



## **Urteil vom 15. August 2017**

---

Besetzung

Richter Pascal Richard (Vorsitz),  
Richter David Aschmann, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Gion Giger und/oder Dr. Daniel Zimmerli,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Sekretariat,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Beweisverwertungsverbot.

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

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz oder Sekretariat) eröffnete am 12. Januar 2015, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, die Untersuchung (...): Baustoffe und Deponien Bern gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes (zit. in E. 1). Die Untersuchung richtet sich u.a. gegen die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin). Anlass für die Untersuchung gab der Verdacht, dass u.a. die erwähnte Gesellschaft unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen und durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hatte.

**A.a** Das Sekretariat führte Anfang 2015 zwölf Parteieinvernahmen mit Vertretern der Beschwerdeführerin durch, wobei deren Rechtsvertreter teilnehmen konnten. Bei sieben Befragungen verzichtete die Beschwerdeführerin auf die Anwesenheit ihrer Rechtsvertreter. Die betroffenen Personen haben auch Organstellung bei weiteren Verfahrensparteien, weshalb sie zugleich für diese aussagten und deren Rechtsvertreter bei den Einvernahmen anwesend waren. Bei einer Einvernahme war kein Rechtsvertreter anwesend, da die Arbeitgeberin des Betreffenden zu diesem Zeitpunkt noch nicht Verfahrenspartei war und er entsprechend nur für die Beschwerdeführerin, deren Verwaltungsrat er ist, aussagte.

**A.b** Mit Schreiben vom 28. Mai 2015 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin, innert Frist allfällige Geschäftsgeheimnisse in einem Teil der sie betreffenden Akten zu bezeichnen, da diese den anderen Verfahrensparteien offengelegt würden. Mit Stellungnahme vom 18. Juni 2015 bezeichnete die Beschwerdeführerin die aus ihrer Sicht zu schwärzenden Passagen und begründete dies. U.a. erklärte sie, dass verschiedene Stellen in den Protokollen der oben erwähnten Einvernahmen Fragen und Antworten betreffen würden, die im Zusammenhang mit der anwaltlichen Beratung der Beschwerdeführerin stünden und damit vom Anwaltsgeheimnis erfasst seien (Anwalt-Klienten-Verhältnis). Fragen zum Verhältnis der Beschwerdeführerin zu ihrem Anwalt hätten ihrer Ansicht nach gar nicht gestellt werden dürfen. Die entsprechenden Fragen und Antworten seien demnach zu schwärzen und letztere würden einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

**A.c** Mit Schreiben vom 2. Juli 2015 lehnte die Vorinstanz es ab, die bezeichneten Stellen zu schwärzen und räumte der Beschwerdeführerin erneut eine Frist zur Stellungnahme ein. Gleichzeitig erklärt die Vorinstanz, dass im Rahmen einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung darüber befunden werde, sollte den Anträgen der Beschwerdeführerin nicht entsprochen werden können. Mit Stellungnahme vom 9. Juli 2015 verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine Schwärzung der fraglichen Protokollstellen im Verhältnis zu den übrigen Verfahrensparteien (Aktionäre der Beschwerdeführerin), behielt sich aber eine Berufung auf das Beweisverwertungsverbot vor, wenn die WEKO im künftigen Verfahren die fraglichen Protokollstellen verwertete. Ferner erklärte sie, dass sie vorgängig Stellung nehmen wolle, falls Dritten – mithin Nichtaktionären – Akteneinsicht gewährt würde. Die Vorinstanz legte mit Schreiben vom 13. Juli 2015 dar, dass nicht verwertbare Beweise aus den Verfahrensakten zu entfernen wären. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin sinngemäss einen Antrag auf Entfernung der Aktenstellen gestellt, diesen jedoch wieder zurückgezogen. Somit könne darauf verzichtet werden, über eine allfällige Entfernung zu befinden. Die betreffenden Protokollstellen würden demnach in den Akten belassen und den anderen Verfahrensparteien offengelegt. Zudem beabsichtige die Vorinstanz, diese Akten vollumfänglich zu verwerten.

**A.d** Mit Schreiben vom 24. und 26. August 2015 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin, in weiteren Protokollen von Parteieinvernahmen allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Die Beschwerdeführerin erklärte mit Eingabe vom 3. September 2015, vorläufig darauf zu verzichten. Die Aktenstücke würden aber wiederum Informationen enthalten, die dem Anwaltsgeheimnis unterstünden, deshalb privilegiert seien und einem Beweisverwertungsgebot unterliegen würden. Sollten diese Aussagen im künftigen Verfahren verwertet werden, werde sich die Beschwerdeführerin auf das Beweisverwertungsverbot berufen. Die Vorinstanz forderte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 auf, gegebenenfalls einen entsprechenden Verfahrens Antrag zu stellen und die betreffenden Informationen zu bezeichnen, damit darüber im Rahmen eines kostenpflichtigen Zwischenentscheids befunden werden könne. Mit Eingabe vom 18. September 2015 verzichtete die Beschwerdeführerin auf einen entsprechenden Verfahrens Antrag, sprach sich gegen einen Zwischenentscheid aus und erklärte, sie sei nicht bereit, zusätzliche Verfahrenskosten zu tragen. Über die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln habe nicht das Sekretariat, sondern erst die WEKO als (end-)verfügende Behörde zu entscheiden. Informationen, die vom Anwaltsgeheimnis erfasst seien, dürften – zumindest

zuungunsten der Beschwerdeführerin – nicht in die Beweiswürdigung einfließen. Die Beweiswürdigung, die auch die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln umfasse, könne beim jetzigen Verfahrensstand nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung bilden. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 legte die Vorinstanz dar, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin fehl gehe. Die Behörde, die mit der Instruktion eines Falls betraut sei, vorliegend das Sekretariat, müsse über ein von einer Partei vorgebrachtes Beweisverwertungsverbot befinden können. Es erweise sich als widersprüchlich, ein Beweisverwertungsverbot geltend zu machen, auf einen Verfahrens Antrag um Entfernung der betreffenden Aktenstellen jedoch zu verzichten. Die Beschwerdeführerin wurde ersucht, innert Frist – unter Angabe der entsprechenden Aktenstellen – zu präzisieren, inwieweit sie am Beweisverwertungsverbot festhalte. Falls sie daran festhalte, werde darüber in einer (gegebenenfalls kostenpflichtigen) Zwischenverfügung entschieden, selbst wenn die Beschwerdeführerin der Ansicht sei, dass erst die WEKO darüber zu befinden habe. Mit Eingabe vom 20. Oktober 2015 hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Ausführungen fest und bezeichnete die ihrer Ansicht nach vom Anwaltsprivileg umfassten Aktenstellen (Fragen über die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem Anwalt und die entsprechenden Antworten der einvernommenen Personen). Sie legte ferner dar, die genannten Passagen könnten zum jetzigen Verfahrensstand nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein. Es gehe nicht an, dass ein Teilaspekt der Beweiswürdigung vorab entschieden werde und dies nur deshalb, weil sich die Beschwerdeführerin auf ihre Verfahrensrechte berufe. Die Vorinstanz erklärte mit Schreiben vom 22. Oktober 2015, ein Entscheid über die Verwertbarkeit von Beweismitteln schliesse das Verfahren nicht ab, vielmehr handle es sich um eine verfahrensleitende Verfügung. Der Eingabe sei kein Antrag zu entnehmen. Nach Treu und Glauben seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin so zu verstehen, dass sie mit dem Verbleib der fraglichen Passagen in den Akten und deren Weiterverwendung in der Untersuchung sowie, zum gegebenen Zeitpunkt, für den Antrag an die WEKO einverstanden sei. Die Vorinstanz forderte die Beschwerdeführerin auf, umgehend einen entsprechenden Antrag zu stellen, falls sie ihren Äusserungen nicht die dargelegte Bedeutung habe beimessen wollen. Ansonsten erachte die Vorinstanz die Angelegenheit als abgeschlossen. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015 widersprach die Beschwerdeführerin der Interpretation der Vorinstanz und hielt an ihrer Auffassung, wonach die Sache nicht durch Zwischenverfügung zu erledigen sei, fest. Für den Fall, dass die Vorinstanz dennoch auf einem Verfahrens Antrag beharren sollte, seien die in der Eingabe bezeichneten Aktenstellen aus den Verfahrensakten zu entfernen. Sollte die WEKO auf diese

unverwertbaren Informationen abstellen, werde sich die Beschwerdeführerin auf das Beweisverwertungsverbot berufen. Dies gelte unabhängig davon, ob nun zu Unrecht eine Zwischenverfügung ergehe und die Beschwerdeführerin diese gegebenenfalls anfechten werde.

**B.**

Mit Zwischenverfügung vom 2. Februar 2016 wies das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO den Antrag der Beschwerdeführerin sowie weiterer konzernmässig verbundener Gesellschaften, die Aktenstellen act. III.5, Zeile 357 f., act. III.8, Zeile 338 und 344, act. III.10, Zeile 315 f., Zeilen 320-328, Zeile 371 f., Zeilen 376-382, Zeile 393 f., Zeilen 427-436 sowie act. III.12, Zeile 160 f., Zeilen 169-186, Zeilen 189-194, Zeile 258 f. und 356-359 aus den Verfahrensakten zu entfernen, ab und auferlegte ihr sowie weiteren konzernmässig verbundenen Gesellschaften die Kosten für die Zwischenverfügung von Fr. 4'975.–.

**C.**

Mit Eingabe vom 1. März 2016 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Aktenstellen act. III.5, Rz. 357 f., act. III.8, Rz. 338 und 344, act. III.10, Rz. 315 f., Rz. 320-328, Rz. 371 f., Rz. 376-382, Rz. 393 f., Rz. 427-436, act. III.12, Rz. 160 f., Rz. 169-186, Rz. 189-194, Rz. 258 f. und Rz. 356-359 aus den Verfahrensakten zu entfernen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 18. April 2016 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

**E.**

Mit Replik vom 25. Mai 2016 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

**F.**

Die Vorinstanz wiederholte ihre Anträge mit Duplik vom 20. Juni 2016.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die angefochtene Verfügung sei nichtig, weil ihr ein besonders schwerer, prozessrechtlicher Mangel anhafte.

**1.1** Die Beschwerdeführerin erklärt, das Sekretariat sei nicht zuständig, über die Verwertbarkeit von Aktenstellen zu befinden, denn darüber entscheide das Sachgericht – vorliegend die WEKO – im Rahmen der Beweiswürdigung für den Endentscheid. Der Entscheid über die Verwertbarkeit eines Beweismittels sei dem Vorgang der Beweiswürdigung keineswegs vorgelagert und dürfe auch nicht der untersuchenden Behörde im Ermittlungsstadium überlassen werden, da die Beweiswürdigung zeitlich nach der Sachverhaltsermittlung erfolge. Der Entscheid sei Teil der Beweiswürdigung durch die Behörde, die den Sachentscheid treffe. Dies gelte allgemein im Prozessrecht, insbesondere im Strafprozessrecht und analog im Verwaltungsprozessrecht. Von der WEKO könne erwartet werden, dass sie die unzulässigen Beweise von den zulässigen unterscheiden könne. Die Aufgabenteilung zwischen der WEKO und ihrem Sekretariat ändere daran nichts, ebenso wenig der Umstand, dass das Sekretariat die Verfügung im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums erlassen habe. Strafprozessrechtliche Grundsätze seien vorliegend zumindest analog anzuwenden, zumal Bussen i.S.v. Art. 49a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251), zu welchen die hängige Untersuchung führen könne, Strafen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) seien. Ferner dispensiere das Sekretariat mit dem unzulässigen Vorgehen sich selber und die WEKO von einer bundesrechtskonformen Beweisführung in der Frage, wann der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin welche Kenntnis über eine mögliche kartellrechtliche Würdigung der Verhaltensweisen, die Untersuchungsgegenstand seien, gehabt habe. Der Beweiswürdigungsvorgang, der ausschliesslich der WEKO obliege, werde präjudiziert und die Verteidigungsrechte und die Möglichkeiten der Beschwerdeführerin, am Beweisverfahren mitzuwirken, würden beschränkt. Das Sekretariat werde darauf verzichten, anstelle der strittigen Protokollpassagen bundesrechtskonform Beweis zu führen, um den Kenntnisstand des Verwaltungsrats abzuklären. Sie werde sich dafür auf die angefochtene Verfügung berufen; diese schaffe vollendete Tatsachen. Dieser Vorwegentscheid widerspreche anerkannten Regeln der Prozessführung und des Be-

weisrechts. Die strittigen Protokollpassagen könnten sich auf die Bemessung einer allfälligen Busse gegen die Beschwerdeführerin auswirken. Dies räume selbst das Sekretariat in der angefochtenen Verfügung ein. Eine kostenpflichtige Zwischenverfügung über diese Frage sei im aktuellen Verfahrensstadium unzulässig. Die Beschwerdeführerin habe sich stets gewehrt, dass ihr Hinweis auf das Legal Privilege als Verfahrensantrag betrachtet werde. Sie sei vom Sekretariat in unzulässiger, ja sogar inakzeptabler Weise dazu gezwungen worden. Das Sekretariat habe mit der kostenpflichtigen Zwischenverfügung eine Anordnung konstruiert, die es im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren nicht geben dürfe, und habe daran Rechtswirkungen knüpfen wollen, die nicht vorgesehen seien.

**1.2** Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung erwogen, die Verwertbarkeit von Beweisen und die Beweiswürdigung würden unterschiedliche Fragestellungen betreffen. Die Beweiswürdigung bilde den Abschluss der Sachverhaltsfeststellung und führe zum Beweisergebnis. Dabei handle es sich um eine materielle Frage. Formeller Natur sei dagegen die Frage, welche Beweismittel verwertet werden dürften. Zeitlich sei die Beurteilung der Verwertbarkeit von Beweismitteln der Beweiswürdigung vorgelagert; erst wenn feststehe, welche Beweismittel verwertet werden dürften, könne deren Würdigung stattfinden. Nach Abschluss der Untersuchung unterbreite das Sekretariat der WEKO basierend auf dem Beweisergebnis, welches aus den verwertbaren Beweisen folge, einen Antrag. Bis zu diesem Zeitpunkt habe das Sekretariat das Recht und die Pflicht, über die Aufnahme oder Entfernung von Beweismitteln in die Verfahrensakten zu befinden. Mache eine Partei im Laufe der Untersuchung ein Beweisverwertungsverbot geltend, sei dieses Vorbringen als Antrag auf Entfernung der betroffenen Beweismittel aus den Verfahrensakten zu werten und die Behörde sei verpflichtet, darüber zu befinden. Darauf nicht einzutreten und die Beurteilung der endverfügenden Behörde zu überlassen, sei unzulässig. Auch im Strafrecht habe über Beweisverwertungsverbote, die im Ermittlungsstadium vorgebracht würden, bereits die Staatsanwaltschaft und nicht erst das Gericht zu entscheiden.

**1.3** Im Beschwerdeverfahren legt die Vorinstanz dar, die Beschwerdeführerin habe kein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Diese schliesse die Untersuchung nicht ab; es handle sich um eine verfahrensleitende Verfügung, für deren Erlass nach Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig sei. Die Beschwerdeführerin sei offenbar der Auffassung, dass damit die Frage der Verwertbarkeit der fraglichen Aktenstellen endgültig

geregelt werde und auch die WEKO daran gebunden sei. Dies treffe nicht zu. Zwischenverfügungen würden keine materielle Rechtskraft entfalten (ausgenommen über den Ausstand und die Zuständigkeit). Die Verfügung habe aber immerhin die Konsequenz, dass das Sekretariat die fraglichen Aktenstellen für die weitere Untersuchung verwenden und diese zum gegebenen Zeitpunkt seinem Antrag an die WEKO zugrunde legen könne. Die Verfügung regle somit einzig, wie das Sekretariat mit den strittigen Protokollstellen umgehen werde. Die WEKO sei daran nicht gebunden. Mit der Übermittlung des Antrags an die WEKO ende die Instruktionsbefugnis des Sekretariats in kartellrechtlichen Untersuchungen und gehe auf die WEKO über, der es dann obliege, über den Antrag des Sekretariats und die Anträge der Parteien zu entscheiden. Die WEKO könne dabei zum Schluss kommen, dass die Beurteilung des Sekretariats und eines Mitglieds des Präsidiums im Rahmen der Zwischenverfügung zutreffend oder unzutreffend gewesen sei und die strittigen Protokollstellen entsprechend in den Verfahrensakten verbleiben würden oder zu entfernen seien. Ebenso stehe es der Beschwerdeführerin frei, in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats an die WEKO die Frage der Verwertbarkeit der fraglichen Protokollstellen aufzuwerfen sowie in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung erneut zu rügen. Zudem verweist die Vorinstanz auf eine in derselben Untersuchung ergangene Zwischenverfügung betreffend ein Beweisverwertungsverbot; das Bundesverwaltungsgericht habe sich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht dazu veranlasst gesehen, die Zuständigkeit zum Erlass der Verfügung zu thematisieren oder in Frage zu stellen.

**1.4** Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch – wie vorliegend – im Rechtsmittelweg im Rahmen einer zulässigen Beschwerde festgestellt werden (BGE 140 III 651 E. 3, 139 II 243 E. 11.2, 138 II 501 E. 3.1, 132 II 342 E. 2.1 m.H.). Die Nichtigkeit kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (Urteil des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3). Damit ist – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – kein schutzwürdiges Interesse nötig, um die Feststellung einer allfälligen Nichtigkeit zu verlangen. Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nicht-

tigkeitsgrund kommen namentlich die sachliche und funktionelle Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2 m.H., 137 III 217 E. 2.4.3).

**1.5** Sollte sich die strittige Zwischenverfügung als nichtig erweisen, wäre mangels Anfechtungsobjekts nicht auf die Beschwerde einzutreten; rechtlich gälte die Verfügung als inexistent. Die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung wäre im Urteilsdispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.3; Urteile des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3, B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1 und B-4419/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 1.1.3).

**1.6** Vorliegend sind, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, keine Nichtigkeitsgründe wegen Unzuständigkeit der verfügenden Behörde ersichtlich.

**1.6.1** Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Der Begriff der verfahrensleitenden Verfügung ist weder im KG noch im auf das Verfahren anwendbaren VwVG (Art. 39 KG) definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff der verfahrensleitenden Verfügung im KG bzw. die Verfügungskompetenz des Sekretariats im Lichte seiner Funktion – der Durchführung der Untersuchung, mithin der Beschaffung von Grundlagen für den Entscheid und dessen Vorbereitung – zu verstehen; verfahrensleitende Verfügungen beziehen sich namentlich auf die Anhörung der Parteien, die Gewährung oder Verweigerung von Akteneinsicht, die Erhebung von Beweisen und die Abklärung des Sachverhalts (Urteil des BGer 2A.198/1997 vom 3. November 1997 E. 3c, in: ZBI 1999, S. 64 ff.; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 26. September 2002 E. 1.1.1, in: RPW 2002/4, S. 704; SIMON BANGERTER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 23 Rz. 37). Der Zweck von Art. 23 Abs. 1 KG ist es, dem Sekretariat die erforderlichen Mittel zur Durchführung der Untersuchung beizugeben und damit seiner Aufgabe gerecht zu werden (Urteil des BGer 2A.198/1997 vom 3. November 1997 E. 3c, in: ZBI 1999, S. 64 ff.).

**1.6.2** Verfahrensleitende Verfügungen des Sekretariats mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO ergehen in der Form der Zwischenverfügung. Zwischenentscheide erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und binden grundsätzlich nur die erlassende Behörde (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-

BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 45 Rz. 3).

**1.6.3** Die Aufgabenteilung des Sekretariats und der WEKO folgt dem Grundsatz der Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und anderer Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., 525, 599), der vom Gesetz allerdings verschiedentlich aufgeweicht bzw. durchbrochen wird (z.B. durch Art. 42 Abs. 2 KG, wonach die Anordnung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen durch ein Mitglied des Präsidiums zu erfolgen hat). Das Sekretariat hat somit eine Generalkompetenz zur selbständigen Durchführung von Untersuchungshandlungen, soweit diese nicht einer anderen Behörde übertragen sind oder eine solche, wie beim Erlass verfahrensleitender Verfügungen, zur Mitwirkung verpflichtet ist (BANGERTER, a.a.O., Art. 23 Rz. 11; DERS., a.a.O., Art. 18 Rz. 40). Anschliessend stellt das Sekretariat der WEKO einen beschlussreifen, mithin begründeten Antrag (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 1 KG, Art. 31 Abs. 1 Bst. d des Geschäftsreglements WEKO vom 15. Juni 2015 [GR-WEKO, SR 251.1]), in der Form eines ausformulierten Verfügungsentwurfs, zu dem die Beteiligten schriftlich Stellung nehmen können (Art. 30 Abs. 2 KG; eingehend zum Inhalt des Äusserungsrechts ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 Rz. 15 ff.). Die selbständige Antragsstellung hat zur Folge, dass das Sekretariat zwingend auch eine materielle, rechtliche Würdigung des untersuchten Sachverhalts vornimmt (BANGERTER, a.a.O., Art. 23 Rz. 29 m.H., Rz. 33; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art 30 Rz. 24). Daraus erhellt, dass das Sekretariat bereits eine Beweiswürdigung vornimmt und das Beweisergebnis ihrem Antrag an die WEKO zugrunde legt, weshalb es ihm auch möglich sein muss, über die Verwertbarkeit von Beweisen zu entscheiden. Das Sekretariat ist zur Durchführung der Untersuchung und zur Antragsstellung an die WEKO somit darauf angewiesen, über die Verwertung von Beweismitteln (gemeinsam mit einem Mitglied des Präsidiums) zu befinden.

Die Antragsstellung des Sekretariats an die WEKO bedeutet aber noch nicht, dass die Instruktion in jedem Fall abgeschlossen ist; die WEKO kann korrigierend in die Untersuchung des Sekretariats eingreifen und gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG eine direkte Anhörung der Beteiligten beschliessen oder das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen, ja sogar das Dossier zur Vervollständigung der Untersuchung zurückweisen (vgl. Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24. März

2009 E. 2.3.3; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 30 Rz. 52). Dass Zwischenentscheide i.S.v. Art. 23 Abs. 1 KG nur das Sekretariat und nicht auch die WEKO binden (vgl. E. 1.6.2), muss auch dann gelten, wenn der Zwischenentscheid mit einem Mitglied des Präsidiums erlassen wurde, weil sich aus dem Umstand, dass ein Präsidiumsmitglied mitentschieden hat, keine Bindung der gesamten Kommission ergeben kann. Nicht anders verhält es sich im Strafprozessrecht (vgl. Art. 61 Bst. c und Art. 331 Abs. 3 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]). Daher kann, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, vorliegend nicht von einem unzulässigen Vorwegentscheid gesprochen werden. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die Zuständigkeit des Sekretariats mit einem Mitglied des Präsidiums zum Erlass der angefochtenen Verfügung ist somit nicht zu beanstanden.

## **2.**

Zu prüfen sind nachfolgend die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 39 KG i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**2.1** Die angefochtene selbständig eröffnete Zwischenverfügung ist an die Beschwerdeführerin „sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften“ gerichtet, ohne dass die angefochtene Verfügung spezifizieren würde, um welche weiteren Gesellschaften es sich handelt. Auch die Beschwerdeführerin schweigt sich zum genauen Adressatenkreis der angefochtenen Verfügung aus. Aus der eingereichten Vollmacht ergibt sich aber indirekt, dass lediglich die X. \_\_\_\_\_ AG als Beschwerdeführerin auftritt. Sie hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist von der angefochtenen Verfügung (potentiell) besonders betroffen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der eingeforderte Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Als weitere Eintretensvoraussetzung ist die selbständige Anfechtbarkeit der angefochtenen Zwischenverfügung und damit das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses an ihrer sofortigen Aufhebung oder Änderung zu prüfen.

**2.2** Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann nach den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 VwVG vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahrens ist demnach selbständig anfechtbar, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG, Prozessökonomie). Letzteres kann vorliegend ausgeschlossen werden.

**2.2.1** 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. Demnach liegt das Rechtsschutzinteresse im Schaden, der entstünde, wenn der Nachteil auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden könnte (Urteile des BVGer B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.1, B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.1 und A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2, je m.H.). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nach dem VwVG 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 (Urteil des BGer 2C\_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des BVGer 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.H.). Das schutzwürdige Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Zwischenentscheids kann namentlich wirtschaftlich begründet sein, der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen (MARTIN KAYSER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 46 Rz. 10 f.). Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein (Urteil des BVGer B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3 und A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2). Nicht erforderlich ist sodann, dass der Nachteil tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen bzw. nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (Urteil des BVGer A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2 m.H.).

**2.2.2** Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (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 (Urteil des BVGer B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3 in fine). Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

**2.2.3** Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (oder kann mit der Gutheissung der Beschwerde nicht sofort einen 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 Zwischenverfügungen soll verhindern, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid der Vorinstanz für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren würden. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen und sich nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen (Urteile des BVGer B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.1 und A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2 in fine).

**2.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, sollte nicht bereits die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung festgestellt werden, sei mindestens davon auszugehen, dass diese für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirke. Von der Regel, dass Verfügungen über die Verwertbarkeit von Beweisen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verursachen, werde ausnahmsweise abgewichen, wenn der Betroffene im Einzelfall ein besonders gewichtiges Interesse daran habe, sich gegen eine solche Verfügung zu wehren. Die angefochtene Verfügung präjudiziere die weitere Beweisführung zur Frage, wann der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, welche Kenntnis über die kartellrechtliche Beurteilung der Verhaltensweisen hatte, die Gegenstand der hängigen Untersuchung seien. Dies könne sich sanktionsrelevant auswirken. Entsprechende Beweisanträge der Beschwerdeführerin im weiteren Verfahren dürften formell aussichts- und materiell wirkungslos sein. Daher habe sie ein qualifiziertes Interesse daran, dass die Rechtsmittelinstanzen jetzt über die Verwertbarkeit der strittigen Protokollpassagen entscheiden und insbesondere darüber befinden würden, ob es bundesrechtskonform sei, die Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte der Beschwerdeführerin auf diese

Weise bzw. derart früh im Verfahren zu verkürzen. Zwar dürfte sich die Beschwerdeführerin unter normalen Umständen darauf verlassen, die Auffassung der Vorinstanz über die Verwertbarkeit der fraglichen Protokollpassagen zusammen mit dem Endentscheid anfechten zu können. Mit der angefochtenen Verfügung setze die Vorinstanz die Beschwerdeführerin jedoch unzulässigerweise dem Risiko aus, dass dieser Streitgegenstand in Rechtskraft erwachse und sich die Beschwerdeführerin nicht mehr prozessual zur Wehr setzen könne. Der Beschwerdeführerin drohe wegen des Vorgehens der Vorinstanz faktisch eine unzulässige Beschränkung ihrer Verteidigungsrechte. Zudem sei vorliegend eine Rechtsfrage von grundlegender Tragweite zu beurteilen, die nicht nur für den konkreten Fall, sondern grundsätzlich entschieden werden müsse. Es sei zu befürchten, dass die Vorinstanz ohne klärenden Entscheid des Gerichts zum Schutzzumfang des Legal Privilege im jetzigen Zeitpunkt in weiteren Einvernahmen wiederum gleich vorgehen und Informationen, die unter das Legal Privilege fielen, durch gezielte Fragestellungen erforschen werde.

**2.4** Die Vorinstanz legt dar, die angefochtene Zwischenverfügung regle die Frage der Verwertbarkeit der strittigen Protokollstellen nicht endgültig, da sie nicht in materielle Rechtskraft erwachse und die WEKO nicht daran gebunden sei. Der Beschwerdeführerin stehe es zudem frei, die Frage der Verwertbarkeit der strittigen Protokollstellen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats aufzuwerfen sowie gegebenenfalls in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung zu rügen. Trotz bestehender Begründungslast lege die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern ihr durch die angefochtene Zwischenverfügung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohe. Selbst wenn die angefochtene Verfügung durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben würde, hätte dies keine Besserstellung der Beschwerdeführerin zur Folge; die strittigen Protokollstellen würden in den Akten verbleiben. Es bliebe somit beim status quo. Die Befürchtung, dass weitere Beweisanträge der Beschwerdeführerin formell aussichts- und materiell wirkungslos blieben, sei unbegründet: In kartellrechtlichen Verfahren seien die Behörden nach Art. 33 Abs. 1 VwVG verpflichtet, die ihnen angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erschienen. Beweisanträge habe die Beschwerdeführerin bisher jedoch keine gestellt. Andere nicht wieder gutzumachende Nachteile mache die Beschwerdeführerin nicht geltend und seien auch nicht ersichtlich.

**2.5** Das Sekretariat verfasst aufgrund der Erkenntnisse aus den Instruktionmassnahmen, der Sachverhaltsabklärung und der rechtlichen sowie

ökonomischen Beurteilung einen begründeten Antrag an die WEKO, zu dem die Beteiligten schriftlich Stellung nehmen können (Art. 30 Abs. 2 KG; vgl. E. 1.6.3; eingehend zur Stellungnahme der Beteiligten vgl. ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 Rz. 5, Rz. 11 ff.). Die Untersuchung wird mit der Überweisung des Antrags samt Stellungnahmen an die WEKO grundsätzlich abgeschlossen (möglich sind dennoch weitere Untersuchungsmaßnahmen nach Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG; vgl. Urteil des BGer 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3). Die Entscheidungsbefugnis in der Hauptsache steht anschliessend alleine der WEKO zu. Diese beurteilt und verarbeitet in ihrem Entscheid neben dem Antrag des Sekretariats auch die Stellungnahmen der Parteien, weshalb die Beschwerdeführerin, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, das Beweisverwendungsverbot für die fraglichen Protokollstellen in diesem Zeitpunkt erneut geltend machen kann. Ebenso kann sie in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung gegebenenfalls rügen, die fraglichen Protokollstellen hätten nicht verwertet werden dürfen. Eine abweichende Beurteilung der WEKO sowie nachfolgend des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Verwertung von Aktenstellen würde namentlich nicht dazu führen, dass die entsprechenden Beweismassnahmen (Einvernahmen) wiederholt werden müssten (im Unterschied zum Sachverhalt, wie er dem Urteil des BVGer B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.4 zugrunde lag, in welchem das BVGer einen drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil bejaht hatte), sondern bewirkte, dass die betreffenden Aktenstellen nicht verwertet werden dürften. Sollte das Sekretariat der WEKO allenfalls die Einstellung des Verfahrens beantragen, würde die Frage der Verwertung der fraglichen Protokollstellen hinfällig. Der Beschwerdeführerin erwächst somit kein Schaden, der durch einen günstigen Endentscheid nicht wieder behoben werden könnte, es fehlt daher an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Überdies bedeutete ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über das Beweisverwendungsverbot letztlich einen Instanzenverlust für die Betroffenen.

### **3.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung besteht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

### **4.**

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (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). Ob die vorliegende Beschwerde eine Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse darstellt (Art. 3 und 4 VGKE), kann indessen offen gelassen werden, zumal sich ein allfälliger Streitwert zum jetzigen Zeitpunkt kaum beziffern liesse und Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– im Lichte der genannten Bemessungskriterien in jedem Fall als angemessen erscheinen. Der am 7. März 2016 geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Es ist keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Pascal Richard

Astrid Hirzel

**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 Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. August 2017