ein virtuelles Rechtsschutzinteresse an der Klärung dieser Rechtsfrage zuzugestehen (vgl. BGE 136 III 497 E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 111 Ib 56 E. 2b), weshalb auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist.

**2.3.5** Auf den Verfahrens Antrag in der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 14. Januar 2019, es seien die als Schutzschriften bezeichneten Eingaben der Vorinstanz vom 27. November 2018 und 7. Dezember 2018 durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu berücksichtigen, ist hingegen nicht einzutreten.

**2.3.5.1** Im Unterschied zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272; Art. 270) kennt weder das Verwaltungsgerichts- noch das Verwaltungsverfahrensgesetz das Institut der Schutzschrift. Mit der Einreichung einer Schutzschrift hat der Gesuchsgegner die Möglichkeit, sofern die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme droht, dem Gericht seinen Standpunkt vorsorglich darzulegen (MEINRAD

VETTER, in: Zäch et. al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Vor Art. 12-15 N 82; geht von der Zulässigkeit der Einreichung einer Schutzschrift aus).

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass Schutzschriften im bundesgerichtlichen Verfahren unbekannt seien, weshalb sie keine Rechtswirkungen entfalten würden. Diese generelle Aussage wird vom Bundesgericht in einem neueren Entscheid nicht gemacht. Vielmehr hält es fest, dass die Praxis der Abteilungen des Bundesgerichts zur informellen Handhabung von Schutzschriften unterschiedlich sei; einige Abteilungen würden derartige Eingaben an den Absender zurücksenden, während andere sie entgegen nähmen unter dem Vorbehalt, dass im gegebenen Zeitpunkt die Gegenpartei eine Beschwerde einreiche und superprovisorische Massnahmen verlange (Urteil des BGer 5A\_1032/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 1).

**2.3.5.2** Die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts hat bereits in einem Verfahren aus dem Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Schutzschrift der Vergabestelle entgegengenommen und berücksichtigt (vgl. Urteil des BVGer B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 6.2). Obwohl die Vorinstanz nicht eigentliche Grundrechtsträgerin ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, tritt sie doch in Beschwerdeverfahren neben den Hauptparteien vor der Rechtsmittelinstanz auf, um öffentliche Interessen zu vertreten. Sie ist zwar nicht als eigentliche Partei nach Art. 6 VwVG anzusehen, nimmt jedoch eine parteiähnliche Stellung mit den gesetzlich vorgesehenen Rechten und Pflichten ein (MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 6 N. 56).

Mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz von Art. 12 VwVG, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat, und gestützt auf die Möglichkeit der Vorinstanz, eine Vernehmlassung zur Sache einzureichen (Art. 57 VwVG), ist nicht davon auszugehen, dass es der Vorinstanz grundsätzlich verwehrt wäre, eine Schutzschrift einzureichen. Der Entscheid darüber, ob eine solche Eingabe zu den Akten zu nehmen und zu berücksichtigen ist, wird im Einzelfall zu prüfen sein und obliegt in erster Linie dem in diesem Verfahrensstadium zuständigen Instruktionsrichter.

**2.3.5.3** Beide Schutzschriften der Vorinstanz vom 27. November 2018 bzw. vom 7. Dezember 2018 wurden vom Bundesverwaltungsgericht entgegengenommen und in der Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2018 berücksichtigt. Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, haben die Schutzschriften ihren Zweck in der vorliegenden Untersuchung gegenüber der Beschwerdeführerin erfüllt, weshalb die Beschwerdeführerin am 14. Januar 2019 (Datum der Antragstellung) kein Rechtsschutzinteresse an der Nichtberücksichtigung durch das Bundesverwaltungsgericht mehr hatte.

**2.3.5.4** Soweit die Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht an inskünftigen Befragungen von B. \_\_\_\_\_ beantragt, ist darauf nicht einzutreten. Anfechtungsgegenstand ist in casu nur die Einvernahme der ersten Stunde. Da die Vorinstanz über ein Teilnahmerecht der Beschwerdeführerin an allfälligen späteren Einvernahmen von B. \_\_\_\_\_ noch nicht verfügt hat, liegt dieser Antrag ausserhalb des Anfechtungsobjekts und kann somit auch keinen Streitgegenstand darstellen.

**2.3.6** Bei den in der Beschwerde geltend gemachten Rügen handelt es sich um zulässige Beschwerdegründe im Sinne von Art. 49 VwVG. Ebenso wurde die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist gewahrt und erfüllt die Beschwerdeschrift die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (Art. 52 VwVG). Die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), womit auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

Auf die Beschwerde ist daher im aufgezeigten Rahmen einzutreten.

### **3.**

Im Rahmen der Untersuchung (...) ermächtigte die Vorinstanz das Sekretariat mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2018 vorgängig, verschiedene Personen vorzuladen, und in der Vorladung Rolle, Ort und Zeitpunkt der Einvernahme zu konkretisieren. Mit Schreiben vom 27. November 2018 wurde B. \_\_\_\_\_ als Zeuge vorgeladen, um zu seiner Tätigkeit als (...) bei der Beschwerdeführerin auszusagen. Im Beschwerdeverfahren macht die Vorinstanz geltend, B. \_\_\_\_\_ könne uneingeschränkt als Zeuge zu seiner Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin einvernommen werden, da er weder ein aktuelles noch ein ehemaliges formelles oder faktisches Organ der Beschwerdeführerin sei. Zudem bestehe auch kein besonderes Näheverhältnis zu seiner Arbeitgeberin.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen diese Vorladung und macht geltend, B. \_\_\_\_\_ dürfe in dem in Frage stehenden Verfahren unter Berücksichtigung eines besonders nahen Verhältnisses sowohl zur Beschwerdeführerin als auch zum Gegenstand der Einvernahme nicht als Zeuge, sondern einzig als Partei oder eventualiter als Auskunftsperson einvernommen werden. Als Partei(-vertreter) der Beschwerdeführerin könne sich B. \_\_\_\_\_ auf das der Beschwerdeführerin zustehende Aussageverweigerungsrecht berufen.

**3.1** Das Kartellsanktionsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Publikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2; Urteil des BVGer B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.1 m.w.H.). Massgebend für das Verfahren sind die einschlägigen Vorschriften des Kartell- und Verwaltungsverfahrensgesetzes, vorbehältlich ergänzender Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.1, m.w.H.; Urteile des BVGer B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.1; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 2.1.1, B-6513/2015 E. 4.2.2, 4.3; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 62, 79 ff.).

**3.1.1** Das Kartellgesetz stellt den Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Kartellverfahrens besondere Mittel zur Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts und zur Abklärung eines allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens zur Verfügung, die über die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Massnahmen einer üblichen verwaltungsrechtlichen Untersuchung hinausgehen (vgl. Urteil B-7633/2009 Rz. 79, m.w.H.). So wird in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren u.a. der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG durch die in Art. 40 KG enthaltene umfassende Auskunftspflicht ergänzt. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (sog. Auskunftspflicht). Diese umfassende Auskunftspflicht wird indes durch das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Auskunfts- bzw. Editonsverweigerungsrecht eingeschränkt. So haben die Adressaten der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 Satz 2 KG das Recht, die Auskunft nach den Regeln von Art. 16 und 17 VwVG i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) zu verweigern. Nach Art. 42 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BZP kann der Zeuge das Zeugnis u.a. verweigern, wenn die Beantwortung der Frage ihn bzw. eine ihm nahestehende Person der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung oder einer

schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen kann oder ihm einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit einem Betrag bis zu Fr. 100'000.– belastet (Art. 52 KG). Zudem wird eine Person, die vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, mit Busse bis zu Fr. 20'000.– bestraft (Art. 55 KG).

**3.1.2** Die Wettbewerbsbehörden können sodann nach Art. 42 Abs. 1 KG Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten, wobei Art. 64 BZP sinngemäss anwendbar ist. Nach Art. 64 Abs. 1 BZP kann der Richter eine Partei zur Beweisaussage über bestimmte Tatsachen unter Strafandrohung bei falscher Aussage verhalten, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 39 KG).

Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht in Art. 12 Bst. c VwVG ebenfalls den Zeugenbeweis vor, weshalb auch im Kartellverfahren auf die dort einschlägigen Vorschriften abgestellt werden kann. Entsprechend sind Zeugen gemäss Art. 15 VwVG (Zeugnisspflicht) grundsätzlich zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet; sie können aber gemäss Art. 16 VwVG das Zeugnis ebenfalls aus den in Art. 42 BZP genannten Gründen verweigern. Die Parteien ihrerseits haben gestützt auf Art. 18 VwVG grundsätzlich das Recht, den Zeugeneinvernahmen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen. Leistet der Zeuge der Vorladung keine Folge, so kann er nach Art. 19 und 60 VwVG i.V.m. Art. 44 Abs. 3 BZP mit einer Busse bestraft werden. Untersteht der Zeuge der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG, so treten an die Stelle der Disziplinarbusse die Sanktionen nach Art. 52 und 55 KG (vgl. SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2010, Art. 42 KG Rz. 38, m.w.H.; ASTRID WASER, Verfahrensrechte der Parteien – neueste Entwicklungen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 2014, S. 87). Der Zeugenbeweis unterscheidet sich von der Auskunftspflicht i.S.v. Art. 40 KG sowie auch von einer einfachen Auskunft nach Art. 12 Bst. c VwVG dadurch, dass Zeugen die Aussagen unter der Strafandrohung von Art. 309 i.V.m. Art. 307 des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) tätigen und daher für falsche oder unvollständige Aussagen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden können

(vgl. zum Ganzen Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.1.2; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 3.1.2 [noch nicht rechtskräftig]).

Im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht vorgesehen ist hingegen die Beweisaussage. Das Kartellgesetz geht daher insofern über das Verwaltungsverfahrensgesetz hinaus, als es mit dem Untersuchungsmittel der Beweisaussage grundsätzlich ermöglicht, nicht nur "Dritte" (Zeugen), sondern auch "die von einer Untersuchung Betroffenen" und damit die Verfahrensparteien (vgl. E. 4.1.1 hiernach) unter Strafandrohung von Art. 306 StGB zur Aussage zu verpflichten (Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP). Im Verwaltungsverfahrensgesetz ist mit Bezug auf Verfahrensparteien hingegen einzig die Einholung von Auskünften ohne Strafandrohung vorgesehen (Art. 12 Bst. b VwVG). Aber auch die Beweisaussage kann unter den Voraussetzungen von Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP verweigert werden (vgl. statt vieler BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 16, m.w.H.; JÜRIG BORER, in: Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I, Kommentar KG [OFK-KG], 3. Aufl. 2011, Art. 42 Rz. 7).

**3.1.3** Der Grund für die Statuierung der genannten sowie weiterer, vorliegend nicht weiter zu behandelnder besonderer Verfahrensmassnahmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren besteht darin, dass an die Wettbewerbsbehörden bei Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts angesichts der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Beweislastverteilung besondere Anforderungen gestellt werden. Die Verankerung einer Auskunftspflicht und von Untersuchungsmassnahmen zu Lasten der Marktteilnehmer im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren bildet das notwendige Ordnungsmittel, um trotz der Vielschichtigkeit und Komplexität der im Einzelfall massgeblichen Marktprozesse sowie der multiplen Wirkungszusammenhänge im Wettbewerb eine Aufklärung durch die Wettbewerbsbehörden zu gewährleisten (vgl. Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.1.3 mit Verweis auf Urteil B-7633/2009 Rz. 80, m.w.H.; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 3.1.3 [noch nicht rechtskräftig]).

**3.2** Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (Art. 49a Abs. 1 KG). Die kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG werden – wenngleich im Gesetz

systematisch unter den Verwaltungssanktionen statuiert – wegen ihres abschreckenden und vergeltenden Charakters sowie der erheblichen Sanktionsandrohung als strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2, m.w.H.; 143 II 297, Gaba, E. 9.1; Urteil des EGMR Menarini gegen Italien vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, § 41 ff.). Dies hat zur Folge, dass in Kartellverfahren, welche zu einer Sanktionierung des betroffenen Unternehmens gemäss Art. 49a KG führen könnten (Kartellsanktionsverfahren), neben den einschlägigen kartell- und verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften auch die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV zu beachten sind (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2, m.w.H.). Diese strafprozessualen Garantien gelangen im Verwaltungssanktionsverfahren indes weder in vollem Umfang noch in voller Strenge zur Anwendung; zudem gelten sie nicht absolut (vgl. Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.2).

**3.2.1** Für die im Kartellverfahren geltende Auskunft- und Zeugnispflicht von Relevanz ist dabei insbesondere der nemo-tenetur-Grundsatz (Grundsatz "nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare", auch als Selbstbelastungsfreiheit oder Selbstbelastungsverbot bezeichnet). Nach der auf das EGMR-Urteil Saunders (Urteil des EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich vom 17. Dezember 1996, Grosse Kammer, 19187/91) zurückgehenden Auslegung des EGMR umfasst Art. 6 EMRK in strafrechtlichen Verfahren ein Recht zu Schweigen und ein Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen (vgl. explizit auch Art. 14 Abs. 3 Bst. g des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt-II, SR 0.103.2]). Ein Beschuldigter in einem Strafverfahren entscheidet demzufolge grundsätzlich selbst darüber, ob er – zumindest teilweise – Aussagen vornimmt oder schweigt (vgl. Urteile des EGMR Marttinen gegen Schweiz vom 21. April 2009, 19235/03, § 73; Shannon gegen Vereinigtes Königreich vom 4. Oktober 2005, 6563/03, § 38 f.), ob er Dokumente selbst herausgibt (vgl. Urteile Marttinen § 74; Shannon § 65) und ob er sonstige Beweismittel zugänglich macht (zur Verabreichung eines Brechmittels zur Erlangung von verschluckten Drogenpäckchen vgl. Urteil des EGMR Jalloh gegen Deutschland vom 11. Juli 2006, 54810/00, § 113 f.). Daraus ergibt sich umgekehrt zu Lasten der Behörden, dass strafrechtliche Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden müssen, die durch Zwang oder Druck gegenüber dem Beschuldigten in Missachtung von dessen Willen erlangt wurden (vgl. Urteile Saunders § 68; Marttinen § 60; vgl. auch BGE 131 IV 36 E. 3.1 und BGE 121 II 273 E. 3).

Durch die Anerkennung des nemo-tenetur-Grundsatzes soll ein Angeklagter vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden geschützt werden. Dies dient der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK, ein faires Verfahren sicherzustellen (vgl. Urteile Marttinen § 60; Saunders § 68; BGE 131 IV 36 E. 3.1; eingehend zu diesem Grundsatz auch Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.2.1, bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 3.2.1 [noch nicht rechtskräftig] sowie Urteil B-7633/2009 Rz. 98 ff.).

**3.2.2** Der EGMR qualifizierte bisher jedoch nicht jede Pflicht, Informationen zur Verfügung stellen zu müssen, die auch eine Strafsanktion nach sich ziehen können, für unzulässig (vgl. Urteil des EGMR Weh gegen Österreich vom 8. April 2004, 38544/97, § 44 f.; Nichtzulassungsentscheid Allen gegen Vereinigtes Königreich vom 10. September 2002, 76574/01; JENS MEYER-LADEWIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rz. 134). Vielmehr führte er aus, dass Art. 6 EMRK einzig die "*improper compulsion*" ("*coercition abusive*"), d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang verbiete (vgl. Urteil Marttinen § 60; Urteil Murray gegen Vereinigtes Königreich vom 8. Februar 1996, Grosse Kammer 18731/91, § 45 f.; vgl. auch BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.2, m.w.H.).

Nach der Rechtsprechung des EGMR kommt dem nemo-tenetur-Grundsatz demnach keine absolute Geltung zu (Urteile des EGMR O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich vom 29. Juni 2007, Grosse Kammer 15809/02 und 25624/02, § 53; Heaney und McGuinness gegen Irland vom 21. Dezember 2000, § 47; Urteil Weh § 47). Vielmehr können sich aus verschiedensten Aspekten Einschränkungen seiner Geltung und Anwendung ergeben, wobei sich das Case Law des EGMR diesbezüglich nicht in allen Punkten als widerspruchsfrei erweist (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.3, m.w.H.; SIMON ROTH, Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, in: Jusletter 17. Februar 2014, Rz. 14 ff.).

#### 4.

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob B.\_\_\_\_\_ als aktuelles, faktisches Organ der Beschwerdeführerin zu qualifizieren ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

**4.1** Das Kartellgesetz selbst definiert den Begriff der Partei im Kartellverfahren nicht. Ob jemandem Parteistellung zukommt, ist daher grundsätzlich anhand des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu bestimmen (Art. 39 KG), wobei zwischen dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Kartellgesetz eine Wechselwirkung besteht (vgl. Urteil des BGer 2C\_1054/2012 vom 5. Juni 2013, E. 4.1; WASER, a.a.O., S. 82). Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht, mithin gemäss Art. 48 VwVG diejenigen Personen, welche durch die drohende Verfügung in schutzwürdigen Interessen betroffen sind und daher über ein Rechtsschutzinteresse verfügen (vgl. statt vieler ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 6 Rz. 1; MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 Rz. 2 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2012, Rz. 555 ff.).

**4.1.1** Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 3.1.2 hiavor), kann die Vorinstanz nach Art. 42 Abs. 1 KG "Dritte" als Zeugen einvernehmen und "die von einer Untersuchung Betroffenen" zur Beweisaussage verpflichten. Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht in Art. 12 Bst. c VwVG Auskünfte oder Zeugnisse von "Drittpersonen" als Beweismittel vor. Auch wenn die Bezeichnung "die von einer Untersuchung Betroffenen" in Art. 42 KG vom Wortlaut her nicht ganz eindeutig ist, so ist doch davon auszugehen, dass darunter einzig Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung zu verstehen sind (vgl. u.a. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 13; BOVET/SABRY, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence (CR-LCart), 2. Aufl. 2013, Art. 42 Rz. 19; BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 42 Rz. 25; in fine auch PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG [SHK-KG], 2007, Art. 42 Rz. 9). Dies ergibt sich einerseits durch einen Vergleich mit dem diesbezüglich doch eindeutiger formulierten französischen und italienischen Gesetzestext, welcher hierbei klar von "*les parties à l'enquête*" bzw. "*le parti all'inchiesta*" spricht. Zudem entspricht eine solche Auslegung auch Art. 64 BZP, welcher gemäss Art. 42 Abs. 1 KG hier sinngemäss anwendbar ist und ebenfalls vorsieht, dass eine "Partei" zu einer Beweisaussage verpflichtet werden kann (BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.1).

**4.1.2** Entsprechend der in Art. 42 KG vorgenommenen und im Übrigen auch dem Verwaltungsverfahrensgesetz immanenten funktionalen Zweiteilung von Verfahrensbeteiligten in "von der Untersuchung Betroffene bzw.

Parteien" und "Dritte" (vgl. hierzu WASER, a.a.O., S. 82; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 582 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 848 ff.; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rz. 262 ff.), hat daher jedermann, der nicht der Pflicht zur Beweisaussage – jedoch unter Umständen der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG – unterliegt, als Dritter i.S.v. Art. 42 KG zu gelten. Als Zeuge kommt demnach grundsätzlich jedermann in Frage, der nicht als Partei im Verfahren gilt, d.h. alle, welche die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG nicht erfüllen und daher kein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Verfahrensausgang haben (BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.2; vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 29; BOVET/SABRY, CR-LLCart, Art. 42 Rz. 35; BICKEL/WYSSLING, Komm. KG, Art. 42 Rz. 25; REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 4 ff.; WEISSENBÉRGER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 Rz. 5).

**4.1.3** Ist eine juristische Person Verfahrenspartei, so stellt sich die Frage, welche natürlichen Personen die juristische Person im Verfahren vertreten. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz enthalten diesbezüglich eine Regelung. Die Partei- und Prozessfähigkeit bestimmt sich im Verwaltungsverfahrensrecht jedoch grundsätzlich nach dem Zivilrecht (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Rz. 469 und 500; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 551 ff. und Rz. 585 ff.; RHINOW/KOLLER ET AL, a.a.O., Rz. 862 f.). Eine juristische Person wird demnach durch ihre formellen und faktischen Organe verkörpert und handelt im Verwaltungsverfahren auch durch diese (Art. 54 f. ZGB; vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 Rz. 19; RHINOW/KOLLER ET AL, a.a.O., Rz. 868a; MARANTELLI/HUBER, Praxiskomm. VwVG, Art. 6 Rz. 14). Als formelle Organe gelten bei der Aktiengesellschaft regelmässig Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle sowie im Rahmen der Übertragung der Geschäftsführung die Geschäftsleitung (Art. 698 ff., 716b OR; vgl. BGE 114 V 213 E. 4; vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.3 m.w.H.). Faktische Organe sind sodann Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entschiede treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen (vgl. statt vieler BGE 141 III 159 E. 1.2.2, m.w.H.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, Rz. 36 zu § 2).

**4.1.4** Ist eine juristische Person Partei in einem (Kartell-)Verwaltungsverfahren, so sind ihre Organe daher ebenfalls Partei und nicht Dritte (vgl.

GÜNGERICH/BICKEL, in: Praxiskomm. VwVG, Art. 15 Rz. 6; WEISSENBERGER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 Rz. 7; RHINOW/KOLLER ET AL., a.a.O., Rz. 868a). Entsprechend dürfen die Organe auch nicht als Zeugen einvernommen werden, sondern sind als Partei(-Vertreter) zu befragen. Als solche können sie alle Verteidigungsrechte geltend machen, welche der juristischen Person als Verfahrenspartei zustehen, und sich daher insbesondere auch auf ein allfälliges Aussageverweigerungsrecht bzw. Recht zu Schweigen berufen (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 19; BOVET/SABRY, CR-LCart, 42 Rz. 20 und 31; ausführlich hierzu BICKEL/WYSSLING, Komm. KG, Art. 42 Rz. 37 ff.; REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 5 und 9). Den übrigen Angehörigen juristischer Personen fehlt es hingegen regelmässig an einer Parteistellung i.S.v. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG, weshalb sie grundsätzlich als Zeugen einzuvernehmen sind und als solche der Zeugnispflicht unterstehen (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 19 und 35; BOVET/SABRY, CR-LCart, Art. 42 Rz. 32; BICKEL/WYSSLING, Komm. KG, Art. 42 Rz. 49 ff.; in fine wohl auch REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 5 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des «legal privilege», 2010, S. 199 f.; WEISSENBERGER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 Rz. 37; zur Kritik an dieser Ausgangslage mit Blick auf den nemo-tenetur-Grundsatz vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 4.4.; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 4.1.4 [noch nicht rechtskräftig]).

**4.1.5** Diese formelle Sichtweise entspricht letztlich auch den Regelungen im Zivilprozessrecht. So wird in Art. 159 ZPO festgehalten, dass Organe einer juristischen Person im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden (vgl. FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 159 Rz. 7; CHRISTIAN LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar [DK-ZPO], 2. Aufl. 2016, Art. 159 Rz. 1). Demgegenüber werden nach Art. 169 ZPO alle Personen, welche keine Organstellung innehaben, grundsätzlich als Zeugen einvernommen (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, DK-ZPO, Art. 169 Rz. 2; WEIBEL/WALZ, Komm. ZPO, Art. 169 Rz. 1 f.). Auch im Strafverfahren gegen ein Unternehmen wird dieses gemäss Art. 112 Abs. 1 StPO von einer (einzigen) Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist (vgl. MARC ENGLER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO [BSK-StPO], 2011, Art. 112 Rz. 20 f.). Allerdings werden im Strafprozessrecht Vertreter eines Unternehmens, gegen welches ein Strafverfahren gerichtet ist, allgemein als Auskunftsperson und nicht als "Partei"

einvernommen (Art. 178 Bst. g StPO). Schliesslich können auch im Bundeszivilprozess grundsätzlich nur "Mitglieder mit Organeigenschaft" für eine juristische Person aussagen (Art. 63 Abs. 2 BZP). Die dargelegte Regelung im Verwaltungsverfahrenrecht ist somit auch in rechtsvergleichender Hinsicht und insbesondere im Hinblick auf eine einheitliche und kongruente Rechtsordnung gerechtfertigt (BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.5.; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 4.1.5 [noch nicht rechtskräftig]).

**4.2** Das vorliegend in Frage stehende Untersuchungsverfahren der Vorinstanz richtet sich gegen die Beschwerdeführerin als juristische Person. Die Beschwerdeführerin ist von der Untersuchung direkt betroffen und ist somit Verfahrenspartei i.S.v. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG. Als juristische Person in der Form der Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR) handelt sie im kartellrechtlichen Verfahren durch ihre Organe (vgl. E. 4.1.3 f.).

**4.3** Vorab gilt es eine allfällige direkte Organstellung von B. \_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin zu prüfen.

Es ist unbestritten, dass B. \_\_\_\_\_ weder aktuell Verwaltungsrat oder Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin ist, noch in der Vergangenheit eine solche Rolle eingenommen hat. Entsprechend ist er auch kein formelles Organ der Beschwerdeführerin.

**4.4** Weiter gilt es zu prüfen, ob eine faktische Organstellung von B. \_\_\_\_\_ vorliegt, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

**4.4.1** Diesbezüglich wird in der Beschwerde geltend gemacht, B. \_\_\_\_\_ sei in seiner Position als (...) bei der Beschwerdeführerin für die Initiierung, Entwicklung und Markteinführung digitaler Innovationen einschliesslich der Bewertung und des Beziehungsmanagements der erforderlichen strategischen Partnerschaften verantwortlich. Darüber hinaus trage B. \_\_\_\_\_ innerhalb der Beschwerdeführerin die Businessverantwortung für "... " sowie für die C. \_\_\_\_\_. Dabei verhandle B. \_\_\_\_\_ regelmässig in eigener Verantwortung mit strategischen Partnern und setze im Bereich (...) die strategischen Entscheidungen um. Somit präge er die Willensbildung der Beschwerdeführerin in seinem Verantwortungsbereich massgeblich und sei in seinem festgelegten Aufgabenbereich kollektiv zeichnungsberechtigt.

Demgegenüber stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, B. \_\_\_\_\_ sei weder ein formelles noch ein faktisches Organ der Beschwerdeführerin.

**4.4.2** Das Aktienrecht geht ausdrücklich von einem funktionalen Organbegriff aus, wonach es möglich sein soll, dass jemand Organfunktionen ausübt, ohne dazu formell bestellt zu sein (sog. faktisches Organ; vgl. E. 4.1.3 hiervor; GERICKE /WALLER, in: Basler Kommentar, OR II, Basel 2016, Art. 754 N 5 ff.; BGE 128 III 29 E. 3 m.w.H.).

Wie bereits erwähnt, sind faktische Organe Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen (vgl. E. 4.1.3 hiervor; BGE 141 III 159 E. 1.2.2). Weiter ist erforderlich, dass die nach der internen Organisation tatsächlich mit der Leitung der Gesellschaft befasste Person in eigener Entscheidbefugnis die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen hat, sie also selbständig und eigenverantwortlich handelt und eine blosser Mithilfe bei der Entscheidung für eine Organstellung nicht genügt (BGE 128 III 29 E. 3). Der Kreis der faktischen Organe ist folglich sehr eng zu ziehen.

Zu seiner Funktion als Leiter "... " sagte B. \_\_\_\_\_ anlässlich der Einvernahme vom 17. Dezember 2018 aus, er leite das Team, welches Produkte anbiete, die Kunden einen Mehrwert in Ergänzung zu den klassischen (...produkten bieten würden. Davor, seit ungefähr Herbst 2015, habe er das Team Marktentwicklung bei der Beschwerdeführerin geleitet. Daraus geht zwar hervor, dass B. \_\_\_\_\_ als Teamleiter eine Führungsfunktion hinsichtlich seines Teams wahrnimmt. Hingegen ist damit nicht erstellt, dass B. \_\_\_\_\_, selbst wenn er als (...) die Business-Verantwortung für (...) und C. \_\_\_\_\_ trägt, für die Beschwerdeführerin Entscheide trifft, die den tatsächlichen Organen vorbehalten wären oder dass er die eigentliche Geschäftsführung besorgt. Die in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin geltend gemachte kollektive Zeichnungsberechtigung ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Handelsregister, sondern aus der internen Organisation (Replik, Rz. 35).

Obwohl das Handelsregister die tatsächliche Vertretungskonstellation einer Gesellschaft nicht lückenlos wiedergegeben muss, ist der fehlende Eintrag jedoch ein weiteres starkes Indiz dafür, dass B. \_\_\_\_\_ nicht über die geforderte Selbständigkeit und Eigenverantwortung besitzt, um als faktisches Organ der Beschwerdeführerin qualifiziert werden zu können.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass B. \_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der geplanten Einvernahme weder eine formelle noch eine faktische Organstellung inne hatte. Entsprechend kann er in dem gegen die

Beschwerdeführerin gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren grundsätzlich auch nicht als Partei(-vertreter) einvernommen werden. Vielmehr hat er – zumindest nach der Konzeption des Kartellgesetzes – als "Dritter" zu gelten, welcher von der Vorinstanz nach Art. 42 KG grundsätzlich als Zeuge unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und unter Strafandrohung bei Falschaussage einvernommen werden darf.

## **5.**

Auch wenn eine aktuelle Organstellung verneint wird, ist zu prüfen, ob B.\_\_\_\_\_ als aktueller Mitarbeiter der Beschwerdeführerin aufgrund seiner Tätigkeit in einem besonders nahen Verhältnis sowohl zur Verfahrenspartei als auch zum Einvernahmegegenstand steht und allenfalls nicht uneingeschränkt als Zeuge einvernommen werden kann.

**5.1** Die vorliegende Untersuchung betrifft (...) für die Zeitperiode ab 1. Januar 2015 (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 15 u. 16). B.\_\_\_\_\_ ist seit über zehn Jahren und auch aktuell Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin, aktuell in seiner Funktion als (...). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin trägt er die Business-Verantwortung für (...) und C.\_\_\_\_\_ und ist in seinem festgelegten Aufgabenbereich gemäss interner Organisation kollektiv zeichnungsberechtigt. In seiner Funktion habe B.\_\_\_\_\_ die Beschwerdeführerin auch in den Verhandlungen mit (...) vertreten.

Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, B.\_\_\_\_\_ könne als gewöhnlicher Mitarbeiter ohne besonderes Näheverhältnis zu seiner Arbeitgeberin uneingeschränkt einvernommen werden.

**5.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat im bereits mehrfach zitierten Entscheid vom 17. September 2018 (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5) erwogen, dass ein ehemaliges Organ einer Verfahrenspartei - jedenfalls bezüglich Fragen zu Vorgängen im Zeitraum seiner Organtätigkeit - zwar Drittperson sei und als solche grundsätzlich als Zeuge einvernommen werden könne, seine frühere Arbeitgeberin aber aufgrund des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht belasten müsse. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete in diesem Fall eine Einvernahme als Zeuge nur als zulässig, solange es sich um Angaben rein tatsächlicher Art handelt, welche sich für die Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung nicht direkt belastend auswirken können.

Dieses nahe Verhältnis hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Einvernahme eines ehemaligen Organs für Fragen zu Vorgängen im Zeitraum seiner Organtätigkeit bejaht und Regeln für eine solche Einvernahme aufgestellt (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5 m.w.H., bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.3 [noch nicht rechtskräftig]).

Ob dieses nahe Verhältnis auch für Mitarbeitende des Unternehmens ohne Organeigenschaft zu bejahen ist, hatte das Bundesverwaltungsgericht bis anhin nicht zu klären.

**5.2.1** Hinsichtlich der Bedeutung des nemo-tenetur-Grundsatzes im Kartellrecht führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass ein im Wesentlichen aus Art. 6 EMRK fließendes erweitertes Aussageverweigerungsrecht bei einer – wie vorliegend – grundsätzlich als Zeuge einzuvernehmenden natürlichen Person überhaupt erst dort und in dem Umfang greifen kann, als ein solches auch der vom Verfahren direkt betroffenen juristischen Person selbst zusteht. Es führte weiter aus, dass im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung der Beschwerdeführerin selbst eine Einvernahme eines ehemaligen Organs als Zeuge nicht *per se* und zum Voraus als unzulässig gelten könne. Es hat sich mit der Tragweite des nemo-tenetur-Grundsatzes unter Beachtung der schweizerischen und europäischen Judikatur und Literatur eingehend auseinandergesetzt. Es hat insbesondere festgehalten, dass der nemo-tenetur-Grundsatz nicht uneingeschränkt gelte und letztlich auch diesbezüglich eine Beurteilung der konkreten Umstände im Einzelfall vorzunehmen sei (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.3 m.w.H.).

**5.2.2** Als natürliche Person kann B.\_\_\_\_\_ persönlich nicht nach Art. 49a KG gebüsst werden. Entsprechend kann er sich uneingeschränkt auf sein persönliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen.

Die Beschwerdeführerin wird als juristische Person hingegen durch ihre formellen und faktischen Organe verkörpert und nur ihre Aussagen können der juristischen Person als Verfahrenspartei zugerechnet werden. Entsprechend können diese Personen in Organstellung auf Fragen, die zu einer impliziten Schuldanerkennung der Beschwerdeführerin führen könnten, die Aussage verweigern (vgl. E. 4.1.3 ff. hiavor).

Anders verhält es sich mit Mitarbeitenden eines Unternehmens, welche über keine Organstellung verfügen. Da sie das Unternehmen nicht in diesem formellen Sinne vertreten, können sie sich nicht auf den nemo-tenetur-Grundsatz bzw. auf das aus Art. 6 EMRK fließende Schweigerecht des

Unternehmens berufen und sind grundsätzlich im Rahmen einer Zeugen-  
einvernahme zu befragen (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 19  
m.w.H.; BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 42 Rz. 50 ff.).

Aufgrund eines besonderen Näheverhältnisses zur juristischen Person an-  
erkannte das Bundesverwaltungsgericht für ein ehemaliges Organ einer  
juristischen Person ein Auskunftsverweigerungsrecht, sofern es zu Vorgän-  
gen in einem Zeitraum befragt werden soll, während dem es Organstellung  
hatte (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.4). B. \_\_\_\_\_ trägt zwar die Business-Ver-  
antwortung für (...) und C. \_\_\_\_\_ auf Seiten der Beschwerdeführerin und  
steht deshalb in einem nahen Verhältnis zum Einvernahmegegenstand.  
Hingegen fehlt ihm als aktueller Mitarbeiter das in diesem Zusammenhang  
geforderte besondere Näheverhältnis zur Beschwerdeführerin. Er nimmt  
zwar als Teamleiter der "... " eine Führungsfunktion für sein Team wahr, je-  
doch nicht für die Beschwerdeführerin als Gesamtgesellschaft. Dies zeigt  
sich auch aus dem Umstand, dass B. \_\_\_\_\_ "lediglich" über eine kollek-  
tive Zeichnungsberechtigung gemäss interner Organisation verfügt.

Auch mit einem rechtsvergleichenden Blick ist der Kreis, welche Personen  
sich in einen kartellrechtlichen Verfahren für eine juristische Person recht-  
lich bindend als Partei aussagen können, eng zu ziehen (vgl hierzu BI-  
CKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 42 Rz. 38 ff. insbesondere Ausführ-  
ungen zum Zivilprozess, Strafverfahren und zum Bundeszivilprozess).  
Entsprechend sind auch an das besondere Näheverhältnis zur juristischen  
Person hohe Anforderungen zu stellen. Dabei genügt insbesondere das  
von der Beschwerdeführerin geltend gemachte obligatorische Arbeitsver-  
hältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit der aufgezeigten Treu-  
pflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht.  
In Frage kommen könnte allenfalls ein Aussageverweigerungsrecht für per-  
sönliche Mitarbeiter der Organe (vgl. Art. 178 Bst. g StPO). Dass  
B. \_\_\_\_\_ persönlicher Mitarbeiter einer Person in Organstellung ist, wird  
von der Beschwerdeführerin indes nicht geltend gemacht und lässt sich  
aus den Akten auch nicht entnehmen.

**5.2.3** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, das Bundesverwal-  
tungsgericht habe bereits in einem Urteil bestätigt, dass auch aktuellen Mit-  
arbeitern ohne Organstellung ein Aussageverweigerungsrecht zukomme  
(vgl. Urteil B-7633/2009 Rz. 136).

Im angesprochenen kartellrechtlichen Verfahren ging es unter anderem um  
die Frage, ob die Verwertung sowohl der von den Beschwerdeführerinnen

übermittelten Informationen als auch allfälliger weiterer, auf sonstige Weise erlangter Informationen durch die Wettbewerbsbehörden zur Begründung ihrer Verfügung einen Verstoss gegen den nemo-tenetur-Grundsatz darstellt. Zu beurteilen war somit ein Auskunfts- oder Editionsbegehren an ein Unternehmen, welches Verfahrenspartei war. In diesem Zusammenhang kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sowohl Organe bzw. die Vertreter als auch die einzelnen Mitarbeiter ein Auskunfts- und Editionsverweigerungsrecht haben (Urteil B-7633/2009 Rz. 83 i.V.m. Rz. 86). Da die Auskunfts- und Editionsspflicht nach Art. 40 KG das Unternehmen selbst trifft und somit "unternehmensbezogen" ist, lässt sich eine Ausdehnung der Verweigerungsrechte auf Mitarbeiter ohne Organstellung, soweit sie an der Beantwortung der an Unternehmen gerichteten Fragen beteiligt sind, rechtfertigen (vgl. BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 40 Rz. 38 ff. 136).

Demgegenüber ist die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Einvernahme nach Art. 42 Abs. 1 KG "personenbezogen", da mit B. \_\_\_\_\_ eine bestimmte Person vorgeladen und einvernommen werden soll, um als natürliche Person zu seinen persönlichen Wahrnehmungen auszusagen (vgl. BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 40 Rz. 80). In dieser Konstellation rechtfertigt sich eine Einschränkung des Personenkreises, der sich auf das Aussageverweigerungsrecht des Unternehmens berufen kann. Zu diesen gehören die Personen, die im Verfahren gegenüber den Wettbewerbsbehörden für das Unternehmen handeln bzw. aussagen können, wie die aktuellen formellen und faktischen Organe des Unternehmens sowie in einem ganz begrenzten Umfang auch Personen, die ein besonderes Näherverhältnis zur juristischen Person aufweisen, wie ehemalige Organe, wenn sie zu Vorgängen in einem Zeitraum befragt werden, während dem sie Organ waren (vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.4).

**5.2.4** Bezüglich des Arguments der Beschwerdeführerin, die Zeugeneinvernahme könne im Kartellrecht nur subsidiär zu anderen Untersuchungsmassnahmen durchgeführt werden, kann auf Erwägung 4.1.2 hiervor verwiesen werden. Daraus wird ersichtlich, dass Art. 42 Abs. 1 KG die Kompetenzgrundlage für die Durchführung von Zeugeneinvernahmen in kartellrechtlichen Verfahren ist. Eine Subsidiarität dieser Massnahme ist im Kartellgesetz im Gegensatz zur Bestimmung von Art. 14 Abs. 1 VwVG nicht vorgesehen.

Schliesslich hat sich das Bundesverwaltungsgericht eingehend mit der Frage befasst, inwieweit eine Zeugeneinvernahme mit dem nemo-tenetur-

Grundsatz und mit dem Grundsatz des *effet utile* vereinbar ist. Es hat dabei die unterschiedlichen Lehrmeinungen abgewogen und die für den Entscheid als massgebend erachtete Judikatur im Entscheid einbezogen. Es kam zum Resultat, dass eine Aussage als Zeuge unter Straffolge für Fragen, welche zu einer impliziten Schuldanerkennung der Beschwerdeführerin führen könnten, nicht in Betracht komme (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.2 ff.; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.4 [noch nicht rechtskräftig]).

## 6.

Zusammenfassend erweist sich eine Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ als Zeuge im Untersuchungsverfahren (...) gegen die Beschwerdeführerin nach den einschlägigen Verfahrensvorschriften demnach grundsätzlich als zulässig. Sie stellt nach dem Dargelegten nicht *per se* eine Verletzung der strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK, insbesondere des *nemo-tenetur*-Grundsatzes, dar, weshalb die Beschwerde – soweit darauf eingetreten werden kann – abzuweisen ist.

**6.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Art. 63 N. 13).

Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und ist vorliegend auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Der Beschwerdeführerin wird als *hautsächlich* unterliegend betrachtet, weshalb ihr für das vorliegende Verfahren Fr. 2'000.– auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE). Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu entnehmen. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**6.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen

(Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Der hauptsächlich unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-049; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. März 2020