



Urteil vom 24. Mai 2018

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Matthias Amann.

Parteien

A. _____ AG (Bank),
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Jürg Borer und lic. iur. David Mamane,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwischenverfügung vom 17. November 2017
betreffend Auskunftspflicht (i.S. Devisenhandelskurse)

Sachverhalt:**A.**

Am 28. März 2014 eröffnete die Vorinstanz eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) gegen die Beschwerdeführerin sowie eine Reihe weiterer Banken wegen Verdachts auf unzulässige Wettbewerbsabreden im Devisenhandel (Art. 5 KG; Verfahren Nr. 22-0428).

B.

B.a Mit Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016 forderte die Vorinstanz von den verfahrensbeteiligten Unternehmen die Bekanntgabe aufbereiteter Umsatzzahlen zum Devisenhandel. In der Folge passte die Vorinstanz das Auskunftsbegehren wiederholt an und hiess mehrere Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdeführerin gut. Am 16. und 24. Januar 2017 übermittelte die Beschwerdeführerin einen Teil der angeforderten Kennzahlen.

Am 14. Juni 2017 forderte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin die Bekanntgabe der ausstehenden Daten in aufbereiteter Form; die angesetzte Frist wurde wiederholt erstreckt, letztmals bis zum 31. Oktober 2017. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie verweigere die Herausgabe der zusätzlichen Daten.

B.b Mit Verfügung vom 17. November 2017 verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin kostenfällig zur Herausgabe der strittigen Daten bis zum 27. November 2017 (Dispositivziffern 1 und 2) und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositivziffer 3).

C.

C.a Gegen diese Verfügung der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin am 22. November 2017 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht mit den folgenden Anträgen:

Die Ziffern 1 und 2 der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. November 2017 seien aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der Wettbewerbskommission.

Die Beschwerdeführerin machte geltend, ihr drohe ein nicht wiedergutmachender Nachteil im Sinne von Art. 46 VwVG; die angefochtene Zwischenverfügung verstosse gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs und setze die Beschwerdeführerin der Gefahr von Reputationsschäden sowie Haftungsrisiken aus (Beschwerde, Rz 14 ff.).

Darüber hinaus stellte die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag, Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerde sei superprovisorisch für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung zu erteilen; eine Dringlichkeit sei nicht gegeben (Beschwerde, Rz 25 ff., 34 f.).

C.b Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 23. November 2017 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vorinstanz Gelegenheit eingeräumt, zur Dringlichkeit der Auskunftserteilung Stellung zu nehmen.

Die Vorinstanz reichte am 30. November 2017 eine Stellungnahme zu den Gründen des erfolgten Entzugs der aufschiebenden Wirkung ein. Sie trug vor (Rz 10 ff.), das Auskunftsbegehren datiere vom 13. Mai 2016. Die Beschwerdeführerin habe sich im Rahmen anfänglicher Kooperation wiederholt Fristen erstrecken lassen; nach umfangreicher Korrespondenz sowie teilweiser Datenlieferung habe die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2017 überraschend die Erteilung der verbleibenden Auskünfte verweigert. Dadurch werde die bereits 2014 eröffnete komplexe Untersuchung mit mehreren Verfahrensbeteiligten in stossender Weise verzögert.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 5. Dezember 2017 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bestätigt. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, das Beschleunigungsgebot allein genüge zur Begründung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung nicht.

C.c Am 22. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzte Beschwerdebeurteilung ein. Darin hielt sie im Wesentlichen an ihren bisherigen Vorbringen fest und machte überdies geltend, ein nicht wiedergutmachender Nachteil drohe ihr insbesondere, da der Rechtsschutz bei grenzüberschreitendem Informationsaustausch unvollkommen sei (ergänzte Beschwerdeschrift, Rz 10). Die angefochtene Auskunftsverfügung verletze den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, das Legalitätsprinzip, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz sowie das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht der Beschwerdeführerin (ergänzte Beschwerdeschrift, Rz 21 ff., 25 ff., 49 ff., 54 ff.).

Die Vorinstanz reichte am 23. Februar 2018 eine Vernehmlassung zur ergänzten Beschwerde ein. In der Sache machte sie geltend, nach Auffas-

sung des Bundesgerichts drohe auch bei einer Verletzung des *nemo teneatur*-Grundsatzes kein nicht wiedergutzumachender Nachteil, da mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid ein entsprechendes Beweisverwertungsgebot geltend gemacht werden könne (Rz 13 ff.). Im Übrigen würden die von der Auskunftsverfügung erfassten Daten lediglich die Sanktionsberechnung betreffen, welche wiederum mit der Endverfügung angefochten werden könne (Rz 16 ff., 49 ff.). Für ein allfälliges europäisches Kartellverfahren seien die strittigen Daten irrelevant (Rz 18). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs, des Legalitätsprinzips oder des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes liege nicht vor (Rz 27 ff.), die plötzliche Aussage- bzw. Editonsverweigerung durch die Beschwerdeführerin nach anfänglicher Kooperation, ausführlicher Korrespondenz und mehreren Fristerstreckungsgesuchen verstosse gegen Treu und Glauben (Rz 47 f.).

C.d Mit Eingabe vom 21. März 2018 rügte die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Aktenübermittlung ans Bundesverwaltungsgericht als unvollständig und nahm unter Berufung auf ihr Replikrecht zu verschiedenen vorinstanzlichen Vorbringen im vorliegenden Beschwerdeverfahren Stellung.

Die Vorinstanz entgegnete mit Eingabe vom 9. April 2018, das vollständige Aktenverzeichnis sowie sämtliche im Zusammenhang mit der Auskunftsverfügung relevanten Aktenstücke im vorliegenden Beschwerdeverfahren, in teilweise um Geschäftsgeheimnisse bereinigter Form, übermittelt zu haben.

D.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit für das vorliegende Urteil von Bedeutung, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Auskunftsverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2017.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG erlassen wurden und keine Ausnahme

im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt; beides ist vorliegend erfüllt. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Verfügungsadressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und überdies in schützenswerten Interessen betroffen; die Beschwerdelegitimation ist gegeben (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2 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 Zuständigkeit und Ausstand (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG), gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur zulässig, wenn entweder ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Bst. a) 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 (Bst. b).

1.2.1 Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss praxismässig nicht rechtlicher Natur sein; vielmehr genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen (BGE 130 II 149, E. 2.2, „Swatch“; BVGer, B-6513/2015 18. Februar 2016, E. 2.1, „Alluvia“; A-2082/2014 9. Juli 2014, E. 2.1; A-1081/2014 23. April 2014, E. 1.3; vgl. auch XAVER BAUMBERGER, Entzug und Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor Bundesverwaltungs- sowie vor Bundesgericht, Jusletter 18. Dezember 2006, Rz. 24, m.w.H.). Dabei hat im Rahmen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG die drohende Beeinträchtigung durch den angefochtenen Zwischenentscheid nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht zu sein (BVGer, B-6513/2015, 18. Februar 2016, E. 2.1, „Alluvia“; A-3043/2011, 15. März 2012, E. 1.2.3).

1.2.2 Die Beschwerdeführerin führt als nicht wiedergutzumachenden Nachteil eine Verletzung ihres Aussage- und Editionsverweigerungsrechts durch die angefochtene Verfügung an (Beschwerdeschrift vom 22. November 2017, Rz 14 ff.); zudem drohten ihr Nachteile im Falle eines grenzüberschreitenden Informationsaustauschs der Vorinstanz mit den EU-Wettbewerbsbehörden (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 10). Der in der Eingabe vom 22. November 2017 gemachte Verweis auf drohende Reputationsschäden sowie Haftungsrisiken ist in der ergänzten Beschwerdeschrift nicht mehr enthalten.

Die Vorinstanz wendet ein, selbst wenn der Beschwerdeführerin im vorliegenden Kontext ein Aussage- und Editionsverweigerungsrecht zustünde, was bestritten werde, drohe ihr kein nicht wiedergutzumachender Nachteil, da mit Beschwerde gegen den Endentscheid ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht werden könne (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 13 ff.). Im Übrigen würden die strittigen Daten von einem – sich in casu ohnehin nicht abzeichnenden – Informationsaustausch zwischen den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden nicht erfasst (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 18).

1.2.3 Auf die Auskunftspflicht des in eine kartellrechtliche Untersuchung involvierten Unternehmens gemäss Art. 40 KG sowie das aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 und 31 BV hergeleitete Aussage- und Editionsverweigerungsrecht (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz "*nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare*") ist im Rahmen der materiellen Prüfung näher einzugehen (s.u., E. 4). Vorab ist im Hinblick auf die Eintretensfrage zu prüfen, ob ein allfälliger Selbstbelastungszwang einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG darstellt, selbst wenn der Mangel nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid gerügt werden kann.

Die Vorinstanz verweist dabei auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. August 2017, wonach in der Regel kein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG droht bei einem Zwischenentscheid zur Entfernung eines Beweismittels aus den Akten, sofern mit Beschwerde gegen den Endentscheid ein Verwertungsverbot geltend gemacht werden kann (2C_578/2017, E. 2.1, „KIBAG“). Abweichend davon richtet sich die vorliegende Beschwerde nicht gegen die verweigerte Entfernung eines Beweismittels aus den Akten, sondern gegen die Beweiserhebung selbst. Als eigenständiges Recht ist die Auskunfts- und Editionsverweigerung gegenüber der Verwertungseinrede dabei nicht subsidiär. Gegenteiliges lässt sich auch dem zitierten Bundesgerichtsurteil nicht entnehmen. 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 (s.u., E. 4). Die drohende Verletzung des Auskunfts- und Editionsverweigerungsrechts ist daher als nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst a VwVG zu qualifizieren.

Dies gilt umso mehr, als die Sanktionierbarkeit einer Widerhandlung gegen die angefochtene Auskunftsverfügung sich unmittelbar aus dem Gesetz

ergibt (BVGer, B-2157/2006, 3. Oktober 2007, RPW 2007/4, S. 653, E. 4.2.2, „Unique“; zutreffend: angefochtene Verfügung, Rz 57), die Rechtmässigkeit einer Auskunftsverfügung indes bei Anfechtung der gestützt darauf ergangenen Sanktionsverfügung praxisgemäss nicht mehr überprüft werden kann (vgl. BVGer, B-8115/2008, 2. Februar 2010, E. 3.3, m.w.H., „Züritaxi“). Mangels akzessorischer Prüfung ist folglich eine selbständige Beschwerdemöglichkeit gegen die Auskunftsverfügung zuzugestehen. Ob darüber hinaus auch der mit der Auskunftserteilung verbundene wirtschaftliche Aufwand (vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 63) als nicht wiedergutzumachender Nachteil zu beurteilen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben (vgl. BVGer, B-2390/2008, 6. November 2008, E. 2.1.2, „Orange“; REKOWEF, 25. November 1998, RPW 1998/5, S. 875 ff., E. 1.3.2, „Swisscom PüG“; JÜRIG BORER, in: OF-Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2011, Art. 40 KG N 9; STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar KG, 2010, Art. 40 KG N 28, m.w.H.), ebenso, ob der Beschwerdeführerin im Hinblick auf den beschränkten Rechtsschutz im Rahmen des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs im Wettbewerbsbereich (vgl. Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1) allenfalls ein relevanter Nachteil droht. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Vorab einzugehen ist auf die von der Beschwerdeführerin gerügte vorinstanzliche Aktenüberweisung (Eingabe vom 21. März 2018, Rz 3 ff.).

Zuhanden der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren ein um Geschäftsgeheimnisse bereinigtes Aktenverzeichnis sowie verschiedene Dokumente überwiesen, in teilweise geschwärzter Form. Dabei handelt es sich nach Angaben der Vorinstanz um sämtliche aus ihrer Sicht im vorliegenden Verfahren relevanten Beweismittel. Insgesamt ist festzuhalten, dass das Aktenverzeichnis mehr als neunhundert Positionen umfasst; etwas mehr als achtzig davon wurden im vorliegenden Verfahren übermittelt. Insoweit im Folgenden bei der materiellen Beurteilung zugunsten der Beschwerdeführerin ausschliesslich auf Beweismittel abgestellt wird, welche der Beschwerdeführerin überwiesen wurden, und im Übrigen keine Umstände ersichtlich sind, welche einen von der vorinstanzlichen Interpretation abweichenden Sinn der relevanten Aktenstücke möglich erscheinen lassen, ist das vorinstanzliche Vorgehen auf-

grund des auf die Überprüfung der angefochtenen Zwischenverfügung beschränkten Verfahrensgegenstands sowie der vergleichsweise grossen Aktenmenge grundsätzlich nicht zu beanstanden.

3.

Die Beschwerdeführerin erhebt mehrere formelle Rügen. Sie macht geltend, nach Art. 49a Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 KG und Art. 8 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung, SR 251.4) sei für die Sanktionsberechnung bei Finanzintermediären der Bruttoertrag im relevanten Markt massgebend; abweichend davon würden die vorinstanzlich geforderten Auskünfte das gesamte Transaktionsvolumen erfassen (vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 34) und überdies verschiedene nicht devisenhandelsbezogene Dienstleistungen einschliessen (Liquiditätsfinanzierung, Hedging etc.; vgl. ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 35). Auch sei das Privatkundengeschäft nicht vom Untersuchungsgegenstand gedeckt (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 37 ff.). Die angefochtene Auskunftsverfügung verstosse damit im Ergebnis gegen das Legalitätsprinzip sowie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und verletze mangels ausreichender Begründung den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin.

3.1 Zur Verletzung des Gehörsanspruchs trägt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz sei eine sachliche Begründung für ihr Beharren auf den strittigen Daten schuldig geblieben (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 21 ff., 23). Die Vorinstanz wendet ein, in der angefochtenen Verfügung werde klargestellt, dass die angeforderten Auskünfte ausschliesslich der Sanktionsberechnung sowie Vergleichszwecken dienten, etwa der Plausibilisierung erhobener Daten; zudem seien anlässlich eines Treffens mit sämtlichen Untersuchungsadressaten die Einzelheiten der Sanktionsberechnung erläutert und dabei dargelegt worden, dass der relevante Markt nach vorinstanzlicher Auffassung sämtliche Devisenkassatransaktionen umfasse, beschränkt auf die sogenannten G-10-Währungspaare (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 32).

Tatsächlich sind aus der angefochtenen Verfügung die einschlägigen Rechtsnormen und massgebenden Tatsachen sowie der Verwendungszweck der angeforderten Daten ersichtlich (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 34 ff.); die vorinstanzlichen Prämissen der Sanktionsberechnung waren der Beschwerdeführerin zudem aus zahlreichen Gesprächen sowie ei-

ner ausgedehnten Korrespondenz mit der Vorinstanz in Grundzügen unbestrittenemassen bekannt. Zwar äussert sich die Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage, ob zur Sanktionsberechnung im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG auf das Transaktionsvolumen oder auf den Bruttoertrag – als Summe der Kursdifferenzen, zuzüglich Kommissionen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. f und g Fusionskontrollverordnung) – abzustellen sei. Es bleibt der Beschwerdeführerin aber unbenommen, bei Auskunftserteilung den ihrer Auffassung nach nicht massgebenden Nominalhandelsbeträgen die Differenzerträge, zuzüglich Kommissionen und übrige Handelserträge, gegenüberzustellen und allfällige Mehrfachzahlungen gesondert auszuweisen; im Übrigen ist die Sanktionsbemessung in der Sache mit dem Endentscheid anfechtbar. Die Beschwerdeführerin überspannt daher die Begründungsanforderungen, wenn sie einen materiellen Streitpunkt auf formellem Weg zum Gegenstand eines Zwischenentscheids machen will. Eine Gehörsverletzung ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Anforderungen von Art. 35 VwVG sind vorliegend ohne Weiteres erfüllt (vgl. dazu: STEFAN TSAKANAKIS, Formelle und inhaltliche Voraussetzungen von Auskunftsbegehren im Kartellverfahren, sic! 2017/4, S. 201, m.w.H.).

3.2 Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, das Beharren auf Auskünften zu unternehmerischen Tätigkeiten ausserhalb des relevanten Marktes, die vom Untersuchungsgegenstand nicht erfasst würden und von der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG nicht gedeckt seien, verstosse gegen das Legalitätsprinzip (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 25 ff., 29). Die Vorinstanz wendet ein, die Untersuchung richte sich gegen Abreden zu Wechselkursen im Devisenhandel, ohne Einschränkung auf bestimmte Geschäftsbereiche; ausgeschlossen seien lediglich Auskünfte, welche vom Untersuchungszweck offensichtlich nicht gedeckt seien (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 33 ff.).

Tatsächlich verkennt die Beschwerdeführerin die Tragweite des Legalitätsprinzips nach Art. 5 Abs. 1 BV als rechtsstaatliche Verfahrensgarantie. Soweit das vorliegende Verfahren auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und die angefochtene Auskunftsverfügung in einem sachlichen Zusammenhang zum Untersuchungsgegenstand steht, was im Grundsatz unbestritten ist, sind die Marktabgrenzung sowie die Sanktionsberechnung mit einer allfälligen Beschwerde gegen den Endentscheid zu rügen. Eine „nahe liegende Verbindung“ (BORER, a.a.O., Art. 40 KG N 7) der geforderten Auskünfte zu einem hängigen Kartellverfahren wird in Lehre und Recht-

sprechung als ausreichend erachtet, zumal eine unzulässige Beweisausforschung („fishing expedition“) vorliegend ausgeschlossen werden kann (vgl. BGE 137 I 218; 5A_56/2017; 4A_688/2011).

3.3 Schliesslich trägt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht vor, die strittigen Daten seien zur Sanktionsberechnung weder geeignet noch erforderlich; die Auskunftsverfügung verstosse daher gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV (ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 49 ff.). Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe die Berechnungsmethode im Grundsatz anerkannt; inwiefern die Auskunftsverfügung überschüssig sein soll, sei nicht erkennbar (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 43 ff.).

Anzumerken ist, dass Eignung und Erforderlichkeit der strittigen Daten zur Sanktionsberechnung zwar einerseits zumindest teilweise davon abhängen, ob in casu auf den Bruttoertrag oder den Umsatz abzustellen und das Privatkundengeschäft in den relevanten Markt einzubeziehen ist, dass andererseits aber die Sanktionsberechnung vorliegend gemäss unbestritten gebliebener Aussage der Vorinstanz (Vernehmlassung, Rz. 38 ff.) indirekt, gestützt auf einzelne Transaktionen vorzunehmen ist. Im Übrigen ist das konkrete Berechnungsmodell nicht im Rahmen der Datenerhebung, sondern nach dem Gesagten mit einer allfälligen Beschwerde gegen den Endentscheid zu rügen. Ein Verstoss gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist insofern nicht erkennbar.

4.

Damit ist zu prüfen, ob die angefochtene Auskunftsverfügung in der Sache gegen das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht der Beschwerdeführerin verstösst.

4.1

4.1.1 Nach Art. 40 Satz 1 KG haben Beteiligte an einer Wettbewerbsabrede sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; für diese Zwangsmassnahmen sind Art. 45 ff. VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG). Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 39 KG). Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllt, wird gemäss

Art. 52 KG mit einem Betrag bis Fr. 100'000.– belastet. Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, wird mit einer Busse bis Fr. 20'000.– bestraft (Art. 55 KG).

4.1.2 Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich gemäss Art. 40 Satz 2 KG nach Art. 16 und 17 VwVG, wobei Art. 16 VwVG wiederum auf Art. 42 BZP verweist. Aus dieser Bestimmung lässt sich bei weiter Auslegung ein Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht des an einer Abrede beteiligten Unternehmens im Kartellverfahren herleiten (BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, E. 5.3.2, „Nikon“; B-7633/2010, 14. September 2015, Rz 86 ff., „Swisscom ADSL“; B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“; LANG, a.a.O., Rz 16; a.M.: SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 42 KG N 16; STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 40 KG N 17 ff.). Im Übrigen besteht gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gestützt auf Art. 6 EMRK ein Recht des Beschuldigten, in einem Strafverfahren nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen bzw. ein Verbot, im Strafverfahren auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch ungebührlichen Druck oder Zwang gegen den Willen des Beschuldigten erlangt wurden (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz *„nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare“*; vgl. statt vieler: EGMR, 15809/02, 29. Juni 2007, Rz 63, „O’Halloran & Francis“; 19187/91, 19. Dezember 1996, Rz 68, „Saunders“). Der pönale bzw. strafähnliche Charakter der in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren grundsätzlich dieselben Grundrechtsgarantien zu beachten sind wie im Strafprozess (BGE 139 I 72, E. 2.2.2, m.w.H., „Publigroupe“).

4.1.3 Voraussetzungen und Umfang des Aussage- und Editionsverweigerungsrechts werden in der Kartellrechtslehre kontrovers diskutiert; dies gilt unter anderem für die Frage, inwieweit sich juristische Personen als Unternehmensträger auf ein solches Recht berufen können (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40 KG N 4; BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N 16 ff., m.w.H.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz 16 ff., 23 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung

des "legal privilege", 2010, S. 166 ff., m.w.H.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 238 ff., 257 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 578 ff., m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013., Rz 2008 ff.). Grundsätzlich sind auch juristische Personen Träger verfahrensbezogener Grundrechte (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 294 ff.). Die schweizerische Praxis geht daher ohne Weiteres von einer Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes (auch) für juristische Personen aus (vgl. BGE 140 II 384, E. 3.3.6, „Spielbank“; BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, E. 5.3.2, „Nikon“; B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 81 ff., 95 ff., „Swisscom ADSL“; B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“).

4.1.4 Zu beachten ist, dass das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht im wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren in mehrerer Hinsicht Relativierungen erfährt. So gelangen die Verfahrensgarantien der EMRK nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausserhalb des Kernstrafrechts nicht in voller Strenge zur Anwendung (EGMR, 73053/01, 23. November 2006, Rz 43, „Jussila“), was namentlich das Kartellsanktionsverfahren betrifft (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, E. 8.2, „Publikationsverfügung Nikon“). Ferner ist zu beachten, dass für juristische Personen Einschränkungen zu beachten sind, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben (BGE 140 II 384, E. 3.3.4, „Spielbank“; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 294 ff.). Weiter gelten die strafprozessualen Verfahrensgarantien nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (BGE 140 II 384, E. 3.3.5, m.w.H., „Spielbank“). Hinzu kommen Einschränkungen aufgrund materieller Offenlegungs- und Dokumentationspflichten (vgl. BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Rz 104, 118 ff., „Swisscom ADSL“). Schliesslich ist der Schutz des Aussage- und Herausgabeverweigerungsrechts auf potenziell *belastende* Angaben beschränkt; darauf ist nachstehend näher einzugehen.

4.2 Die Vorinstanz macht geltend, sie benötige die strittigen Umsatzzahlen ausschliesslich zur Sanktionsberechnung, welche mit dem Endentscheid zu rügen sei; die geforderten Auskünfte seien daher nicht belastend (angefochtene Verfügung, Rz 41; Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 16 f., 18). Die Beschwerdeführerin wendet ein, eine Unterscheidung

zwischen belastenden und nichtbelastenden Angaben halte vor Verfassung und EMRK nicht stand (Beschwerdeschrift vom 22. November 2017, Rz 16 ff.; ergänzte Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2018, Rz 7 ff., 56 ff.).

4.2.1 Die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden unterscheidet zwischen Angaben „rein tatsächlicher Art“ und Angaben, die das „Eingeständnis einer Zuwiderhandlung“ enthalten; nur für letztere gilt das Verbot des Selbstbelastungszwangs (EuGH, C-407/04 P, 25. Januar 2007, Rn 34, „Dalmine“; C-374/87, 18. Oktober 1989, Rn 34, „Orkem“). Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte formell nicht bindend ist für die gerichtlichen EU-Instanzen; allerdings haben sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union die EMRK unterzeichnet. In der Sache beruht die Unterscheidung darauf, ob sich die fraglichen Auskünfte *unmittelbar* belastend auswirken (vgl. EuGH, C-407/04 P, 25. Januar 2007, Rn 34, „Dalmine“; C-374/87, 18. Oktober 1989, Rn 34, „Orkem“). Demnach müsste ein Unternehmen etwa angeben, zu welchen Zeiten und an welchen Orten Gespräche mit einem Konkurrenten stattgefunden haben, während es über den Inhalt dieser Gespräche, der es belasten könnte, keine Angaben machen müsste.

4.2.2 Die schweizerische Lehre steht dieser Rechtsprechung teilweise zustimmend (KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 13 VwVG N 89; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 119), teilweise ablehnend gegenüber (NIGGLI/RIEDO, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 49a KG N 260; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004, Rz 21). Im Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008 wird die Unterscheidung unhinterfragt übernommen (S. 86, Rz 302). Das Bundesgericht hat sich im „Spielbank“-Urteil teilweise ebenfalls darauf abgestützt (BGE 140 II 384, E. 3.3.6, 3.4). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat allerdings festgehalten, dass die Ausklammerung nicht unmittelbar belastender Auskünfte vom Geltungsbereich der Schutznorm problematisch erscheint, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Angaben im weiteren Verlauf der Untersuchung zulasten des Beschuldigten doch noch Verwendung finden (Nr. 19187/91, 19. Dezember 1996, Rz 71, „Saunders“). Daran anknüpfend hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil in Sachen „Swisscom ADSL“ (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 110) erwogen,

eine entsprechende Differenzierung sei nur vorzunehmen, wenn ausgeschlossen werden könne, dass die Angaben sich nicht im weiteren Verfahrensverlauf doch noch belastend auswirkten (offen gelassen: B-2050/2007, 24. Februar 2010, RPW 2010/2, S. 275 ff., E. 5.7, „Mobilfunkterminierung“).

4.2.3 In casu begründet die Vorinstanz die geforderten Auskünfte mit der Sanktionsberechnung. Betroffen sind mithin Angaben, welche im Hinblick auf die Rechtsfolge des behaupteten Kartellrechtsverstosses relevant sind, nicht aber in tatbestandsmässiger Hinsicht. Eine in Bezug auf die Tatfrage belastende Verwendung durch die Untersuchungsbehörde erscheint damit von vornherein ausgeschlossen. Eine darüber hinausgehende Verwertung wäre ebenso wie ein Abstellen auf daraus abgeleitete Folgeindizien oder Zufallsfunde mit Beschwerde gegen den Endentscheid grundsätzlich anfechtbar. Die Möglichkeit einer belastenden Wirkung in Bezug auf die Tatfrage erscheint damit praktisch ausgeschlossen.

4.3 Allerdings wird dem Beschuldigten im schweizerischen Strafprozess auch in Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse ein generelles Aussageverweigerungsrecht zugestanden (etwa zur Bestimmung der Höhe des Tagessatzes einer Geldstrafe gestützt auf Art. 34 Abs. 2 StGB; vgl. TRECHSEL/KELLER, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar zum StGB, 3. Aufl. 2018, Art. 34 StGB N 20; ANNETTE DOLGE, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum StGB, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 34 StGB N 88; YVAN JEANNERET, in: Roth/Moreillon [Hrsg.], Commentaire Romand, Code pénal I, 2009, Art. 34 N 40, m.w.H.). Es stellt sich daher die Frage, ob es vorliegend gerechtfertigt erscheint, das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht mit Blick auf den kartellrechtlichen Kontext enger zu fassen.

4.3.1 Dagegen liesse sich zunächst die für Kartellverfahren typischerweise hohe Sanktionsandrohung anführen, welche nach einem ausgebauten Rechtsschutz ruft. Hinzu kommt, dass die strittigen Beweise in vielen Fällen alternativ durch Zwangsmassnahmen beschafft werden können (vgl. Art. 42 KG); der Erfolg des Untersuchungsverfahrens ist damit in der Regel nicht von der Kooperation des Unternehmens, gegen welches die Untersuchung geführt wird, allein abhängig. Alternativ kann die Wettbewerbsbehörde die fraglichen Umsätze schätzen (analog zum Strafprozess: DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N 91), wobei der Grundsatz *in dubio pro reo* gerade nicht gilt (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N 91); es wäre damit am betreffenden Unternehmen, die erfolgte behördliche Schätzung substantiiert zu widerlegen.

4.3.2 Andererseits lässt sich kaum bestreiten, dass sich die Schätzung von Umsätzen eines an einem Kartellverfahren beteiligten Unternehmens in spezifischen Marktsegmenten ungleich schwieriger und aufwendiger gestaltet als die Schätzung der finanziellen Verhältnisse einer natürlichen Person in einem Strafprozess. Auch besteht im Kartellgesetz keine mit Art. 34 Abs. 3 StGB vergleichbare gesetzliche Grundlage für einen Rückgriff auf Informationen von Drittbehörden; vielmehr statuiert Art. 40 KG explizit eine Mitwirkungspflicht für Unternehmen, welche sich am Wirtschaftsgeschehen aktiv beteiligen; ein entsprechender Vorbehalt ist auch in Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG explizit vorgesehen. Die Verpflichtung dient dabei letztlich dem Zweck, wirksamen Wettbewerb auf funktionierenden Märkten zu garantieren, eine Voraussetzung für die auf freiem Entschluss basierende gewinnorientierte Unternehmenstätigkeit der Marktteilnehmer. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat denn auch erwogen, dass ein Rechtssubjekt, welches eine Tätigkeit in einem Bereich ausübt, der im öffentlichen Interesse eine gewisse Regulierung erfahren hat, durch die Ausübung der Tätigkeit den damit einhergehenden Verpflichtungen in gewissen Umfang zustimmt (15809/02, Rz 57, „O’Halloran & Francis“). Zwar bezieht sich diese – in der Lehre teilweise kritisierte – Praxis auf den Strassenverkehr, einen Bereich der sich durch hohen Anteil an Bagatelldelikten auszeichnet (vgl. SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, in: Jusletter vom 24. November 2014, Rz 27 ff., m.w.H.); doch während die genannte Praxis eine relativ weitgehende Verpflichtung zur Nennung des Lenkers durch den Fahrzeughalter auch für schwere Delikte im Grundsatz als zulässig erachtet, geht es vorliegend lediglich um Auskünfte im Hinblick auf die Sanktionsberechnung.

4.3.3 Konkret zu beurteilen ist in casu die vorinstanzliche Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Bekanntgabe der konzernweiten Devisenkassaumsätze („Total Notional Amounts Traded“ des A. _____-Konzerns) im Privatkundenbereich (Private Banking) der Jahre 2009 bis 2011 (vgl. Dispositivziffer 1). Soweit die Vorinstanz die Auskunftspflichtung ausschliesslich mit der Sanktionsbemessung begründet (Vernehmlassung, Rz 15), ist die *Unschuldsvermutung* nicht tangiert; im darüber hinausgehenden Umfang bliebe es der Beschwerdeführerin unbenommen, mit Beschwerde gegen den Endentscheid Einrede gegen die Beweisverwertung zu erheben. Auch gegen den *Grundsatz des fairen Verfahrens* verstösst die Vorinstanz nicht, wenn sie im Endstadium der Untersuchung die für die Sanktionsberechnung erforderlichen und von der Beweisführung zum Tatvorwurf ausgeschlossenen Umsatzangaben des Unternehmens in bestimmten Marktsegmenten herausverlangt, zumal die fraglichen Tatsachen

bzw. Beweismittel weitgehend unabhängig vom Willen des Auskunftspflichteten bestehen und grundsätzlich auch durch Zwangsmassnahmen beschafft werden könnten (was kaum im Interesse der Beschwerdeführerin und weniger rechtsschonend wäre). Die angefochtene Auskunftsverfügung ist daher unter den gegebenen Umständen als mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar zu beurteilen.

5.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Auf den Vorwurf der Vorinstanz, die Beschwerde sei rechtsmissbräuchlich, nachdem die Beschwerdeführerin bis zur Auskunftsverweigerung während Monaten kooperiert und wiederholt um Fristerstreckung ersucht habe (Vernehmlassung vom 23. Februar 2018, Rz 28, 47 f.), muss nicht näher eingegangen werden. Ein Verzicht auf das Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht (vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Rz 125 ff., m.w.H., „Swisscom ADSL“) ist bezüglich der nicht bekanntgegebenen Daten nicht zu erkennen.

6.

Ausgangsgemäss sind der Beschwerdeführerin 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. 5'000.– angemessen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0428; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Matthias Amann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern insbesondere die Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG gegeben sind. Die Rechtsschrift 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: 1. Juni 2018