

**2018 IV/12**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II  
i.S. X. AG gegen Wettbewerbskommission  
B-3099/2016 vom 17. September 2018

**Kartellsanktionsverfahren. Einvernahme eines ehemaligen Mitarbeiters beziehungsweise Organs eines Unternehmens als Zeuge in einem gegen dieses Unternehmen gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren. Zulässigkeit mit Blick auf das Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (nemo-tenetur-Grundsatz).**

**Art. 31, Art. 32 BV. Art. 6, Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG. Art. 39, Art. 40, Art. 42 KG. Art. 6 EMRK.**

1. Nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG durch allenfalls unzulässige Einvernahme als Zeuge beziehungsweise Verletzung des Verbots des Selbstbelastungszwangs (E. 1.5).
2. Als Zeuge kommt grundsätzlich jedermann infrage, der nicht Verfahrenspartei ist (E. 3.2.2).
3. Ist eine juristische Person Partei in einem (Kartell-)Verwaltungsverfahren, so sind deren Organe ebenfalls Partei und nicht Dritte. Den übrigen Angehörigen juristischer Personen fehlt es hingegen regelmässig an einer Parteistellung, weshalb sie grundsätzlich als Zeugen einzuvernehmen sind und als solche der Zeugnispflicht unterstehen (E. 3.2.4).
4. Für die Beurteilung der verfahrensrechtlichen Rolle ist auf die aktuellen beziehungsweise die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einvernahme abzustellen (E. 3.4).
5. Geltungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes im verwaltungsrechtlichen Kartellsanktionsverfahren (E. 4.3).
6. Der nemo-tenetur-Grundsatz schliesst eine Einvernahme ehemaliger Organe als Zeugen im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren nicht per se und zum Voraus aus (E. 4.5.3).
7. Aus dem nemo-tenetur-Grundsatz fliessende Schranken einer solchen Zeugeneinvernahme (E. 4.5.5).

**Procédure en vue du prononcé d'une sanction en matière de cartels. Audition d'un ancien collaborateur respectivement d'un organe d'une entreprise dans le cadre d'une procédure d'enquête en droit des cartels dirigée contre ladite entreprise. Licéité eu égard au droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer (principe nemo tenetur).**

**Art. 31, art. 32 Cst. Art. 6, art. 46 al. 1 let. a PA. Art. 39, art. 40, art. 42 LCart. Art. 6 CEDH.**

1. Préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA du fait de l'audition le cas échéant illicite en qualité de témoin ou d'une violation du droit de ne pas s'auto-incriminer (consid. 1.5).
2. Peut en principe être entendu en qualité de témoin quiconque n'est pas partie à la procédure (consid. 3.2.2).
3. Si une personne morale est partie à une procédure administrative (en droit des cartels), ses organes sont également des parties et non des tiers. En revanche, la qualité de partie est en règle générale déniée aux autres individus relevant de la personne morale, de sorte que ceux-ci doivent en principe être entendus en qualité de témoins et sont, à ce titre, soumis à l'obligation de témoigner (consid. 3.2.4).
4. Pour déterminer le rôle procédural, il convient de considérer respectivement la situation actuelle et/ou celle au moment de l'audition (consid. 3.4).
5. Champ d'application du principe nemo tenetur dans la procédure de droit administratif tendant au prononcé d'une sanction en matière de cartels (consid. 4.3).
6. Le principe nemo tenetur n'exclut pas en soi ni a priori l'audition d'un ancien organe en qualité de témoin dans une procédure tendant au prononcé d'une sanction en droit des cartels (consid. 4.5.3).
7. Limitations à une telle audition de témoins découlant du principe nemo tenetur (consid. 4.5.5).

**Procedura di sanzione in materia di cartelli. Audizione di un ex collaboratore rispettivamente un ex organo di un'impresa in qualità di testimone nell'ambito di una procedura di inchiesta in materia di cartelli avviata nei confronti della stessa impresa. Liceità dell'audizione**

dal profilo della facoltà di non rispondere e del diritto di non auto-incriminarsi (principio nemo tenetur).

Art. 31, art. 32 Cost. Art. 6, art. 46 cpv. 1 lett. a PA. Art. 39, art. 40, art. 42 LCart. Art. 6 CEDU.

1. Pregiudizio irreparabile ai sensi dell'art. 46 cpv. 1 lett. a PA, derivante da un'audizione eventualmente illecita come testimone, ossia dalla violazione del divieto dell'obbligo di autoincriminarsi (consid. 1.5).
2. Di principio può deporre in qualità di testimone chiunque non sia parte alla procedura (consid. 3.2.2).
3. Se una persona giuridica è parte in causa in una procedura amministrativa (in materia di cartelli), hanno qualità di parte – e non di terzi – anche i suoi organi. Di regola, invece, gli altri appartenenti a persone giuridiche non hanno qualità di parte, e quindi devono di principio essere sentiti come testimoni e soggiacciono in quanto tali all'obbligo di testimoniare (consid. 3.2.4).
4. Per valutare il ruolo procedurale occorre basarsi rispettivamente sulla situazione attuale o quella esistente al momento dell'audizione (consid. 3.4).
5. Campo d'applicazione del principio « nemo tenetur » nell'ambito nella procedura amministrativa di sanzione in materia di cartelli (consid. 4.3).
6. Il principio « nemo tenetur » non esclude in linea di principio e a priori l'audizione di ex organi in veste di testimoni nell'ambito di una procedura di sanzione in materia di cartelli (consid. 4.5.3).
7. Restrizioni poste all'audizione di testimoni derivanti dal principio « nemo tenetur » (consid. 4.5.5).

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO, nachfolgend auch: Vorinstanz) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) sowie gegen weitere im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG (SR 251) wegen des Verdachts auf unzulässige Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin.

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

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

Mit Zwischenverfügung vom 13. Mai 2016 wies die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin, auf die Zeugeneinvernahme von Y. zu verzichten, ab, entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und auferlegte die Kosten für die Zwischenverfügung der Beschwerdeführerin.

Mit Eingabe vom 10. Juni 2016 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 und beantragt, diese sei teilweise aufzuheben und es sei der Vorinstanz zu untersagen, Y. im Untersuchungsverfahren der WEKO als Zeugen einzuvernehmen.

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.

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

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

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

*Aus den Erwägungen:*

## **1.5**

**1.5.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Zwischenverfügung beziehungsweise die Durchführung der vorgesehenen Zeugeneinvernahme könne durchaus einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zulasten 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 selbstständige 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 klargemacht, 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 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. 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 selbstständige 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 (Urteil B-8093/2015 vom 17. Februar 2016) 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 EMRK sowie Art. 31 und Art. 32 BV 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 gewonnenen 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 beziehungsweise 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 BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.5; Urteil 2C\_578/2017 E. 2.1).

**1.5.6** Im vorliegenden Fall wendet die Beschwerdeführerin sich jedoch – im Gegensatz zu den soeben zitierten Fällen – nicht gegen die verweigte 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 angeforderte selbstständige Recht auf Auskunfts- und Editionsverweigerung, welches allenfalls auch mit Blick auf die Befragung oder Einvernahme von ehemaligen Organen beziehungsweise Mitarbeitern berücksichtigt werden muss (hierzu materiell E. 4), darf dabei nicht als subsidiär zu der nachgelagerten Möglichkeit der Verwertungseinrede aufgefasst werden. Andernfalls würde das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Ergebnis auf ein

blosses Verwertungsverbot reduziert, was sich kaum mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vertrüge (vgl. Urteil des BVerfG B–6595/2017 vom 24. Mai 2018 E. 1.2.3; [...]) und letztlich einem effektiven Rechtsschutz zuwiderlaufen würde. Dies gilt zumindest dann, wenn es um die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Einvernahme als Zeuge an sich geht und nicht – anknüpfend hieran – lediglich um die Zulässigkeit der konkreten Fragen im Einzelnen (vgl. E. 4.5.3 ff.).

Sodann ist bei der vorliegend zu beurteilenden Konstellation zu berücksichtigen, dass im Falle, dass die Einvernahme als Zeuge, das heisst die Beweiserhebung, durch die Vorinstanz im späteren Verlauf des Verfahrens als per se und damit vollumfänglich unzulässig beurteilt würde, möglicherweise alle früheren Verfahrensschritte und Beweismassnahmen zu wiederholen wären. Dies wäre für die Beschwerdeführerin mit einem erheblichen (Vertretungs-)Aufwand verbunden, der bei einer früheren gerichtlichen Überprüfung vermieden werden könnte (vgl. Urteil des BVerfG B–6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.4). Dieser Umstand wird vorliegend noch dadurch verstärkt, dass es sich bei der Frage, in welcher Art und Weise ehemalige Mitarbeiter und ehemalige Organe eines Unternehmens im Kartellverwaltungsverfahren einzuvernehmen sind, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt (so auch die Vorinstanz [...]), welche in der Praxis noch nicht entschieden wurde und in der Lehre stark umstritten ist (vgl. E. 4).

Zwar macht die Vorinstanz mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B–8093/2015 geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht sich bereits in einem anderen kartellrechtlichen Verfahren mit den gleichen Fragen auseinandergesetzt habe und auf die Beschwerde nicht eingetreten sei. Jedoch hat das Bundesverwaltungsgericht in jenem Urteil sein Nicht-eintreten im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerinnen in dem damals zu beurteilenden Fall ihrer Begründungslast nicht nachgekommen seien (vgl. Urteil B–8093/2015 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 wiedergutzumachenden 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. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 14 N. 90, nachfolgend: Praxiskommentar). Zwecks Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes ist auf die Beschwerde gegen die selbstständig eröffnete Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2016 deshalb einzutreten.

2. (...)

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 juristische 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, das heisst 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 Verteidigungsrechte 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, das heisst am 30. Oktober 2012, massgebend seien.

Vorliegend habe Y. bis zum 13. Februar 2015 eine Kollektivprokura zu zweien für die Zweigniederlassung in A. 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 infrage stehenden Verfahren nicht als Organ beziehungsweise 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 innegehabt – auch keine faktische. Einzig aktuelle formelle und faktische Organe könnten gegenüber den Wettbewerbsbehörden für das Unternehmen handeln und aussagen. Gemäss Art. 15 VwVG 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 Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Da Y. in dem infrage 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 von 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. Urteil des BGer 2C\_1054/2012 vom 5. Juni 2013 E. 4.1; ASTRID WASER, Verfahrensrechte der Parteien – neueste Entwicklungen, in: Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, 2014, 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: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 6 N. 1 f. und 5, nachfolgend: Kommentar VwVG; MARANTELLI/HUBER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 6 N. 2 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, N. 555 ff.).

**3.2.1** Wie bereits ausgeführt ([...]), kann die Vorinstanz nach Art. 42 Abs. 1 KG « Dritte » als Zeugen einvernehmen und « die von einer Untersuchung Betroffenen » zur Beweisaussage verpflichten. Auch das VwVG sieht in Art. 12 Bst. c 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. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 42 N. 13, nachfolgend: BSK-KG; BOVET/SABRY, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 42 N. 19, nachfolgend: CR-LCart; BICKEL/WYSSLING, in: Kommentar KG, 2018, Art. 42 N. 25; in fine auch PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 42 N. 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* » beziehungsweise « *le parti all'inchiesta* » spricht. Zudem entspricht eine solche Auslegung auch Art. 64 BZP (SR

273), 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 VwVG immanenten funktionalen Zweiteilung von Verfahrensbeteiligten in « von der Untersuchung Betroffene beziehungsweise Parteien » und « Dritte » (vgl. hierzu WASER, a.a.O., S. 82; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., N. 583 ff.; RHINOW et al., 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 im Sinne von Art. 42 KG zu gelten. Als Zeuge kommt demnach grundsätzlich jedermann infrage, der nicht als Partei im Verfahren gilt, das heisst alle, welche die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 VwVG nicht erfüllen und daher kein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Verfahrensausgang haben (vgl. BANGERTER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 29; BOVET/SABRY, CR-LCart, a.a.O., Art. 42 N. 35; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., Art. 42 N. 25; REINERT, a.a.O., Art. 42 N. 4 f.; WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 14 N. 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 KG noch das VwVG enthalten diesbezüglich eine Regelung. Die Partei- und Prozessfähigkeit bestimmt sich im Verwaltungsverfahrensrecht jedoch grundsätzlich nach dem Zivilrecht (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Rz. 469 und 500; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., N. 551 ff. und 585 ff.; RHINOW 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, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 19; RHINOW et al., a.a.O., Rz. 868a; MARANTELLI/HUBER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 6 N. 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., Art. 716b OR; vgl. BGE 114 V 213 E. 4; Urteil des BVGer B–581/2012 vom 16. September 2016,

« Nikon », E. 2.1.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 2 N. 31; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 2392 f.). Faktische Organe sind sodann Personen, die tatsächlich 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 N. 31a).

**3.2.4** Ist eine juristische Person Partei in einem (Kartell-)Verwaltungsverfahren, so sind ihre Organe daher ebenfalls Partei und nicht Dritte (vgl. GÜNGERICH/BICKEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 15 N. 6; WEISSENBARGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 14 N. 7; RHINOW et al., a.a.O., Rz. 868a). Entsprechend dürfen die Organe auch nicht als Zeugen einvernommen werden, sondern sind als Partei(-Vertreter) zu befragen. Als solche können sie alle Verteidigungsrechte geltend machen, welche der juristischen Person als Verfahrenspartei zustehen, und sich daher insbesondere auch auf ein allfälliges Aussageverweigerungsrecht beziehungsweise Recht zu schweigen berufen (vgl. BANGERTER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 19; BOVET/SABRY, CR-LCart, a.a.O., Art. 42 N. 20 und 31; ausführlich hierzu BICKEL/WYSSLING, a.a.O., Art. 42 N. 37 ff.; REINERT, a.a.O., Art. 42 N. 5 und 9). Den übrigen Angehörigen juristischer Personen fehlt es hingegen regelmässig an einer Parteistellung im Sinne von Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 VwVG, weshalb sie grundsätzlich als Zeugen einzunehmen sind und als solche der Zeugnispflicht unterstehen (vgl. BANGERTER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 19 und 35; BOVET/SABRY, CR-LCart, a.a.O., Art. 42 N. 32 [jedoch mit der Anmerkung, dass das Auskunftsverweigerungsrecht analog zur StPO ergänzt werden solle; hierzu E. 4]; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., Art. 42 N. 49 ff.; in fine wohl auch REINERT, a.a.O., Art. 42 N. 5 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des « legal privilege », in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2010, S. 199 f.; WEISSENBARGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 14 N. 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 (SR 272) festgehalten, dass Organe einer juristischen Person im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden (vgl. FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, Art. 159

N. 7, nachfolgend: Kommentar ZPO; CHRISTIAN LEU, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 159 N. 1). Demgegenüber werden nach Art. 169 ZPO alle Personen, welche keine Organstellung innehaben, grundsätzlich als Zeugen einvernommen (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, Art. 169 N. 2; WEIBEL/WALZ, Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 169 N. 1). Auch im Strafverfahren gegen ein Unternehmen wird dieses gemäss Art. 112 Abs. 1 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) von einer (einzigen) Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist (vgl. MARC ENGLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, Art. 112 N. 20). Allerdings werden im Strafprozessrecht Vertreter eines Unternehmens, gegen welches ein Strafverfahren gerichtet ist, allgemein als Auskunftsperson und nicht als « Partei » einvernommen (Art. 178 Bst. g StPO). Schliesslich können auch im Bundeszivilprozess grundsätzlich nur « Mitglieder mit Organeigenschaft » für eine juristische Person aussagen (Art. 63 Abs. 2 BZP). Die dargelegte Regelung im Verwaltungsverfahren ist somit auch in rechtsvergleichender Hinsicht und insbesondere im Hinblick auf eine einheitliche und kongruente Rechtsordnung gerechtfertigt.

**3.3** Das vorliegend infrage stehende Untersuchungsverfahren der Vorinstanz richtet sich gegen die Beschwerdeführerin als juristische Person. Die Beschwerdeführerin ist von der Untersuchung direkt betroffen und ist somit Verfahrenspartei im Sinne von Art. 6 in Verbindung mit 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 Zeugen vorgeladenen Y. steht sodann fest, dass dieser bis zu seiner Pensionierung bei der Beschwerdeführerin als Bauführer angestellt war und die Zweigniederlassung in A. geleitet hat ([...]). 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 ([...]). 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 beziehungsweise 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 entsprechenden Informationen 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 beziehungsweise auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einvernahme abzustellen. Die juristische Person als Verfahrenspartei kann nur durch ihre aktuellen Organe überhaupt im Verfahren vertreten werden. Nur die Aussagen von aktuellen Organen beziehungsweise 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. HUGUENIN/REITZE, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl. 2014, Art. 54/55 N. 22 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 2 N. 115). Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung könnte dabei zu der grotesken Situation führen, dass nicht mehr vertretungsberechtigte natürliche 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 unter Umständen als Zeugen auszusagen hätten. Das Abstellen auf die aktuellen Verhältnisse entspricht ferner auch dem im Verwaltungsverfahren herrschenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG), aus welchem unter anderem die Regel fließt, wonach selbst noch vor Bundesverwaltungsgericht neue tatsächliche Vorbringen und Beweismittel eingelegt werden dürfen (vgl. hierzu RHINOW et al., a.a.O., 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. MÜLLER, a.a.O., Art. 169 N. 10 und 15; ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 178 N. 10).

Die von der Beschwerdeführerin eingebrachte Folgerung, dass die verfahrensrechtliche Rolle einer natürlichen Person damit unter anderem 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 beziehungsweise 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 N. 43 ff.; PETER TUOR et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 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) innehat. Diese hat er mit seiner Pensionierung beziehungsweise 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, das heisst über seine Pensionierung hinaus, wahrgenommen wurden, 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 ([...]), 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 vermögen letztlich kein über die Pensionierung hinausdauerndes Arbeitsverhältnis zu begründen, zumal es hierzu bereits an der Entgeltlichkeit mangelt (Art. 319 ff. OR; vgl. dazu JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 319 N. 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N. 2; PORTMANN/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 innehat, 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 VwVG 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 im Sinne von Art. 12 Bst. c VwVG einzuholen seien, womit diese weder der Aussagepflicht unterstünden noch einer Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage unterliegen würden (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 N. 36). Diese Einwände sind jedoch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das allgemeine Verwaltungsverfahren auf Bundesebene nur für « Dritte » beziehungsweise Zeugen eine Aussagepflicht unter Strafandrohung (Zeugeneinvernahme) vorsieht, während von den Verfahrensparteien einzig Auskünfte ohne Strafandrohung eingeholt werden können (Art. 12 Bst. b VwVG). Eine Befragung von Parteien und ihnen zuzurechnenden Personen unter Straffolge könnte daher einem Verstoß gegen das dem VwVG immanente Verbot des Parteiverhörs gleichkommen (vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 14 N. 8). Das Kartellrecht geht jedoch – wie bereits ausgeführt – diesbezüglich über das VwVG 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; [...]). Die Frage nach einer allfälligen Verletzung des Verbots des Parteiverhörs stellt sich im Kartellverfahren daher nicht. Vielmehr dürfte im Kartellsanktionsverfahren daher die Frage im Vordergrund stehen, ob Zeugeneinvernahmen unter Straffolge von Personen, die zwar selber nicht Partei im Sinne von Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 VwVG sind, jedoch in einer besonderen Beziehung zu einer Verfahrenspartei und/oder zum Einvernahmegegenstand stehen, mit den hier unter Umständen 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 beziehungsweise ehemaliger Mitarbeiter der Beschwerdeführerin nach den einschlägigen kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften grundsätzlich als Zeuge im Sinne von 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 ([...]) 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 gegen 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 beziehungsweise Selbstbelastung verpflichtet, sondern der Zeuge werde als natürliche Person befragt. Belastet der Zeuge seine (frühere) Arbeitgeberin, so würden dessen Aussagen der Verfahrenspartei nicht als eigene Aussagen beziehungsweise 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 umfassenden 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 Beschwerdeführerin 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 ([...]) – 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; [...]) und dass er grundsätzlich auch für juristische Personen gilt, da auch diese Träger verfahrensbezogener Grundrechte sind (vgl. BGE 140 II 384, « Spielbank », E. 3.3.4; Urteile des BVGer B-581/2012, « Nikon », E. 5.3.2; B-7633/2009, « Swisscom ADSL », Rz. 86, 95 ff.; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, « Mobilfunkterminierung », E. 5.7.2).

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. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016, « Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon », E. 8.2, nicht publiziert 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, « Nikon », E. 5.1 und 8.1.1; B-7633/2009, « Swisscom ADSL », Rz. 651; vgl. auch Urteil des EGMR Jussila gegen Finnland vom 23. November 2006, 73053/01, Ziff. 43). So hat das Bundesgericht bereits mehrfach festgehalten, dass das Schweigerecht ausserhalb des Kernstrafrechts und namentlich auch im Kartellsanktionsverfahren nicht in voller Strenge zur Anwendung gelange (vgl. Urteil 2C\_1065/2014, « Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon », E. 8.2, nicht publiziert 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 B–581/2012, « Nikon », E. 5.3.2; B–7633/2009, « Swisscom ADSL », Rz. 86, 95 ff.; B–2050/2007, « Mobilfunkterminierung », E. 5.7). Hinzu kommen Einschränkungen aufgrund materieller Offenlegungs- und Dokumentationspflichten (vgl. Urteil B–7633/2009, « 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; Urteil B–6595/2017 E. 4.1.4).

Insgesamt ist gemäss dem Spielbankenurteil 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 beziehungsweise 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 FELLMANN/VETTERLI, « Nemo tenetur » light bei strafähnlichen Verwaltungsanktionen?, *forumpoenale* 1/2015 S. 43 ff.; SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, *Jusletter* vom 24. November 2014).

**4.4** In der Kartellrechtslehre werden Voraussetzungen und Umfang eines aus Art. 6 Ziff. 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, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 16 ff. m.w.H.; JÜRGEN BORER, *Kommentar Wettbewerbsrecht I*, 3. Aufl. 2011, Art. 40 N. 4; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 238 ff., 257; CHRISTOPH LANG, *Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten*, *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 wird. 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 nahestehende Personen, sondern einzig das Unternehmen belasten würden (vgl. BANGERTER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 19, 29 und 35; BOVET/SABRY, CR-LCart, a.a.O., Art. 42 N. 20 f., 31 f. [jedoch m.H., dass das Auskunftsverweigerungsrecht ihrer Ansicht nach auf die direkten Mitarbeiter der Vertreter erstreckt werden sollte]; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., Art. 42 N. 49 ff.; REINERT, a.a.O., Art. 42 N. 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, a.a.O., Art. 42 N. 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, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 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 Kartellverwaltungssanktionsverfahren auf die Grundsätze des Strafprozesses abzustellen sei. In Anlehnung an Art. 178 Bst. g in Verbindung mit Art. 180 StPO wird daher propagiert, auch den direkten Mitarbeitern von Personen mit Organfunktion ein Schweigerecht zuzugestehen (vgl.

BOVET/SABRY, CR-LCart, a.a.O., Art. 42 N. 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 beziehungsweise Dritte, die in einer besonderen Beziehung zu einer Verfahrenspartei stehen, als Zeugen einzuvernehmen (vgl. WASER, a.a.O., S. 87 ff.; THOMI/WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, Jusletter vom 13. Juni 2016, Rz. 17 f.). Es wird daher vorgeschlagen, eine solche Person – anlehnd 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 beziehungsweise 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 KG und dem VwVG (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. AUER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N. 8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 162 f.; 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 Abs. 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 im Sinne von 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 zukommenden 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 Interesse 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 beziehungsweise 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. 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 und Francis gegen Vereinigtes Königreich vom 29. Juni 2007, Grosse Kammer, 15809/02 und 25624/02, Ziff. 57, und Weh gegen Österreich vom 8. April 2004, 38544/97, Ziff. 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 vom 25. Januar 2007 C-407/04 P *Dalmine/Kommission*, Slg. 2007 I-902 Rn. 34; vom 18. Oktober 1989 C-374/87 *Orkem/Kommission*, Slg. 1989 Rn. 34), in der schweizerischen Lehre höchst umstritten (zustimmend: STEFAN BILGER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 40 N. 19; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 119; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 13 N. 89; die Unterscheidung ebenfalls übernehmend: Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008, S. 86 Rz. 302; ablehnend: NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., vor Art. 49a N. 260; LANG, a.a.O., Rz. 21; MICHAEL TSCHUDIN, Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung, 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 B-7633/2009, « Swisscom ADSL », Rz. 110; B-6595/2017 E. 4 in fine; kritisch FELLMANN/VETTERLI, a.a.O., S. 43 ff.; ROTH, a.a.O. [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 B-7633/2009, « 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 beziehungsweise Selbstbelastung verpflichtet wird. Vielmehr wird « nur » der

Zeuge als natürliche 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 beziehungsweise Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Beurteilung der Beschwerdeführerin als juristische 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 beziehungsweise 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, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 16 N. 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 Bst. 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 i.V.m. Art. 178 Bst. 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, Ziff. 33; Klass u.a. gegen Deutschland vom 6. September 1978, Cour Plénière, 5029/71, Ziff. 34; Chassagnou u.a. gegen Frankreich vom 29. April 1999, Grosse Kammer, 25088/94, 28331/95 und 28443/95, Ziff. 100; Vereinigte Kommunistische Partei Türkei u.a. gegen die Türkei vom 30. Januar 1998, 133/1996/752/951, Ziff. 33; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2017, Einleitung N. 26; THEODOR SCHILLING, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. Tübingen 2016, Rz. 47), 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 Schuldanerkennung 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, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 N. 36), das heisst 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 beziehungsweise 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 Anpassung des nemo-tenetur-Grundsatzes auf die jeweilige konkrete Situation im Einzelfall vorzunehmen.