



## **Urteil vom 17. September 2018**

---

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd,  
Richter David Aschmann;  
Gerichtsschreiberin Julia Haas.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Dr. Urs Isenegger, Rechtsanwalt,  
MME Legal AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Sekretariat,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO vom 13. Mai  
2016 im Untersuchungsverfahren Bauleistungen Graubünden  
betreffend Zulässigkeit einer Zeugeneinvernahme

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

**A.a** Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (nachfolgend: Vorinstanz) gegen die X.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) sowie gegen weitere im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (zitiert in E. 1.1) wegen des Verdachts auf unzulässige Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin (Verfahren [...]: Bauleistungen Graubünden).

**A.b** Mit Schreiben vom 19. April 2016 lud die Vorinstanz Herrn Y.\_\_\_\_\_ als Zeugen vor und setzte die Zeugeneinvernahme auf den 27. Mai 2016 in (...) an. Y.\_\_\_\_\_ war bis zu seiner Pensionierung Ende Februar 2014 bei der Beschwerdeführerin als Bauführer angestellt und führte die Zweigniederlassung in (...). Für Letztere war er gemäss Handelsregister bis zum 13. Februar 2015 kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt.

**A.c** Mit Schreiben vom 4. Mai 2016 stellte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz den Antrag, Y.\_\_\_\_\_ sei in dem in Frage stehenden Verfahren und unter Berücksichtigung des Gegenstands der Einvernahme als Vertreter der Beschwerdeführerin (Parteibefragung) und nicht als Zeuge zu befragen.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Pflicht zur Mitwirkung nach Art. 42 Kartellgesetz werde durch das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*-Grundsatz) eingeschränkt. Auch Unternehmen könnten sich auf diesen *nemo tenetur*-Grundsatz berufen, wobei dieses Recht dem Unternehmen selbst zustehe und nicht auf die Geltendmachung durch bestimmte natürliche Personen beschränkt sei. Y.\_\_\_\_\_ sei aufgrund seiner Funktion bei der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung als Parteivertreter und nicht als Zeuge zu befragen gewesen. Der Umstand, dass er in der Zwischenzeit das Pensionsalter erreicht habe, könne für die Frage, in welcher Form die Einvernahme stattfinde, nicht entscheidend sein. Es sei vielmehr auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung abzustellen. Die Fragen, die Y.\_\_\_\_\_ gestellt werden sollten, würden sich ausschliesslich auf Sachverhalte beziehen, die dieser im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wahrgenommen habe. Deshalb könne

er nicht als Dritter im Sinne von Art. 42 Abs. 1 Kartellgesetz befragt werden.

**A.d** Mit Zwischenverfügung vom 13. Mai 2016 wies die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin, auf die Zeugeneinvernahme von Y.\_\_\_\_\_ zu verzichten, ab (Dispositiv-Ziff. 1), entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 2) und auferlegte die Kosten für die Zwischenverfügung in der Höhe von Fr. 1'524.– der Beschwerdeführerin (Dispositiv-Ziff. 3).

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass die Beschwerdeführerin eine Aktiengesellschaft und damit eine juristische Person sei, die durch ihre Organe handle. Y.\_\_\_\_\_ hätte spätestens seit Mitte Februar 2015 keine Organstellung mehr bei der Beschwerdeführerin inne – auch keine faktische. Mangels Organstellung stehe es Y.\_\_\_\_\_ nicht zu, für die Beschwerdeführerin vor den Wettbewerbsbehörden als Partei auszusagen. Er gelte als Drittperson, welche gemäss Art. 42 Kartellgesetz als Zeuge einvernommen werden könne. Durch die Befragung von Y.\_\_\_\_\_ als Drittperson werde das Verbot zum Selbstbelastungszwang (*nemo tenetur*-Grundsatz) nicht tangiert. Die Aussage- und Wahrheitspflicht, welche mit der Zeugenstellung einhergehe, beschränke sich vorliegend auf Y.\_\_\_\_\_, welcher seinerseits nicht mehr für die Beschwerdeführerin handeln könne. Seine eigenen Interessen könne Y.\_\_\_\_\_ wiederum im Rahmen der Zeugnisverweigerungsrechte geltend machen.

## **B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 18. Mai 2016 beantragte die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht, es sei die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Sekretariats vom 13. Mai 2016 wiederherzustellen, wobei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei, zu entscheiden sei; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

**B.b** Mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Begehren auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerdeführerin superprovisorisch gut, hob Ziffer 2 des Dispositivs der Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 superprovisorisch auf und gab der Vorinstanz Gelegenheit, bis zum 2. Juni 2016 zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

**B.c** Mit Stellungnahme vom 30. Mai 2016 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

**B.d** Mit Eingabe vom 10. Juni 2016 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 und beantragt, es seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Zwischenverfügung aufzuheben und es sei der Vorinstanz zu untersagen, Y.\_\_\_\_\_ im Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission 22-0457 (Bauleistungen Graubünden) als Zeugen einzuvernehmen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

In formeller Hinsicht führt sie zur Begründung aus, dass die Durchführung der vorgesehenen Zeugeneinvernahme einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zulasten der Beschwerdeführerin bewirken könne. Die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ seien nicht verwertbar, falls sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Befragung nicht als Zeugeneinvernahme hätte durchgeführt werden dürfen. Es müsse vor der Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ die Frage geklärt werde, ob dieser im vorliegenden Fall überhaupt als Zeuge einvernommen werden dürfe. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz sich vorliegend gerade erhoffe und auch beabsichtige, gestützt auf die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ weitere Beweiserhebungen vornehmen zu können.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass es einen negativen Einfluss auf die Verteidigungsrechte des betreffenden Unternehmens habe, wenn die natürlichen Personen, die für das Unternehmen handelten, als Zeugen einvernommen werden könnten. Dem Unternehmen würde damit im Ergebnis die Möglichkeit entzogen, sich auf sein Aussageverweigerungsrecht zu berufen. Entsprechende Personen dürften daher nicht als Zeugen befragt werden. Denn als solche könnten sie sich zwar auf ihr eigenes Aussageverweigerungsrecht berufen, nicht jedoch auf dasjenige des Unternehmens, welches inhaltlich nicht zwangsläufig mit ersterem übereinstimme. Das den Unternehmen zustehende Aussageverweigerungsrecht sei völlig wirkungslos, wenn die für dieses Unternehmen handelnden Personen nicht die Möglichkeit hätten, sich darauf zu berufen.

Zur Beurteilung der Stellung der einzuvernehmenden Person sei auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung abzustellen.

Y.\_\_\_\_\_ sei zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung ohne Zweifel als Parteivertreter und nicht als Zeuge zu befragen gewesen. Sodann sei zu berücksichtigen, dass die Fragen, die Y.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Zeugeneinvernahme gestellt würden, sich vorliegend ausschliesslich auf Sachverhalte bezögen, die dieser im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wahrgenommen habe.

**B.e** Mit Zwischenverfügung vom 25. August 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 wieder her und hob Ziffer 2 des Dispositivs der Zwischenverfügung entsprechend auf.

**B.f** Mit Vernehmlassung vom 29. August 2016 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.

In formeller Hinsicht macht sie geltend, dass es vorliegend an einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil fehle. Anfechtungsobjekt bilde vorliegend eine Zwischenverfügung, die keine materielle Rechtskraft entfalte. Die angefochtene Zwischenverfügung regle die Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme von Y.\_\_\_\_\_ somit nicht endgültig. Die WEKO sei daher nicht daran gebunden. Zudem stehe es der Beschwerdeführerin vorliegend frei, die Frage der Verwertbarkeit der Zeugeneinvernahme in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats an die WEKO aufzuwerfen sowie in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung erneut zu rügen.

In materieller Hinsicht führt sie sodann aus, sei es irrelevant, dass die zu befragende Person früher über wesentliche Entscheidungsbefugnisse verfügt und grosse Selbstständigkeit besessen habe. Massgebend seien lediglich diejenigen Sachverhaltselemente, welche für die Beurteilung der aktuellen verfahrensrechtlichen Stellung von der zu befragenden Person ausschlaggebend seien. Y.\_\_\_\_\_ sei seit Ende Februar 2014 als Bauführer der Beschwerdeführerin ausgeschieden und seine Kollektivprokura sei per 13. Februar 2015 im Handelsregister gelöscht worden. Einzig aktuelle formelle und faktische Organe könnten gegenüber den Wettbewerbsbehörden für das Unternehmen handeln bzw. aussagen. Sei eine juristische Person Partei, so dürften ihre Organe nicht als Zeugen einvernommen werden, sondern sie seien als Partei zu befragen. Als Zeugen zu befragen seien dagegen Mitarbeiter ohne Organfunktion. Die Unterscheidung zwischen Partei und Zeugen bei juristischen Personen gründe

darin, dass die Organe die juristische Person repräsentierten und daher nicht als Drittperson, sondern als Partei zu betrachten seien. Nicht zu berücksichtigen seien die Nähe, welche die zu befragende Person zum Streitgegenstand habe, und ihr Interesse am Verfahrensausgang. Diesen Aspekten sei vielmehr im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.

**B.g** Mit Replik vom 30. September 2016 hält die Beschwerdeführerin unverändert an den bisher gestellten Anträgen fest.

**B.h** Mit Duplik vom 21. November 2016 hält die Vorinstanz unverändert an den im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 29. August 2016 gestellten Anträgen fest.

**B.i** Mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2018 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin auf, darzulegen, in welcher Form, hinsichtlich welcher konkreten Tätigkeiten, gestützt auf welche vertraglichen Grundlagen und in welchem zeitlichen Umfang Y. \_\_\_\_\_ nach seinem Ausscheiden als Prokurist für die Zweigniederlassung weiterhin für die Beschwerdeführerin tätig war bzw. ist.

**B.j** Mit Stellungnahme vom 2. Juli 2018 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren bisherigen Ausführungen und Anträgen fest.

**B.k** Mit Stellungnahme vom 11. Juli 2018 hält die Vorinstanz ebenfalls vollumfänglich an ihren bisherigen Ausführungen und Anträgen, insbesondere auch am Hauptantrag, der auf Nichteintreten lautet, 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 Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021]).

**1.1** Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung der Vorinstanz betreffend die Zeugeneinvernahme eines ehemaligen Bauführers und Leiters einer Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG, SR 251] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

**1.2** 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 deshalb gegeben (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde zudem frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.3** 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 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). Letzteres kann vorliegend ausgeschlossen werden, weshalb im Folgenden zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführerin vorliegend ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

#### **1.4**

**1.4.1** Mit dem Erfordernis des nicht wiedergutzumachenden 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 (vgl. 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.w.H.). 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; 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.w.H.).

Das schutzwürdige Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Zwischenentscheids kann namentlich wirtschaftlich begründet sein sowie der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen (vgl. MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2008, Art. 46 Rz. 10 f.). Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein (vgl. 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 und nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des BVGer A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2 m.w.H.).

**1.4.2** Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (vgl. 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.

**1.4.3** Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil oder kann mit der Gutheissung 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 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 teil-

weise materiell festlegen müssen (vgl. 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).

## 1.5

**1.5.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Zwischenverfügung bzw. die Durchführung der vorgesehenen Zeugeneinvernahme könne durchaus einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu Lasten der Beschwerdeführerin bewirken. Zwar treffe es zu, dass die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ im Rahmen der geplanten Zeugeneinvernahme nicht verwertbar sein würden, falls sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Befragung nicht als Zeugeneinvernahme hätte durchgeführt werden dürfen. Jedoch könnten die Aussagen auch dann nicht einfach aus den Köpfen der Verfahrensbeteiligten „gelöscht“ werden. Zudem würde das Verwertungsverbot nicht nur die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ betreffen, sondern darüber hinaus sämtliche Beweise unverwertbar machen, von denen nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie ohne die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ nicht gefunden oder erhoben worden wären. Diese Bedenken könnten nur beseitigt werden, wenn vor der Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ die Frage geklärt werde, ob dieser im vorliegenden Fall überhaupt als Zeuge einvernommen werden dürfe. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz sich vorliegend gerade erhoffe und auch beabsichtige, gestützt auf die Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ weitere Beweiserhebungen vornehmen zu können. Die Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtung der Zwischenverfügung seien daher erfüllt. Im Übrigen müsse auch aus verfahrensökonomischen Gründen vor einer allfälligen Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ die Frage geklärt werden, in welcher Form die Einvernahme stattfinden könne. Schliesslich habe das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren bereits mit der Zwischenverfügung vom 25. August 2016 entschieden, dass die Beschwerdeführerin einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleide, wenn die Zwischenverfügung nicht angefochten werden könne, und habe damit klar gemacht, dass auf die Beschwerde einzutreten sei.

**1.5.2** Die Vorinstanz ihrerseits bringt im Rahmen ihres Hauptstandpunkts vor, Anfechtungsobjekt bilde vorliegend eine Zwischenverfügung, welche keine materielle Rechtskraft entfalte. Die angefochtene Zwischenverfügung regle die Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme von Y.\_\_\_\_\_ nicht endgültig. Die WEKO sei nicht daran gebunden. Vielmehr werde die WEKO die Frage der Verwertbarkeit der Zeugeneinvernahme von Y.\_\_\_\_\_ erneut prüfen können. Zudem stehe es der Be-

schwerdeführerin vorliegend frei, die Frage der Verwertbarkeit der Zeugeneinvernahme in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats an die WEKO aufzuwerfen sowie in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung erneut zu rügen. Entscheidungsbehörde in kartellrechtlichen Untersuchungen sei die WEKO, welche in ihre Beurteilung wiederum nur verwertbare Beweismittel einbeziehen dürfe. Falls sie zum Schluss kommen sollte, dass die Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ nicht verwertbar sei, werde sie ihrem Entscheid ausschliesslich die zulässig erhobenen Beweismittel zugrunde legen dürfen. Daher habe es für die Beschwerdeführerin keine irreparablen Nachteile oder präjudizierende Wirkungen zur Folge, wenn die WEKO Kenntnis von den Aussagen von Y.\_\_\_\_\_ erlange. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts könne von der in der Sache entscheidenden Instanz erwartet werden, dass sie in der Lage sei, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen. Das Gleiche gelte auch für die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Fernwirkung eines allfälligen Beweisverbots. Auch das Argument, eine selbständige Anfechtbarkeit sei aus verfahrensökonomischen Gründen zu bejahen, greife nicht, da gerade Beschwerden gegen die Anordnung von Beweismassnahmen das erstinstanzliche Verfahren der Wettbewerbsbehörden verzögern würden. Zudem müsse sich das Bundesverwaltungsgericht bei Beschwerden gegen Beweismassnahmen unter Umständen mehrfach mit dem gleichen Fall auseinandersetzen. Schliesslich habe das Bundesverwaltungsgericht sich bereits in einem anderen kartellrechtlichen Verfahren (Beschwerdeverfahren B-8093/2015) mit den gleichen Fragen auseinandergesetzt und sei auf die Beschwerde nicht eingetreten. Es gebe für das Bundesverwaltungsgericht vorliegend keinen Anlass, von seiner eigenen Praxis abzuweichen.

**1.5.3** Vorab ist mit Bezug auf die von der Beschwerdeführerin angeführte Zwischenverfügung vom 25. August 2016 festzuhalten, dass diese einzig die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde betraf. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Erwägungen zu den Eintretensvoraussetzungen in der genannten Verfügung sind entsprechend auch einzig in diesem Zusammenhang zu verstehen. Wie die Vorinstanz richtig anmerkt, wurde die Verfügung daher vom Instruktionsrichter und nicht vom Gericht in Dreierbesetzung erlassen (Art. 21 i.V.m. Art. 23 VGG) und im Dispositiv wurde auch in keiner Weise festgehalten, dass auf die Beschwerde in der Hauptsache einzutreten sei. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist die Frage, ob auf die

Beschwerde der Beschwerdeführerin in der Hauptsache einzutreten ist, somit weiterhin offen und entsprechend zu prüfen.

**1.5.4** Strittig ist im vorliegenden Verfahren die Frage, ob ehemalige 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), 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 wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken könnte.

**1.5.5** Mit der Vorinstanz ist diesbezüglich grundsätzlich festzuhalten, dass die angefochtene Zwischenverfügung die Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme von Y.\_\_\_\_\_ tatsächlich nicht endgültig regelt. 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 gewonnen Erkenntnisse nicht verwertet werden. Dabei ist insbesondere mit Blick auf den Einwand der Beschwerdeführerin, wonach einmal gemachte Aussagen später nicht einfach aus den Köpfen der Verfahrensbeteiligten „gelöscht“ werden könnten, zu berücksichtigen, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der in der Sache entscheidenden Behörde bzw. der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich erwartet werden darf, 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 wiedergutzumachender Nachteil entsprechend verneint (vgl. Urteil des BVer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.5; Urteil des BGer 2C\_578/2017 vom 8. August 2017 E. 2.1).

**1.5.6** Im vorliegenden Fall wendet die Beschwerdeführerin sich jedoch – im Gegensatz zu den soeben zitierten Fällen – nicht gegen die verweiger- te 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 ehemaligen Organen bzw. Mitarbeitern berücksichtigt werden muss (hierzu materiell E. 4), darf dabei nicht als subsidiär zu der nachgelager- ten Möglichkeit der Verwertungseinrede aufgefasst werden. Andernfalls würde das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Ergebnis auf ein bloss- es 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; hierzu E. 2.2) und letztlich einem effektiven Rechtsschutz zuwider laufen 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 (vgl. E. 4.5.3 ff.).

Sodann ist bei der vorliegend zu beurteilenden Konstellation zu berück- sichtigen, dass im Falle, dass die Einvernahme als Zeuge, d.h. die Be- weiserhebung, durch die Vorinstanz im späteren Verlauf des Verfahrens als *per se* und damit vollumfänglich unzulässig beurteilt würde, möglich- erweise alle früheren Verfahrensschritte und Beweismassnahmen zu wiederholen wären. Dies wäre für die Beschwerdeführerin mit einem er- heblichen (Vertretungs-)Aufwand verbunden, der bei einer früheren ge- richtlichen Überprüfung vermieden werden könnte (vgl. Urteil des BVGer B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.4). Dieser Umstand wird vorlie- gend noch dadurch verstärkt, dass es sich bei der Frage, in welcher Art und Weise ehemalige Mitarbeiter und ehemalige Organe eines Unter- nehmens im Kartellverwaltungsverfahren einzuvernehmen sind, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt (so auch die Vor- instanz, vgl. Eingabe der Vorinstanz vom 30. Mai 2016 Rz. 11), welche in der Praxis noch nicht entschieden wurde und in der Lehre stark umstritten ist (vgl. hierzu E. 4).

Zwar macht die Vorinstanz mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwal- tungsgerichts vom 17. Februar 2016 (Beschwerdeverfahren B-8093/2015) geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht sich bereits in einem anderen kartellrechtlichen Verfahren mit den gleichen Fragen aus-

einandergesetzt habe und auf die Beschwerde nicht eingetreten sei. Jedoch hat das Bundesverwaltungsgericht in jenem Urteil sein Nichteintreten im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerinnen in dem damals zu beurteilenden Fall ihrer Begründungslast nicht nachgekommen seien (vgl. Urteil des BVerG B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.4). Ebendies kann der Beschwerdeführerin vorliegend jedoch nicht vorgeworfen werden, weshalb das von der Vorinstanz zitierte Urteil nicht mit dem hier zu beurteilenden Fall vergleichbar ist.

**1.5.7** Insgesamt kann demnach nicht ausgeschlossen werden, dass eine allenfalls unzulässige Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ als Zeuge und eine allfällige Verletzung des Auskunftsverweigerungsrechts der Beschwerdeführerin für Letztere einen nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs.1 Bst a VwVG zur Folge haben könnte (zur Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung über die Verpflichtung, ein Zeugnis abzulegen, und im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ebenfalls bejahend vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 14 Rz. 90). Zwecks Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes ist auf die Beschwerde gegen die selbständig eröffnete Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 deshalb einzutreten.

## 2.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Mai 2016 hat die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin, der von der Vorinstanz als Zeuge vorgeladene Y.\_\_\_\_\_ sei in dem in Frage stehenden Verfahren und unter Berücksichtigung des Gegenstands der Einvernahme als Vertreter der Beschwerdeführerin (Parteibefragung) und nicht als Zeuge zu befragen, abgewiesen. Sie macht geltend, Y.\_\_\_\_\_ sei unterdessen nicht mehr Organ der Beschwerdeführerin und könne daher auch nicht mehr für sie aussagen. Entsprechend sei er vorliegend nicht als Partei, sondern als Zeuge einzuvernehmen. Durch die Befragung von Y.\_\_\_\_\_ als Drittperson bzw. Zeuge werde das Verbot zum Selbstbelastungszwang (*nemo tenetur*-Grundsatz) nicht tangiert.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen diesen Entscheid der Vorinstanz und macht geltend, Y.\_\_\_\_\_ dürfe in dem in Frage stehenden und u.a. gegen sie gerichteten Verfahren unter Berücksichtigung des Gegenstands der Einvernahme nicht als Zeuge, sondern einzig als Partei einvernommen werden. Als Partei(-vertreter) der Beschwerdeführerin könne Y.\_\_\_\_\_ sich auf das der Beschwerdeführe-

rin zustehende Aussageverweigerungsrecht berufen. Die Einvernahme von Y. \_\_\_\_\_ als Zeuge verletze den *nemo-tenetur*-Grundsatz.

**2.1** Das Kartellsanktionsverfahren ist zunächst ein Verwaltungsverfahren (vgl. Urteil des BGer, 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Publikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 2.1.1). 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.; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 2.1.1, B-6513/2015 vom 18. Februar 2016, Alluvia, E. 4.2.2, 4.3; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 62, 79 ff.).

**2.1.1** 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 des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, 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. Editionsverweigerungsrecht eingeschränkt. So haben die Adressaten der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG Satz 2 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.– Franken bestraft (Art. 55 KG).

**2.1.2** 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 lit. 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 (Zeugnispflicht) 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 (Strafgesetzbuch, StGB, SR 311.0) tätigen und daher für falsche oder unvollständige Aussagen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden können.

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. 3.2.1) 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 lit. 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).

**2.1.3** 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 des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 80, m.w.H.).

**2.2** 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 Sanktionsdrohung als strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2, m.w.H.; BGE 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 verwaltungsverfahren-

rensrechtlichen Vorschriften auch die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV zu beachten sind (vgl. BGE 139 I 72, Publigruppe, 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 (zum Ganzen vgl. E. 4.3).

**2.2.1** Für die im Kartellverfahren geltende Auskunfts- 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 lit. 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 des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 98 ff.).

**2.2.2** 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 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.). Insbesondere im Hinblick auf die Verwendung von Informationen, die vom Beschuldigten im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens den Behörden zugänglich gemacht wurden, sowie mit Bezug auf die Frage, ob und in welchem Umfang auch juristische Personen sich auf den *nemo tenetur*-Grundsatz berufen können, besteht noch keine abschliessend geklärte Rechtslage (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 95 und Rz. 101 ff.).

### 3.

Die Beschwerdeführerin macht vorliegend geltend, Y.\_\_\_\_\_ sei in dem gegen sie gerichteten Untersuchungsverfahren der Vorinstanz nicht als Zeuge, sondern als Partei einzuvernehmen, weshalb er sich ebenfalls auf das der Beschwerdeführerin als juristischer Person zustehende Aussageverweigerungsrecht berufen könne.

### 3.1

**3.1.1** Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, dass zur Beurteilung der Stellung der einzuvernehmenden Person auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung, d.h. vorliegend auf den 30. Oktober 2012, abzustellen sei. Ein anderes Vorgehen hätte zur Folge, dass die Anzahl der zur Verfügung stehenden Zeugen mit fortschreitender Dauer des Verfahrens steigen würde. Dies könne in Anbetracht der den Unternehmen selbst zuzugestehenden Verteidigungsrechten offensichtlich nicht richtig sein. Darüber hinaus sei im Bereich des Zivilrechts nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Eintritt der Rechtshängigkeit der massgebliche Zeitpunkt, um festzustellen, ob einer Person Organfunktion zukomme oder nicht. Übertragen auf den vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung, d.h. am 30. Oktober 2012, massgebend seien.

Vorliegend habe Y.\_\_\_\_\_ bis zum 13. Februar 2015 eine Kollektivprokura zu zweien für die Zweigniederlassung (...) innegehabt und sei bis zum 28. Februar 2014 Leiter der Niederlassung gewesen. Er habe in diesem Zeitraum über wesentliche Entscheidungsbefugnisse verfügt. Deshalb sei er zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung ohne Zweifel als Parteivertreter und nicht als Zeuge zu befragen gewesen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Fragen, die Y.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Zeugeneinvernahme gestellt würden, sich vorliegend ausschliesslich auf Sachverhalte bezögen, die dieser im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wahrgenommen habe. Wäre er zur fraglichen Zeit nicht Bauführer und Leiter der Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin im Engadin gewesen, so hätte er die Fragen schlicht nicht beantworten können. Deshalb könne er auch kein Dritter im Sinne von Art. 42 KG sein. Hinzu komme, dass Y.\_\_\_\_\_ zwar mittlerweile nicht mehr täglich für die Beschwerdeführerin tätig sei, er jedoch weiterhin den aktuellen Bauführer der Beschwerdeführerin bei Bedarf unterstütze und im Falle von Abwesenheiten auch dessen Stellvertretung übernehme.

**3.1.2** Die Vorinstanz ihrerseits stellt sich auf den Standpunkt, dass Y.\_\_\_\_\_ in dem in Frage stehenden Verfahren nicht als Organ bzw. Vertreter einer Verfahrenspartei zu betrachten sei, weshalb er als Zeuge und nicht als Partei einzuvernehmen sei. Sie führt aus, dass die Beschwerdeführerin eine Aktiengesellschaft und damit eine juristische Person sei, welche durch ihre Organe handle. Y.\_\_\_\_\_ habe spätestens seit Mitte Februar 2015 (Löschung Kollektivprokura zu zweien im Handelsregister) keine Organstellung mehr bei der Beschwerdeführerin inne

gehabt – auch keine faktisch. Einzig aktuelle formelle und faktische Organe könnten gegenüber den Wettbewerbsbehörden für das Unternehmen handeln und aussagen. Gemäss Art. 15 des Verwaltungsverfahrensgesetzes unterliege jedermann der Zeugnispflicht. Nur die Parteien würden grundsätzlich nicht der Zeugnispflicht unterstehen. Sei eine juristische Person Partei, so dürften ihre Organe nicht als Zeugen einvernommen werden, sondern sie seien als Partei zu befragen. Als Zeugen zu befragen seien dagegen Mitarbeiter ohne Organfunktion. Die Unterscheidung zwischen Partei und Zeugen bei juristischen Personen gründe darin, dass die Organe die juristische Person repräsentierten und daher nicht als Drittperson, sondern als Partei zu betrachten seien. Nicht zu berücksichtigen seien die Nähe, welche die zu befragende Person zum Streitgegenstand habe, und ihr Interesse am Verfahrensausgang. Diesen Aspekten sei vielmehr im Rahmen der Beweismittelwürdigung Rechnung zu tragen. Da Y.\_\_\_\_\_ in dem in Frage stehenden Verfahren weder als Organ noch als Vertreter einer Verfahrenspartei zu betrachten sei, gelte er als Drittperson, welche gemäss Art. 42 KG als Zeuge einvernommen werden könne. Diese Rechtslage gelte nicht nur im Kartellrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten.

Darüber hinaus sei die verfahrensrechtliche Stellung der zu befragenden Person auch in der Sache gerechtfertigt. Wäre Y.\_\_\_\_\_ nämlich als Partei zu behandeln, wären seine Aussagen der Beschwerdeführerin zuzurechnen. Würde er die Beschwerdeführerin nun mit seinen Aussagen als Partei belasten, so wäre dies als Geständnis der Beschwerdeführerin zu werten. Dass ein ehemaliger Mitarbeiter für seine frühere Arbeitgeberin ein Geständnis ablegen könne, würde jedoch den Verteidigungsrechten der betreffenden Verfahrenspartei zuwiderlaufen. Denn die Beschwerdeführerin habe keine rechtliche Handhabe mehr, das Aussageverhalten ihres ehemaligen Mitarbeiters zu beeinflussen oder ihn vor belastenden Aussagen abzuhalten.

**3.2** 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. 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, 2008, Art. 6 Rz. 1 f. und 5; VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Praxiskomm. VwVG, Art. 6 Rz. 2 f.; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage 2012, Rz. 555 ff.).

**3.2.1** Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.1.2), 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 lit. 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; CHRISTIAN BOVET/YASMINE SABRY, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence (CR-LCart), 2. Aufl. 2013, Art. 42 Rz. 19; JÜRIG BICKEL/MARKUS WYSSLING, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], Kommentar KG, 2018, Art. 42 Rz. 25; in fine auch PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpflis 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.

**3.2.2** 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/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 582 ff.; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE 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 grund-

sätzlich 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 (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 29; BOVET/SABRY, CR-LCart, Art. 42 Rz. 35; BICKEL/WYSSLING, Komm. KG, Art. 42 Rz. 25; REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 4 ff.; WEISSENBERGER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 Rz. 5).

**3.2.3** 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 Verwaltungsverfahrenrecht jedoch grundsätzlich nach dem Zivilrecht (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN 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; BVGer, B-581/2012, 16. September 2016, *Nikon*, E. 2.1.1; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, §2 Rz. 31; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Aufl. 4 2009, S. 2392 f.). Faktische Organe sind sodann Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide 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, a.a.O., §2 Rz. 31a).

**3.2.4** Ist eine juristische Person Partei in einem (Kartell-)Verwaltungsverfahren, so sind ihre Organe daher ebenfalls Partei und nicht Dritte (vgl. ANDREAS GÜNGERICH/JÜRGE 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 Verteidiger

gungsrechte 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 [jedoch mit der Anmerkung, dass das Auskunftsverweigerungsrecht analog zur StPO ergänzt werden solle; hierzu sogleich E. 4]; 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. E. 4.4).

**3.2.5** 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: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 159 Rz. 7; CHRISTIAN LEU, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo 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; THOMAS WEIBEL/CLAUDIA 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: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans 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 lit. 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 Verwaltungsverfahren-

recht ist somit auch in rechtsvergleichender Hinsicht und insbesondere im Hinblick auf eine einheitliche und kongruente Rechtsordnung gerechtfertigt.

**3.3** 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. 3.2.3 f.).

Mit Bezug auf den von der Vorinstanz als Zeuge vorgeladenen Y.\_\_\_\_\_ steht sodann fest, dass dieser bis zu seiner Pensionierung bei der Beschwerdeführerin als Bauführer angestellt war und die Zweigniederlassung in (...) geleitet hat (vgl. Beilage 1 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. September 2016). Für Letztere besass er gemäss Handelsregister eine Kollektivprokura zu zweien. Er wurde indes Ende Februar 2014 pensioniert und seine Zeichnungsberechtigung für die Beschwerdeführerin wurde per 13. Februar 2015 im Handelsregister gelöscht (vgl. Beilage 3 zur Vernehmlassung vom 18. Mai 2016 sowie Beilage 9 zur Beschwerde vom 10. Juni 2016). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin bestand jedoch auf mündlicher Basis die Abmachung, dass die Beschwerdeführerin bei Bedarf weiterhin auf die Unterstützung von Y.\_\_\_\_\_ zurückgreifen kann. So sei Y.\_\_\_\_\_ seinem Nachfolger als Leiter der Zweigniederlassung bzw. der Beschwerdeführerin auch nach seiner Pensionierung beratend und unterstützend zur Seite gestanden und er habe weiterhin verschiedentlich Arbeitseinsätze bei der Beschwerdeführerin geleistet. Des Weiteren habe Y.\_\_\_\_\_ die Ferienvertretung seines Nachfolgers im Oktober 2014 übernommen. Die Nähe von Y.\_\_\_\_\_ zur Beschwerdeführerin zeige sich zudem auch dadurch, dass ersterer die Mobiltelefonnummer behalten habe, die er während seiner Zeit als Niederlassungsleiter der Beschwerdeführerin geschäftlich benutzt habe. Über diese Telefonnummer habe er auch nach dem Ausscheiden als Prokurist der Zweigniederlassung Telefonate entgegengenommen, die für die Beschwerdeführerin bestimmt gewesen seien. Er habe die entsprechende Information anschliessend jeweils der Beschwerdeführerin weitergeleitet.

**3.4** Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin ist für die Beurteilung der verfahrensrechtlichen Rolle von Y.\_\_\_\_\_ grundsätzlich auf das derzeitige Verhältnis bzw. auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einver-

nahme abzustellen. Die juristische Person als Verfahrenspartei kann nur durch ihre aktuellen Organe überhaupt im Verfahren vertreten werden. Nur die Aussagen von aktuellen Organen bzw. vertretungsberechtigten natürlichen Personen können der juristischen Person als Verfahrenspartei überhaupt zugerechnet werden, zumal ja auch nur die aktuellen Organe und Mitarbeiter den internen Weisungen und Beschlüssen der juristischen Person unterstehen (vgl. CLAIRE HUGUENIN/CHRISTOPHE PETER REITZE, in: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB [BSK-ZGB], 5. Aufl. 2014, Art. 54/55 Rz. 22 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., §2 Rz. 115). Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung könnte dabei zu der grotesken Situation führen, dass nicht mehr vertretungsberechtigte natürlichen Personen für ein Unternehmen als Partei aussagen könnten, während die zum Einvernahmezeitpunkt eigentlich vertretungsberechtigten und auch den internen Weisungen und Beschlüssen unterstehenden Organe dieses Unternehmens u.U. als Zeuge auszusagen hätten. Das Abstellen auf die aktuellen Verhältnisse entspricht ferner auch dem im Verwaltungsverfahren herrschenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG), aus welchem u.a. die Regel fließt, wonach selbst noch vor Bundesverwaltungsgericht neue tatsächliche Vorbringen und Beweismittel eingelegt werden dürfen (vgl. hierzu RHINOW/KOLLER ET AL., Öffentliches Prozessrecht, Rz. 1612). Im Übrigen wird auch in anderen Rechtsgebieten, namentlich im Zivil- und Strafprozess, für die Beurteilung der verfahrensrechtlichen Stellung auf die aktuellen Verhältnisse abgestellt (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, 2011, Art. 169 Rz. 10 und 15; ANDREAS DONATSCH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 178 Rn. 10).

Die von der Beschwerdeführerin eingebrachte Folgerung, dass die verfahrensrechtliche Rolle einer natürlichen Person damit u.a. auch von der Dauer des Untersuchungsverfahrens abhängt, ist dabei – gerade mit Blick auf eine einheitliche und kongruente Rechtsordnung – grundsätzlich hinzunehmen. Eine Ausnahme von der formalen Betrachtungsweise und damit ein Aufweichen der grundsätzlichen Trennung bzw. Unterscheidung von natürlicher und juristischer Person könnte sich höchstens in Fällen von offensichtlichem Rechtsmissbrauch aufdrängen, namentlich dann, wenn auf gesellschaftsrechtlicher Ebene die Voraussetzungen eines Durchgriffs gegeben sind (vgl. hierzu Urteile des BGer 4A\_417/2011 vom 30. November 2011 E. 2.3; 4A\_58/2011 vom 17. Juni 2011 E. 2.4.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., §2 Rz. 43 ff.; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilge-

setzbuch, 14. Aufl. 2015, §15 Rz. 12). Ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch wurde von der Beschwerdeführerin vorliegend jedoch nicht geltend gemacht und ist aufgrund der gesamten Umstände auch nicht ersichtlich.

**3.5** Mit der Vorinstanz ist demnach festzuhalten, dass aufgrund des Dargelegten davon auszugehen ist, dass Y.\_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin aktuell keine Organstellung (mehr) inne hat. Diese hat er mit seiner Pensionierung bzw. spätestens mit der Löschung seiner Zeichnungsberechtigung im Handelsregister per Februar 2015 verloren. Die Wahrnehmung von gelegentlichen, zeitlich eng begrenzten Stellvertretungseinsätzen, wie sie gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin von Y.\_\_\_\_\_ weiterhin, d.h. über seine Pensionierung hinaus, wahrgenommen würden, vermag für sich alleine ohnehin keine faktische Organstellung zu begründen. Auch ein eigentliches, über die Pensionierung hinaus bis jetzt andauerndes Arbeitsverhältnis muss gestützt auf die eingereichten Unterlagen verneint werden: Der letzte lohnrelevante Arbeitseinsatz von Y.\_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin fand offenbar im Oktober 2014 statt (vgl. Beilage 1 zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. Juli 2018 [Lohnbuchhaltung]), also vor vier Jahren. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht (mehr). Einzig die Tatsache, dass sich Y.\_\_\_\_\_ offenbar mündlich bereit erklärte, seinen Nachfolger bei Bedarf mit seiner Erfahrung zu unterstützen, sowie die offenbar persönlich empfundene enge Verbundenheit zum ehemaligen Arbeitgeber vermag letztlich kein über die Pensionierung hinausdauerndes Arbeitsverhältnis zu begründen, zumal es hierzu bereits an der Entgeltlichkeit mangelt (Art. 319 ff. OR; vgl. dazu JÜRIG BRÜHWEILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 319 Rz. 7; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 319 Rz. 2; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013, Rz. 9).

**3.6** Da Y.\_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin aktuell keine Organstellung und im Übrigen auch sonst keine Vertretungsbefugnis mehr inne hat, kann er in dem gegen sie gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren nach dem Gesagten 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.

Zwar wird in der Literatur zum Verwaltungsverfahrensgesetz darauf hingewiesen, dass eine Einvernahme als Zeuge aufgrund des strafrechtlich sanktionierten Zwangs zur Wahrheit (Art. 307 StGB) bei Personen, welche in einer besonderen Beziehung zum Verfügungsadressaten stehen oder von denen gar davon auszugehen ist, dass sie die Kriterien nach Art. 6 VwVG erfüllen und zur Beschwerde befugt sind, problematisch sei. In solchen Konstellationen wird daher propagiert, dass von solchen Personen lediglich Auskünfte i.S.v. Art. 12 Bst. c einzuholen seien, womit diese weder der Aussagepflicht unterstünden noch einer Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage unterliegen würden (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, 2008, Art 12 Rz. 36). Diese Einwände sind jedoch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das allgemeine Verwaltungsverfahren auf Bundesebene nur für „Dritte“ bzw. Zeugen eine Aussagepflicht unter Strafandrohung (Zeugeneinvernahme) vorsieht, während von den Verfahrensparteien einzig Auskünfte ohne Strafandrohung eingeholt werden können (Art. 12 lit. b VwVG). Eine Befragung von Parteien und ihnen zuzurechnenden Personen unter Straffolge könnte daher einem Verstoß gegen das dem Verwaltungsverfahrensgesetz immanente Verbot des Parteiverhörs gleichkommen (vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 Rz. 8). Das Kartellrecht geht jedoch – wie bereits ausgeführt – diesbezüglich über das Verwaltungsverfahrensgesetz hinaus, da es mit der Beweisaussage (Art. 42 KG) auch für Parteien die Einvernahme unter Straffolge und im Übrigen eine weitergehende Mitwirkungspflicht auch für Parteien vorsieht (Art. 40 KG; vgl. E. 2.1.2). Die Frage nach einer allfälligen Verletzung des Verbots des Parteiverhörs stellt sich im Kartellverfahren daher nicht. Vielmehr dürfte in Kartellsanktionsverfahren daher die Frage im Vordergrund stehen, ob Zeugeneinvernahmen unter Straffolge von Personen, die zwar selber nicht Partei i.S.v. Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG sind, jedoch in einer besonderen Beziehung zu einer Verfahrenspartei und/oder zum Einvernahmegegenstand stehen, mit den hier u.U. zu berücksichtigenden strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV vereinbar sind.

**3.7** Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass Y. \_\_\_\_\_ als ehemaliges Organ bzw. ehemaliger Mitarbeiter der Beschwerdeführerin nach den einschlägigen kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften grundsätzlich als Zeuge i.S.v. Art. 42 KG einvernommen werden kann.

Zu prüfen bleibt des Weiteren indes, ob und inwieweit allenfalls die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV und insbesondere der hieraus abgeleitete *nemo tenetur*-Grundsatz (vgl. E. 2.2.1

f.) vorliegend einer Einvernahme als Zeuge unter Straffolge entgegenstehen.

#### 4.

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Pflicht zur Mitwirkung nach Art. 42 KG durch das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*-Grundsatz) eingeschränkt werde. Auch Unternehmen könnten sich auf diesen *nemo tenetur*-Grundsatz berufen, wobei dieses Recht dem Unternehmen selbst zustehe und nicht auf die Geltendmachung durch bestimmte natürliche Personen beschränkt sei. Die Wettbewerbsbehörden könnten gemäss Art. 42 KG zwar Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten. Wenn sich eine kartellrechtliche Untersuchung gegen ein Unternehmen richte, sei dabei jedoch zu beachten, dass Unternehmen ausschliesslich durch natürliche Personen handeln und Rechte wahrnehmen könnten. Würden die natürlichen Personen, die für das Unternehmen handelten, als Zeugen einvernommen, so würde dies einen negativen Einfluss auf die Verteidigungsrechte des betreffenden Unternehmens haben. Dem Unternehmen würde diesfalls im Ergebnis die Möglichkeit entzogen, sich auf sein Aussageverweigerungsrecht zu berufen. Um dies zu vermeiden, werde in der Literatur deshalb gefordert, dass sich alle aktuellen und ehemaligen Mitarbeiter eines Unternehmens, das eines Kartellrechtsverstosses bezichtigt werde, auf das dem Unternehmen zustehende Aussageverweigerungsrecht berufen können müssten. Die entsprechenden Personen dürften in der Folge nicht als Zeugen befragt werden. Denn als solche könnten sie sich zwar auf ihr eigenes Aussageverweigerungsrecht berufen, nicht jedoch auf dasjenige des Unternehmens, welches inhaltlich nicht zwangsläufig mit ersterem übereinstimme.

Auch das Bundesverwaltungsgericht habe kürzlich bestätigt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 86), dass das kartellrechtliche Auskunftsverweigerungsrecht in formeller Hinsicht nicht auf die Geltendmachung durch bestimmte natürliche Personen beschränkt sei, sondern das Unternehmen selbst betreffe. Das den Unternehmen zustehende Aussageverweigerungsrecht sei jedoch völlig wirkungslos, wenn die für dieses Unternehmen handelnden Personen nicht die Möglichkeit hätten, sich darauf zu berufen.

Schliesslich sei zu beachten, dass gemäss Art. 178 Bst. g StPO als Auskunftsperson und nicht als Zeuge einzuvernehmen sei, wer in einem ge-

gen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreterin oder Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden sei oder bezeichnet werden könnte, sowie ihre oder seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Für sie gälten gemäss Art. 180 Abs. 1 StPO sinngemäss die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person.

**4.2** Die Vorinstanz ihrerseits führt aus, dass es ihrer Praxis entspreche, ehemalige Mitarbeiter sowie ehemalige Organe von Verfahrensparteien nicht als Parteien, sondern als Zeugen zu befragen. Durch die Befragung von Y.\_\_\_\_\_ als Drittperson werde das Verbot zum Selbstbelastungszwang (*nemo tenetur*-Grundsatz) nicht tangiert. Der *nemo tenetur*-Grundsatz solle lediglich verhindern, dass die Behörden Beweismittel durch unzulässige Zwangsmittel gegenüber beschuldigten Personen erlangten. Bei der Einvernahme einer nicht vertretungsbefugten Person sei aber nicht die Verfahrenspartei selber zur Aussage bzw. Selbstbelastung verpflichtet, sondern der Zeuge werde als natürliche Person befragt. Belastete der Zeuge seine (frühere) Arbeitgeberin, so würden dessen Aussagen der Verfahrenspartei nicht als eigene Aussagen bzw. als Geständnis zugerechnet. Vielmehr handle es sich um belastende Zeugenaussagen eines Dritten. Die Aussage- und Wahrheitspflicht, welche mit der Zeugenstellung einhergehe, beschränke sich vorliegend auf Y.\_\_\_\_\_, welcher seinerseits nicht mehr für die Beschwerdeführerin handeln könne. Seine eigenen Interessen könne Y.\_\_\_\_\_ wiederum im Rahmen der Zeugnisverweigerungsrechte geltend machen. Der *nemo tenetur*-Grundsatz sei weder dazu bestimmt, die Aufdeckung der Wahrheit zu verhindern, noch dazu, die Verfahrensparteien vor einer allfälligen Sanktionierung zu schützen. Vielmehr fliesse der *nemo tenetur*-Grundsatz aus den Persönlichkeitsrechten und aus dem Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren. Der Grundsatz verlange daher nicht, dass die Wettbewerbsbehörden den Verfahrensparteien möglichst umfassend Schutz vor belastenden Aussagen gewährten, etwa auch vor solchen Aussagen, die von Personen gemacht würden, die ausserhalb der Einflussphäre einer Verfahrenspartei stünden. Vielmehr seien die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, die materielle Wahrheit zu erforschen und das Kartellrecht durchzusetzen. Daran bestehe auch ein erhebliches öffentliches Interesse.

Die Normen der Strafprozessordnung seien auf kartellrechtliche Untersuchungen zwar nicht anwendbar. Y.\_\_\_\_\_ sei jedoch selbst dann nicht als Zeuge zu befragen und hätte kein Aussageverweigerungsrecht, wenn die Regeln des Unternehmensstrafrechts im Kartellverwaltungsverfahren angewendet würden. Es sei nicht ersichtlich und werde von der Be-

schwerdeführerin auch nicht begründet, weshalb ein Unternehmen in einem Kartellverfahren über einen weitergehenden Schutz verfügen sollte als in einem Strafverfahren.

**4.3** Die Schweizerische Praxis hat sich bis anhin – zumindest soweit ersichtlich – noch nicht zu der vorliegend strittigen Frage geäußert. Sie geht jedoch – gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung des EGMR (vgl. E. 2.2.1 f.) – davon aus, dass die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV und damit auch der *nemo tenetur*-Grundsatz grundsätzlich auch in Kartellsanktionsverfahren zu beachten sind (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2, m.w.H.; BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.2; vgl. bereits oben E. 2.2) und dass er grundsätzlich auch für juristische Personen gilt, da auch diese Träger verfahrensbezogener Grundrechte sind (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.6; Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.3.2; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz 81 ff., 95 ff.; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Mobilfunkterminierung, E. 5.7).

Indes kommt dem *nemo tenetur*-Grundsatz im wettbewerbsrechtlichen Sanktionsverfahren nach der unterdessen doch bereits mehrfach bestätigten Praxis keine absolute Geltung zu und er erfährt gleich in mehrerer Hinsicht Relativierungen (vgl. BGer, 2C\_1065/2014, 26. Mai 2016, Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon, E. 8.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 142 II 268]; BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5, m.w.H.; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.1, E. 8.1.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 651; vgl. auch Urteil des EGMR Jussila vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, Rz. 43). So hat das Bundesgericht bereits mehrfach festgehalten, dass das Schweigerecht ausserhalb des Kernstrafrechts und namentlich auch im Kartellsanktionsverfahren nicht in voller Strenge zu Anwendung gelange (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon, E. 8.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 142 II 268]; BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5, m.w.H.). Ferner wird betont, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz bei juristischen Personen differenziert zu umschreiben sei, weshalb bei juristischen Personen Einschränkungen zu beachten seien, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben würden (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4 und 3.3.6; Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon, E. 5.3.2; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz 81 ff., 95 ff.; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Mobilfunkterminierung,

E. 5.7). Hinzu kommen Einschränkungen aufgrund materieller Offenlegungs- und Dokumentationspflichten (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2010 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz 104, 118 ff.). Schliesslich wird der Schutz des Aussage- und Herausgabeverweigerungsrechts gerade auch im Kartellverfahren jeweils auf potenziell belastende Angaben beschränkt (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.4 ff.; Urteil des BVGer B-6595/2017 vom 24. Mai 2018 E. 4.2).

Insgesamt ist gemäss dem Spielbankurteil des Bundesgerichts daher ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben, um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu erforschen, was sachgerechte Anpassungen des grundsätzlich anwendbaren *nemo tenetur*-Grundsatzes an die jeweilige konkrete Situation zulässt bzw. gebietet (juristische oder natürliche Person, Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder implizite Schuldanererkennung, Qualität der Sanktion bei Vereitelung der Mitwirkungspflicht usw.; vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5; kritisch zu diesem Urteil JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, „Nemo tenetur“ light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen?, in: *forum poenale* 1/2015, S. 43 ff.; SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, in: *Jusletter* 24. November 2014),

**4.4** In der Kartellrechtslehre werden Voraussetzungen und Umfang eines aus Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 29 ff. BV hergeleiteten Rechts zur Aussageverweigerung im Kartellverfahren kontrovers diskutiert. Dies gilt nicht nur insbesondere für die Frage, inwieweit und in welchem Umfang sich juristische Personen als Unternehmensträger überhaupt auf ein solches Recht berufen können (vgl. hierzu BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 16 ff., m.w.H.; BORER, OFK-KG, Art. 40 N 4; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 238 ff., 257 ff.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: *Jusletter* vom 27. September 2004, Rz 16 ff., 23 ff.; RAUBER, a.a.O., S. 166 ff., m.w.H.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 578 ff., m.w.H.), sondern – gerade in jüngerer Zeit – auch für die eng damit zusammenhängende Frage, welche natürlichen Personen ein dem Unternehmen allenfalls zustehendes Aussageverweigerungsrecht letztlich geltend machen können (vgl. hierzu sogleich).

Ein Teil der Lehre teilt diesbezüglich die Ansicht der Vorinstanz und geht davon aus, dass die juristische Person im Kartellverfahren einzig durch ihre formellen und faktischen Organe verkörpert würde. Entsprechend könnten sich einzig natürliche Personen, welche bei der betroffenen juristischen Person aktuell Organstellung hätten, sich auf das Letzterer zustehende Recht zu Schweigen berufen. Alle übrigen natürlichen Personen ohne Organstellung (aktuelle Mitarbeiter, ehemalige Organe) könnten – sozusagen unabhängig von ihrer „Nähe“ zur juristischen Person – als Zeugen unter Straffolge einvernommen werden und sich daher nur auf ihr eigenes Aussageverweigerungsrecht berufen, nicht hingegen auf jenes der juristischen Person. Sie könnten die Aussage daher nicht verweigern, wenn sie dadurch nicht sich selbst oder ihr nahstehende Personen, sondern einzig das Unternehmen belasten würden (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 19, 29, 35; BOVET/SABRY, CR-LCart, Art. 42 Rz. 20 f., 31 f. [jedoch mit Hinweis, dass das Auskunftsverweigerungsrecht ihrer Ansicht nach auf die direkten Mitarbeiter der Vertreter erstreckt werden solle]; BICKEL/WYSSLING, Komm. KG, Art. 42 Rz. 49 ff.; REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 5). Mit Bezug auf diese natürlichen Personen ohne Organstellung wird dabei teilweise die Ansicht vertreten, dass namentlich Arbeitnehmer, die selbst in eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung involviert gewesen seien, sich auf das ihnen persönlich zustehende Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 42 BZP) berufen könnten, da sie aufgrund ihres Verhaltens damit rechnen müssten, dass ihr Arbeitgeber Schadenersatz verlange und ihnen somit ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden drohe (vgl. REINERT, SHK-KG, Art. 42 Rz. 8). Andere wiederum sind hingegen der Ansicht, dass allfällige finanzielle Folgen aus der Zeugenaussage für den Mitarbeiter aufgrund der fehlenden Unmittelbarkeit keinen Zeugnisverweigerungsgrund darstellten (vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 35).

Ein wiederum anderer Teil der Lehre vertritt aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters der Sanktionen nach Art. 49a KG die Ansicht, dass zur Bestimmung der zum Recht zu schweigen berechtigten Personen im Kartellverwaltungsanktionsverfahren auf die Grundsätze des Strafprozesses abzustellen sei. In Anlehnung an Art. 178 Bst g i.V.m. 180 StPO wird daher propagiert, auch den direkten Mitarbeitern von Personen mit Organfunktion ein Schweigerecht zuzugestehen (vgl. BOVET/SABRY, CR-LCart, Art. 42 Rz. 32; wohl auch MARTIN REIMANN, Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG, 2016, Rz. 152).

Ein nochmals anderer Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass es – angesichts des strafrechtsähnlichen Charakters der direkten Kartellsanktionen – mit den strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Prinzipien insgesamt nicht vereinbar sei, Mitarbeiter eines betroffenen Unternehmens ohne Organfunktion bzw. Dritte, die in einer besonderen Beziehung zu einer Verfahrenspartei stehen, als Zeugen einzuvernehmen (vgl. WASER, a.a.O., S. 87 ff.; ROGER THOMI/HERBERT WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, in: Jusletter vom 13. Juni 2016, Rz. 17 f.). Es wird daher vorgeschlagen, eine solche Person – anlehnend an die Beweisfiguren im Strafrecht – lediglich als Auskunftsperson (vgl. Art. 178 ff. StPO) zu befragen. Als solche sei sie – im Gegensatz zum Zeugen – nicht zur Aussage verpflichtet und unterstehe nicht der für Zeugen geltenden Wahrheitspflicht unter Straffolge (vgl. WASER, a.a.O., S. 87 ff.). Schliesslich wird auch die Ansicht vertreten, dass dem Unternehmen analog zur Regelung in Art. 112 StPO die Wahl der vertretungsberechtigten Person selbst zustehe, weshalb diese Organe wie auch andere Mitarbeiter des Unternehmens als Partei zu befragen seien, wenn sie vom Unternehmen als Vertreter bestimmt werden. Diesen komme dann das Recht zu Schweigen bzw. das Aussageverweigerungsrecht des Unternehmens zu (vgl. WASER, a.a.O., S. 89 f.)

## 4.5

**4.5.1** Wie bereits ausgeführt, ist das Kartellverfahren vorab ein Verwaltungsverfahren. Auch wenn Sanktionen nach Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gelten, unterliegt das Verfahren vor der Vorinstanz landesrechtlich – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich nicht der Strafprozessordnung, sondern dem Kartell- und dem Verwaltungsverfahrensgesetz (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E.3.3.1). Ausgangspunkt bildet daher die bereits dargelegte Rechtslage nach dem Kartellgesetz (vgl. E. 3). Sie gilt – gemäss Art. 190 BV – soweit sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht steht (vgl. CHRISTOPH AUER, Komm. VwVG, Art. 13 Rz. 8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 162 f.; MARTIN RAUBER, a.a.O., S. 167).

**4.5.2** Dabei ist im vorliegenden Kontext zu beachten, dass ein Kartellverfahren zwar strafrechtsähnlichen Charakter haben kann – dies jedoch nicht zwingend haben muss. Die Frage, ob die Einvernahme als Zeuge mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz zu vereinbaren ist, kann sich überhaupt nur und erst dann stellen, wenn die Vorinstanz in Betracht zieht, die hieraus resultierenden Aussagen für eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu verwenden. Steht eine Sanktionierung der

Beschwerdeführerin – etwa aus den in Art. 49a Abs. 2 oder 3 KG genannten Gründen – ausser Betracht, so kann sich – zumindest mit Bezug auf Y.\_\_\_\_\_ – die Frage nach einem auf Art. 6 EMRK gestützten erweiterten Aussageverweigerungsrecht von vornherein nicht stellen. Die Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ als Zeuge tangiert den *nemo tenetur*-Grundsatz demnach zumindest so lange nicht, als eine solche Einvernahme den Wettbewerbsbehörden einzig zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts i.S.v. Art. 12 ff. VwVG dient. Wird eine solche Einvernahme hingegen im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung der Beschwerdeführerin durchgeführt, so stellt sich indes die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Einvernahme als Zeuge (unter Straffolge) mit dem der Beschwerdeführerin zukommende Recht zu Schweigen.

**4.5.3** Auch wenn jedoch vorliegend die Möglichkeit einer Sanktionierung der Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG bestünde, so ist ferner zu berücksichtigen, 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. Ein gewissermassen „absolutes“ und „vorgreifendes“ Verbot, ehemalige Organe als Zeugen einzuvernehmen, entspricht daher nicht der durchaus differenzierten Rechtsprechung zum Geltungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes im verwaltungsrechtlichen (Kartell-)Sanktionsverfahren und widerspricht letztlich auch dem ebenfalls wesentlichen öffentlichen Interessen an der Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften und damit der Verhinderung von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 96 BV). Der in der Lehre teilweise vertretenen Ansicht, wonach es mit den strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Prinzipien insgesamt nicht vereinbar sei, Mitarbeiter eines betroffenen Unternehmens ohne Organfunktion bzw. Dritte, die in einer besonderen Beziehung zu einer Verfahrenspartei stehen, als Zeugen einzuvernehmen (vgl. E. 4.4), kann bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden.

Denn der *nemo tenetur*-Grundsatz gilt – wie bereits dargelegt (vgl. E 2.2.1 f. und E. 4.3) – sowohl nach der Rechtsprechung des EGMR als insbesondere auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht uneingeschränkt. Gerade bei Angaben rein tatsächlicher Art sind grundsätzlich Einschränkungen denkbar (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, insb. E. 3.3.4 f.; Urteile des EGMR O’Halloran & Francis §57 und Weh §53 f.).

Zwar ist die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche zwischen Angaben „rein tatsächlicher Art“ und Angaben, die das „Eingeständnis einer Zuwiderhandlung“ enthalten, unterscheidet und nur für Letztere das Verbot des Selbstbelastungszwangs gelten lässt (vgl. Urteile des EuGH, C-407/04 P, vom 25. Januar 2007, Dalmine, Rz. 34, C-374/87, vom 18. Oktober 1989, Orkem, Rz. 34), in der schweizerische Lehre höchst umstritten (zustimmend: STEFAN BILGER, BSK-KG, Art. 40 Rz. 19; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 119; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskomm. VwVG, Art. 13 Rz. 89; die Unterscheidung ebenfalls übernehmend: Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008, S. 86, Rz 302; ablehnend: NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, vor Art. 49a Rz. 260; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 21; MICHAEL TSCHUDIN, Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung, in: AJP 2016, S.334). Die schweizerische Praxis scheint sich jüngst jedoch ebenfalls grundsätzlich für eine entsprechende Differenzierung auszusprechen – wenn auch der genaue Umfang noch nicht restlos geklärt ist (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.3 ff.; Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz 110, B-6595/2017 vom 24. Mai 2018 E. 4 in fine; kritisch JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, „Nemo tenetur“ light bei strafähnlichen Verwaltungsanktionen?, in: forumpoenale 1/2015, S. 43 ff.; SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, in: Jusletter 24. November 2014 [je mit Bezug auf das Spielbank-Urteil des Bundesgerichts]). Letztlich ist auch diesbezüglich jeweils eine Beurteilung der konkreten Umstände im Einzelfall vorzunehmen (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5.; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 110), weshalb selbst im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung der Beschwerdeführerin eine Einvernahme von Y. \_\_\_\_\_ als Zeuge nicht *per se* und zum Voraus als unzulässig gelten kann. Die Beschwerde ist daher bereits aus diesem Grund grundsätzlich abzuweisen.

**4.5.4** Ungeachtet dessen kann der Vorinstanz jedoch nicht gefolgt werden, soweit sie ausführt, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz in der vorliegenden Konstellation überhaupt nicht erst tangiert werden könne. Zwar trifft es zu, dass bei der Einvernahme einer nicht vertretungsbefugten Person an und für sich nicht die Verfahrenspartei selber zur Aussage bzw. Selbstbelastung verpflichtet wird. Vielmehr wird „nur“ der Zeuge als natür-

liche Person befragt und dessen Aussagen können der Verfahrenspartei nicht direkt zugerechnet werden. Ein Schuldeingeständnis im eigentlichen Sinn ist aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit der Aussage zur juristischen Person in einer solchen Konstellation in der Tat nicht denkbar.

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ sich vorliegend – zumindest soweit ersichtlich – im Wesentlichen auf Sachverhalte bezieht, die dieser im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin wahrgenommen hat. Er steht aufgrund seiner ehemaligen Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin somit in einem besonders nahen Verhältnis sowohl zur Verfahrenspartei als auch zum Einvernahmegegenstand. Dabei ist zu beachten, dass Y.\_\_\_\_\_ persönlich als natürliche Person nicht nach Art. 49a KG gebüsst werden kann. Vielmehr wird sein damaliges Verhalten als Organ bzw. Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Beurteilung der Beschwerdeführerin als juristischer Person zugerechnet. Als Zeuge untersteht Y.\_\_\_\_\_ indes der Wahrheitspflicht, mit der Folge, dass er für falsche oder unvollständige Aussagen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden kann (Art. 307 i.V.m. Art. 309 StGB). Der auf ihn ausgeübte Druck ist mithin also erheblich. Dabei kann er sich zwar uneingeschränkt auf sein persönliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Dies wäre insbesondere dort denkbar, wo die Vorinstanz ihm Fragen zu seinem damaligen Verhalten als Organ der Beschwerdeführerin unterbreitet und ihm allenfalls die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung bzw. Betrug droht oder Schadenersatzforderungen aus Verantwortlichkeit gegen ihn erhoben werden könnten (Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP; vgl. hierzu statt vieler GÜNGERICH/BICKEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 16, Rz. 15 ff.). Kommt jedoch einzig eine Sanktionierung nach Art. 49a KG in Betracht, so kann Y.\_\_\_\_\_ sich – mangels persönlicher Betroffenheit – nach dem Gesagten nicht auf sein persönliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Dies namentlich im Unterschied zum Unternehmensstrafrecht, wo die Verantwortlichkeit des Unternehmens im Strafverfahren voraussetzt, dass eine natürliche Person ein Vergehen oder Verbrechen verübt hat (Art. 102 StGB). Die involvierten natürlichen Personen werden im Strafrecht daher selber als Beschuldigte oder in Anwendung von Art. 178 lit. d und f StPO als Auskunftsperson mit Aussageverweigerungsrecht einvernommen, weshalb die Beschränkung des dem Unternehmen zuzurechnenden Personenkreises auf vertretungsberechtigte Personen und deren nächste Mitarbeiter (Art. 112 StPO i.V.m. Art. 178 lit. g StPO) im Hinblick auf das Aussageverweigerungsrecht weniger ins Gewicht fällt (vgl. THOMI/WOHLMANN, a.a.O. Rz.

17; WASER, a.a.O., S. 90). Der Einwand der Vorinstanz, wonach einem Unternehmen in einem Kartellverfahren nicht ein weitergehender Schutz gewährt werden dürfe als in einem Strafverfahren, greift daher nicht.

**4.5.5** Eine quasi unbeschränkte Einvernahme von Y.\_\_\_\_\_ als Zeuge wäre vorliegend demnach durchaus geeignet, das aus Art. 6 EMRK fließende Schweigerecht der Beschwerdeführerin letztlich zu unterlaufen. Dies wäre mit dem Ziel und Zweck der EMRK, praktische und effektive Rechte zu gewährleisten (sog. Grundsatz von *effet utile* bzw. *principle of effectiveness*; vgl. Urteile des EGMR Artico gegen Italien vom 13. Mai 1980, 6694/74, Rz. 33; Klass gegen Deutschland vom 6. September 1978, Cour Plénière, 5029/71, § 34; Chassagnou und andere gegen Frankreich vom 29 April 1999, Grosse Kammer, 25088/94, 28331/95 und 28443/95, Rz. 100; Kommunistische Partei Türkei und andere gegen Türkei vom 30. Januar 1998, 133/1996/752/951, Rz. 33; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer [Hrsg.], Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Einleitung Rz. 26; THEODOR SCHILLING, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. 2016, Rz. 34) jedoch nicht vereinbar. Entsprechend darf die Vorinstanz Y.\_\_\_\_\_ nicht uneingeschränkt als Zeuge einvernehmen. Eine Einvernahme als Zeuge ist nach dem Gesagten nur 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. Eine Aussage als Zeuge unter Straffolge kommt indes nicht in Betracht im Hinblick auf Fragen, welche letztlich zu einer impliziten Schuldanererkennung der Beschwerdeführerin führen könnten (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5). Hier böte sich – *a majore ad minus* – lediglich eine Befragung als Auskunftsperson an (Art. 12 Bst. c VwVG; vgl. hierzu u.a. AUER, Komm. VwVG, Ar. 12 Rz. 36), d.h. eine Befragung ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht und ohne Strafandrohung bei Falschaussage sowie mit dem Recht, die Aussage zu verweigern.

Wo genau die Linie zwischen den im Rahmen einer formellen Zeugenbefragung zulässigen und den unzulässigen Fragen verläuft, kann dabei aber nicht zum Vornherein abstrakt beantwortet werden. Vielmehr ist hierbei jeweils auf die konkrete Fragestellung sowie letztlich auch auf die Verwendung der daraus resultierenden Aussagen im weiteren Verlauf des Verfahrens abzustellen. Eine abschliessende und umfassende Beurteilung der Zulässigkeit einzelner Fragen kann deshalb regelmässig erst im

Rahmen der materiellen Endverfügung bzw. in einem allenfalls hiergegen gerichteten Rechtsmittelverfahren erfolgen.

Dies mag zwar im Einzelnen – wie von einem Teil der Lehre grundsätzlich zu Recht kritisiert (vgl. E. 4.5.3) – mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden sein. Solange der Gesetzgeber jedoch davon absieht, im Rahmen eines spezifischen Kartellverfahrensgesetzes präzise und klare Regeln für die dargelegten Spannungsverhältnisse im Kartellverfahren einzuführen, bleibt der Judikative letztlich nichts anderes übrig, als jeweils einen angemessenen Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben und dabei eine sachgerechte Anpassungen des *nemo tenetur*-Grundsatzes auf die jeweilige konkrete Situation im Einzelfall vorzunehmen.

#### 5.

Zusammenfassend erweist sich eine Einvernahme von Y. \_\_\_\_\_ als Zeuge im Untersuchungsverfahren 22-0457 (Bauleistungen Graubünden) 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. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen. Die Vorinstanz ist jedoch gehalten, bei der Einvernahme die dargelegten, aus Art. 6 EMRK fließenden Grenzen zu beachten.

#### 6.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich 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]). Sie sind ihr vorliegend jedoch teilweise zu erlassen, da sie materiell teilweise ebenfalls durchgedrungen ist, ohne dass sich dies im Dispositiv niedergeschlagen hätte (Art. 6 Bst. b VGKE). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE) und ist vorliegend auf Fr. 5'000.– festzusetzen, wovon der Beschwerdeführerin jedoch Fr. 2'000.– erlassen werden. Die verbleibende Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**7.**

Dieser Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.– werden im Umfang von Fr. 3'000.– der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Julia Haas

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die 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: 20. September 2018