



Abteilung II  
B-6863/2018

## Urteil vom 6. März 2020

Besetzung

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

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Dr. iur. Astrid Waser,  
Lenz & Staehelin,  
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

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

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

Am 12. November 2018 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten (nachfolgend: Vorinstanz) gegen mehrere (Unternehmen), darunter die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und ihre konzernmässig verbundenen Unternehmen eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz. Die Vorinstanz hegte den Verdacht, dass die Untersuchungsadressaten unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, um (...). Gleichentags begannen die Wettbewerbsbehörden bei den Untersuchungsadressatinnen und weiteren Unternehmen mit Hausdurchsuchungen und "Einvernahmen der ersten Stunde".

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

Nachdem B.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Hausdurchsuchung bei der C.\_\_\_\_\_ am 13. November 2018 nicht wie vorgesehen zur Zeugeneinvernahme vorgeladen werden konnte, luden ihn die Wettbewerbsbehörden am 27. November 2018 in seiner Rolle als ehemaliger CEO der C.\_\_\_\_\_ zur Zeugeneinvernahme vom 5. Dezember 2018, 09:15 Uhr, in Bern, vor. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde gegen die Vorladung die aufschiebende Wirkung entzogen.

**B.**

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

*"In der Sache:*

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

(...)  
- B. \_\_\_\_\_;  
(...)

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

- unter Kostenfolgen zulasten der mutmasslichen Gesuchsteller;

*Verfahrensanträge:*

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

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

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

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

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

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

**C.**

Gegen die Vorladung zur Zeugeneinvernahme erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. Dezember 2018 (eingegangen per Fax und per Kurier) Beschwerde mit folgenden Anträgen:

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

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

1.3. Eventualiter zu vorstehenden Ziffern 1.1 und 1.2 sei die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, B. \_\_\_\_\_ in der Untersuchung "(...)" als Auskunftsperson nach Art. 12 lit. c VwVG einzuvernehmen, wobei der Beschwerdeführerin ein Teilnahmerecht einzuräumen sei.

1.4. Subeventualiter zu vorstehenden Ziffern 1.1 bis 1.3 sei die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2018 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, eine Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ als Zeuge nur unter Gewährung eines Teilnahmerechts für die Beschwerdeführerin durchzuführen.

2. Eventualiter zu vorstehenden Ziffern 1.1 bis 1.4 sei festzustellen, dass die Vorinstanz mit ihrer expliziten Weigerung (im Schreiben vom 3. Dezember 2018 betreffend "(...) – Ihr Schreiben vom 30. November 2018" an die Beschwerdeführerin), betreffend die Zeugenbefragung von B. \_\_\_\_\_ eine anfechtbare Verfügung gegenüber der Beschwerdeführerin zu erlassen, eine Rechtsverweigerung begangen hat und die Vorinstanz sei anzuweisen, über die von der Beschwerdeführerin mit ihrem Schreiben vom 30. November 2018 gestellten Anträge mit einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes.

Vorsorgliche Massnahmen:

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

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

3. Die Rechtsbegehren in Ziffer 1 und 2 seien superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz, anzuordnen."

In formeller Hinsicht führt die Beschwerdeführerin an, die Durchführung der Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ unter Ausschluss der Beschwerdeführerin begründe einen drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil. B. \_\_\_\_\_ habe das Projekt C. \_\_\_\_\_ ins Leben gerufen und habe bis zum (...) als Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdeführerin agiert. Als C. \_\_\_\_\_ am (...) unter der Firma "D. \_\_\_\_\_" als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin gegründet worden sei, habe B. \_\_\_\_\_ die Position als Geschäftsführer der C. \_\_\_\_\_ übernommen. Am (...) hätten dann die Beschwerdeführerin und die E. \_\_\_\_\_ AG die gemeinsame Kontrolle über C. \_\_\_\_\_ erworben. Nach Gründung dieses Gemeinschaftsunternehmens habe B. \_\_\_\_\_ weiterhin als deren Geschäftsführer agiert.

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

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2018 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um superprovisorische Wiederherstellung der von der Vorinstanz in der Zwischenverfügung vom 27. November 2018 entzogenen aufschiebenden Wirkung ab. Es hält im Wesentlichen fest, dass eine Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ zum jetzigen Zeitpunkt superprovisorisch nur zulässig sei, solange es sich um Angaben rein tatsächlicher Art handle, welche sich mit Hinblick auf eine mögliche Sanktionierung nicht als belastend auswirkten, eine Aussage als Zeuge unter Strafandrohung indes nicht in Betracht komme, soweit diese zu einer impliziten Schuldanerkennung der Beschwerdeführerin führen könnte.

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 nimmt das Bundesverwaltungsgericht die Eingabe der Vorinstanz vom 27. November 2018 als Schutzschrift für eine Dauer von sechs Monaten entgegen, bringt eine anonymisierte Version davon der Beschwerdeführerin zur Kenntnis und fordert gleichzeitig zur Bezahlung des Kostenvorschusses auf.

Eine zweite Schutzschrift der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 betreffend die Teilnahme von Parteien an Einvernahmen der ersten Stunde (Zeugen-

befragungen und/oder Befragungen als Auskunftsperson) wird der Beschwerdeführerin im Parallelverfahren B-7017/2018 mit Verfügung vom 12. Dezember 2018 zugestellt.

Am 14. Januar 2019 reicht die Beschwerdeführerin eine Ergänzung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. Dezember 2018 mit folgendem angepassten Verfahrens Antrag ein:

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

#### **E.**

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

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

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

3. Eventualiter sei der Vorinstanz zu gestatten, Herrn B. \_\_\_\_\_ für die Zeitperiode ab dem 27. September 2016 ohne Einschränkungen zu seiner früheren Tätigkeit bei der C. \_\_\_\_\_ als Zeuge einzuvernehmen.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –"

Die Vorinstanz macht als Begründung des Nichteintretens insbesondere geltend, sämtliche von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde sowie in der Beschwerdeergänzung vorgebrachten Anträge seien, soweit diese nicht schon mit der Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2018 abgewiesen worden seien, gegenstandslos, weil das Bundesverwaltungsgericht die Schutzschriften entgegengenommen habe und die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ am 14. Dezember 2018 durchgeführt worden sei. In Anwendung der (rechtskräftigen) Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2018 sei die Zeugeneinvernahme in Abwesenheit der Beschwerdeführerin erfolgt.

Zur Begründung in der Hauptsache bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass B. \_\_\_\_\_ keine direkte Organstellung bei der Beschwerdeführerin einnehme. Auch liege keine Organstellung aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und der C. \_\_\_\_\_ vor, so

dass B.\_\_\_\_\_ nicht als indirektes Organ der Beschwerdeführerin anzusehen sei. Entsprechend könne B.\_\_\_\_\_ ohne Einschränkungen als Zeuge einvernommen werden.

#### **F.**

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

#### **G.**

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

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

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

#### **1.**

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

#### **2.**

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

**2.1** Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich gegen eine Zwischenverfügung der Vorinstanz (vgl. BICKEL/WYSSLING, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schranner/Spühler [Hrsg.], Kommentar KG, 2018, Art. 42 Rz. 65) betreffend die Zeugeneinvernahme von B.\_\_\_\_\_ in seiner Rolle als ehemaliges Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdeführerin und als Geschäftsführer der C.\_\_\_\_\_, eines Gemeinschaftsunternehmens der Beschwerdeführerin und der E.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der

kartellrechtlichen Untersuchung (...) gegen mehrere (Unternehmen), darunter die Beschwerdeführerin.

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

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

**2.1.2** Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils in Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht rechtlicher Natur sein. Vielmehr genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. Urteil des BGer 2C\_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; BGE 130 II 149 E. 1.1; Urteile des BVGer B-6482/2018 vom 8. November 2019 E. 2.1.2 [noch nicht rechtskräftig]; A-4099/2014 vom 28. August 2014 E. 2.1; A-2082/2014 vom 9. Juli 2014 E. 2.1 und A-1081/2014 vom 23. April 2014 E. 1.3, je m.w.H.).

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



**2.1.4** Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil oder kann mit der 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 teilweise materiell festlegen müssen (vgl. Urteile des BVGer B-6482/2018 E. 2.1.4 [noch nicht rechtskräftig]; B-6513/2015 vom 18. Februar 2016 E. 2.1 und A-5468/2014 E. 1.2 in fine; vgl. BICKEL/WYSSLING, Kommentar KG, Art. 42 Rz. 119).

## **2.2**

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

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

**2.2.3** Strittig ist im vorliegenden Verfahren die Frage, ob 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 hiernach), ist jedoch bereits im Hinblick auf die Eintretensfrage vorab zu prüfen, ob eine allenfalls unzulässige Einver-

nahme als Zeuge und damit ein allenfalls unzulässiger Selbstbelastungszwang vorliegend einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken könnte.

**2.2.4** Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem kürzlich publizierten Urteil B-3099/2016 vom 17. September 2018 (BVGE 2018 IV/12; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 [noch nicht rechtskräftig]) in einem gleich gelagerten Fall ausgeführt hat, regelt die angefochtene Zwischenverfügung die Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme von B. \_\_\_\_\_ nicht endgültig. Die Beschwerdeführerin kann die von ihr geltend gemachte Unzulässigkeit der Zeugeneinvernahme auch noch später vor der WEKO im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG) sowie nachträglich auch in einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung rügen und verlangen, dass die entsprechenden Aussagen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.5). Dabei darf gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der in der Sache entscheidenden Behörde bzw. der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich erwartet werden, dass sie in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen (vgl. Urteil des BGer 2C\_578/2017 vom 8. August 2017 E. 2.1, m.w.H.). In der Praxis wurde daher in Fällen einer verweigerten Entfernung von bereits erhobenen Beweismitteln aus den Akten ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsprechend verneint (BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.5 mit Hinweis auf Urteil des BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.5; Urteil 2C\_578/2017 E. 2.1).

**2.2.5** Im vorliegenden Fall wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch – im Gegensatz zu den soeben zitierten Fällen – nicht gegen die verweigerte Entfernung eines bereits erhobenen Beweismittels aus den Akten, sondern vielmehr gegen die Zeugeneinvernahme an sich und damit gegen die Beweiserhebung selbst. Das von der Beschwerdeführerin hierbei angerufene selbständige Recht auf Auskunfts- und Editionsverweigerung, welches allenfalls auch mit Blick auf die Befragung oder Einvernahme von ehemaligen Organen bzw. Mitarbeitern berücksichtigt werden muss (hierzu materiell E. 4 hiernach), darf dabei nicht als subsidiär zu der nachgelagerten Möglichkeit der Verwertungseinrede aufgefasst werden. Andernfalls würde das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Ergebnis auf ein blosses Verwertungsverbot reduziert, was sich kaum mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vertrüge (vgl. Urteil des BVGer B-6595/2017 vom 24. Mai 2018 E. 1.2.3; vgl. E. 3.2 hiernach) und

letztlich einem effektiven Rechtsschutz zuwiderlaufen würde. Dies gilt zumindest dann, wenn es um die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Einvernahme als Zeuge an sich geht und nicht – anknüpfend hieran – lediglich um die Zulässigkeit der konkreten Fragen im Einzelnen (zum Ganzen BVGE 2018 IV/12 E. 1.5.6; Urteil B-6482/2018 E. 2.2.5 [noch nicht rechtskräftig]).

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

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

**2.3** Zur Beschwerde ist legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**2.3.1** Für die Legitimation zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die beschwerdeführende Partei die Beeinträchtigung rechtlicher oder tatsächlicher Interessen geltend machen (statt vieler: Urteil des BVGer B-5612/2013 vom 8. April 2014 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn mit der Gutheissung der Beschwerde ein Nachteil wirtschaftlicher, materieller, ideeller oder anderer Natur abgewendet werden kann. Die

rechtliche oder tatsächliche Situation muss durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden können (Urteil des BVGer B-385/2012 vom 8. Mai 2012 E. 3.2); es genügt somit nicht, wenn noch weitere Entscheide dazwischengeschaltet sind. Das Interesse hat vielmehr unmittelbar und konkret (BGE 135 I 43 E. 1.4) sowie aktuell zu sein (BVGE 2009/31 E. 3.1; zum Ganzen: Urteile des BVGer A-7614/2016 vom 17. Januar 2018 E. 1.2 m.w.H.; B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 1.1.5).

**2.3.2** Die angefochtene Vorladung wurde B.\_\_\_\_\_ nicht jedoch der Beschwerdeführerin selbständig eröffnet. Letztere begründet ihre Legitimation mit dem Hinweis, sie habe dem Sekretariat der WEKO mit Schreiben vom 30. November 2018 den Antrag gestellt, B.\_\_\_\_\_ nicht als Zeuge einzuvernehmen. Eventualiter habe sie den Erlass einer Zwischenverfügung beantragt. In der Folge habe das Sekretariat keine Zwischenverfügung erlassen und der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. Dezember 2018 mitgeteilt, es werde B.\_\_\_\_\_ als Zeuge befragt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe somit am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen und sei formell beschwert.

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

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

**2.3.4** Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, da die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ nach der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2018 am 14. Dezember 2018 durchgeführt worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2018 ausgeführt,

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

Zur Recht wendet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 27. Mai 2019 ein, dass das Bundesverwaltungsgericht die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ nur superprovisorisch und im Rahmen der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Rechtsprechung (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5) zugelassen hat. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, B. \_\_\_\_\_ könne ohne Einschränkungen als aussage- und wahrheitspflichtiger Zeuge (Art. 15 VwVG i.V.m. Art. 307 StGB) einvernommen werden und stellt in ihrer Vernehmlassung vom 8. März 2019 auch entsprechende Anträge (Ziff. 2 und 3).

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

Da das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin in der vorliegenden Streitsache als legitimiert erachtet und auf die Beschwerde im aufgezeigten Rahmen eintritt, ist das Eventualbegehren in Ziff. 2 der Beschwerde (Rechtsverweigerung) gegenstandslos geworden.

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

**2.3.5.1** Im Unterschied zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272; Art. 270) kennt weder das Verwaltungsgerichts- noch das Verwaltungsverfahrensgesetz das Institut der Schutzschrift. Mit der Einreichung einer Schutzschrift hat der Gesuchsgegner die Möglichkeit, sofern die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme droht, dem Gericht seinen Standpunkt vorsorglich darzulegen (MEINRAD VETTER, in: Zäch et. al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Vor Art. 12-15 N 82; geht von der Zulässigkeit der Einreichung einer Schutzschrift aus).

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

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

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

**2.3.5.3** Die erste Schutzschrift der Vorinstanz vom 27. November 2018 wurde vom Bundesverwaltungsgericht entgegengenommen und in der Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2018 berücksichtigt. Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, hat die erste Schutzschrift ihren Zweck in der vorliegenden Untersuchung gegenüber der Beschwerdeführerin erfüllt, weshalb die Beschwerdeführerin am 14. Januar 2019 (Datum der Antragstellung) kein Rechtsschutzinteresse an der Nichtberücksichtigung durch das Bundesverwaltungsgericht mehr hatte.

**2.3.5.4** Die zweite Schutzschrift betreffend die Teilnahmerechte der Parteien an Einvernahmen der ersten Stunde vom 7. Dezember 2018 konnte in der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2018 ohnehin noch keine Berücksichtigung finden. Die Wettbewerbsbehörde hat zudem in ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2018 den Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Einvernahme der ersten Stunde von B. \_\_\_\_\_ separat verfügt. Diese Verfügung wurde von der Beschwerdeführerin nicht angefochten, weshalb auch an der beantragten Nichtberücksichtigung der zweiten Schutzschrift kein aktuelles Interesse mehr besteht. Da zudem die Befragung der ersten Stunde stattgefunden hat, besteht diesbezüglich auch kein virtuelles Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin.

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

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

Auf die Beschwerde ist daher im aufgezeigten Rahmen einzutreten.

### 3.

Im Rahmen der Untersuchung (...) ermächtigte die Vorinstanz das Sekretariat mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2018 vorgängig, verschiedene Personen vorzuladen, und in der Vorladung Rolle, Ort und Zeitpunkt der Einvernahme zu konkretisieren. Mit Schreiben vom 27. November 2018 wurde B.\_\_\_\_\_ als Zeuge vorgeladen, um zu seiner früheren Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ auszusagen. Im Beschwerdeverfahren macht die Vorinstanz geltend, B.\_\_\_\_\_ könne uneingeschränkt als Zeuge zu seiner früheren Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ einvernommen werden, da er aktuell keine direkte Organstellung bei der Beschwerdeführerin innehatte und sich auch keine indirekte Organstellung aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und der C.\_\_\_\_\_ ergebe.

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

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



E. 2.1.1, B-6513/2015 E. 4.2.2, 4.3; B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 62, 79 ff.).

**3.1.1** Das Kartellgesetz stellt den Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Kartellverfahrens besondere Mittel zur Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts und zur Abklärung eines allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens zur Verfügung, die über die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Massnahmen einer üblichen verwaltungsrechtlichen Untersuchung hinausgehen (vgl. Urteil B-7633/2009 Rz. 79, m.w.H.). So wird in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren u.a. der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG durch die in Art. 40 KG enthaltene umfassende Auskunftspflicht ergänzt. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (sog. Auskunftspflicht). Diese umfassende Auskunftspflicht wird indes durch das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Auskunfts- bzw. Editi- onsverweigerungsrecht eingeschränkt. So haben die Adressaten der Aus- kunftspflicht gemäss Art. 40 Satz 2 KG das Recht, die Auskunft nach den Regeln von Art. 16 und 17 VwVG i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) zu ver- weigern. 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 na- hestehende Person der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen kann oder ihm einen unmit- telbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde. Ein Unter- nehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkun- den nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit einem Betrag bis zu Fr. 100'000.– belastet (Art. 52 KG). Zudem wird eine Person, die vorsätz- lich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, mit Busse bis zu Fr. 20'000.– bestraft (Art. 55 KG).

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

Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht in Art. 12 Bst. c VwVG ebenfalls den Zeugenbeweis vor, weshalb auch im Kartellverfahren auf die dort einschlägigen Vorschriften abgestellt werden kann. Entsprechend sind Zeugen gemäss Art. 15 VwVG (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 (StGB, SR 311.0) tätigen und daher für falsche oder unvollständige Aussagen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden können (vgl. zum Ganzen Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.1.2; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 3.1.2 [noch nicht rechtskräftig]).

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

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

**3.2** Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (Art. 49a Abs. 1 KG). Die kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG werden – wenngleich im Gesetz systematisch unter den Verwaltungssanktionen statuiert – wegen ihres abschreckenden und vergeltenden Charakters sowie der erheblichen Sanktionsdrohung als strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2, m.w.H.; 143 II 297, Gaba, E. 9.1; Urteil des EGMR Menarini gegen Italien vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, § 41 ff.). Dies hat zur Folge, dass in Kartellverfahren, welche zu einer Sanktionierung des betroffenen Unternehmens gemäss Art. 49a KG führen könnten (Kartellsanktionsverfahren), neben den einschlägigen kartell- und verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften auch die strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV zu beachten sind (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2, m.w.H.). Diese strafprozessualen Garantien gelangen im Verwaltungssanktionsverfahren indes weder in vollem Umfang noch in voller Strenge zur Anwendung; zudem gelten sie nicht absolut (vgl. Urteil B-3099/2016 in BVGE 2018 IV/12 nicht publizierte E. 2.2).

**3.2.1** Für die im Kartellverfahren geltende 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 Bst. g des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt-II, SR 0.103.2]). Ein Beschuldigter in einem Strafverfahren entscheidet demzufolge grundsätzlich selbst darüber, ob er – zumindest teilweise – Aussagen vornimmt oder schweigt (vgl. Urteile des EGMR Marttinen gegen Schweiz vom 21. April 2009, 19235/03, § 73; Shannon gegen Vereinigtes Königreich vom 4. Oktober 2005, 6563/03, § 38 f.), ob er Dokumente selbst herausgibt (vgl. Urteile Marttinen § 74; Shannon § 65) und ob er sonstige Beweismittel zugänglich macht (zur Verabreichung eines Brechmittels zur Erlangung von verschluckten Drogenpäckchen vgl. Urteil des EGMR Jalloh gegen Deutschland vom 11. Juli 2006, 54810/00, § 113 f.). Daraus ergibt sich umgekehrt zu Lasten der Behörden, dass strafrechtliche Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden müssen, die durch Zwang oder Druck gegenüber dem Beschuldigten in Missachtung von dessen Willen erlangt wurden (vgl. Urteile Saunders § 68; Marttinen § 60; vgl. auch BGE 131 IV 36 E. 3.1 und BGE 121 II 273 E. 3).

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

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

1996, Grosse Kammer 18731/91, § 45 f.; vgl. auch BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.2, m.w.H.).

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

#### 4.

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob B.\_\_\_\_\_ als Organ der Beschwerdeführerin zu qualifizieren ist, sei es direkt oder aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und der C.\_\_\_\_\_.

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

**4.1.1** Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 3.1.2 hiavor), kann die Vorinstanz nach Art. 42 Abs. 1 KG "Dritte" als Zeugen einvernehmen und "die von einer Untersuchung Betroffenen" zur Beweisaussage verpflichten. Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht in Art. 12 Bst. c VwVG Auskünfte oder Zeugnisse von "Drittpersonen" als Beweismittel vor. Auch wenn die

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

**4.1.2** Entsprechend der in Art. 42 KG vorgenommenen und im Übrigen auch dem Verwaltungsverfahrensgesetz immanenten funktionalen Zweiteilung von Verfahrensbeteiligten in "von der Untersuchung Betroffene bzw. Parteien" und "Dritte" (vgl. hierzu WASER, a.a.O., S. 82; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 582 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl. 2014, Rz. 848 ff.; ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 2000, Rz. 262 ff.), hat daher jedermann, der nicht der Pflicht zur Beweisaussage – jedoch unter Umständen der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG – unterliegt, als Dritter i.S.v. Art. 42 KG zu gelten. Als Zeuge kommt demnach grundsätzlich jedermann in Frage, der nicht als Partei im Verfahren gilt, d.h. alle, welche die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG nicht erfüllen und daher kein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Verfahrensausgang haben (BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.2; vgl. BANGERTER, BSK-KG, Art. 42 Rz. 29; BOVET/SABRY, CR-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).

**4.1.3** Ist eine juristische Person Verfahrenspartei, so stellt sich die Frage, welche natürlichen Personen die juristische Person im Verfahren vertreten. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz enthalten diesbezüglich eine Regelung. Die Partei- und Prozessfähigkeit bestimmt sich im Verwaltungsverfahrenrecht jedoch grundsätzlich nach dem Zivil-

recht (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Rz. 469 und 500; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 551 ff. und Rz. 585 ff.; RHINOW/KOLLER ET AL, a.a.O., Rz. 862 f.). Eine juristische Person wird demnach durch ihre formellen und faktischen Organe verkörpert und handelt im Verwaltungsverfahren auch durch diese (Art. 54 f. ZGB; vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 Rz. 19; RHINOW/KOLLER ET AL, a.a.O., Rz. 868a; MARANTELLI/HUBER, *Praxiskomm. VwVG*, Art. 6 Rz. 14). Als formelle Organe gelten bei der Aktiengesellschaft regelmässig Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle sowie im Rahmen der Übertragung der Geschäftsführung die Geschäftsleitung (Art. 698 ff., 716b OR; vgl. BGE 114 V 213 E. 4; vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.3 m.w.H.). Faktische Organe sind sodann Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene 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/SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl. 2018, Rz. 36 zu § 2).

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

nemo-tenetur-Grundsatz vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 4.4; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 4.1.4 [noch nicht rechtskräftig]).

**4.1.5** Diese formelle Sichtweise entspricht letztlich auch den Regelungen im Zivilprozessrecht. So wird in Art. 159 ZPO festgehalten, dass Organe einer juristischen Person im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden (vgl. FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 159 Rz. 7; CHRISTIAN LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar [DK-ZPO], 2. Aufl. 2016, Art. 159 Rz. 1). Demgegenüber werden nach Art. 169 ZPO alle Personen, welche keine Organstellung innehaben, grundsätzlich als Zeugen einvernommen (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, DK-ZPO, Art. 169 Rz. 2; WEIBEL/WALZ, Komm. ZPO, Art. 169 Rz. 1 f.). Auch im Strafverfahren gegen ein Unternehmen wird dieses gemäss Art. 112 Abs. 1 StPO von einer (einzigen) Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist (vgl. MARC ENGLER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO [BSK-StPO], 2011, Art. 112 Rz. 20 f.). Allerdings werden im Strafprozessrecht Vertreter eines Unternehmens, gegen welches ein Strafverfahren gerichtet ist, allgemein als Auskunftsperson und nicht als "Partei" einvernommen (Art. 178 Bst. g StPO). Schliesslich können auch im Bundeszivilprozess grundsätzlich nur "Mitglieder mit Organeigenschaft" für eine juristische Person aussagen (Art. 63 Abs. 2 BZP). Die dargelegte Regelung im Verwaltungsverfahren ist somit auch in rechtsvergleichender Hinsicht und insbesondere im Hinblick auf eine einheitliche und kongruente Rechtsordnung gerechtfertigt (BVGE 2018 IV/12 E. 3.2.5; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 4.1.5 [noch nicht rechtskräftig]).

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

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

**4.3.1** Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerde geltend, B.\_\_\_\_\_ habe das Projekt C.\_\_\_\_\_ ins Leben gerufen. Bis zum (...) habe er als Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdeführerin agiert.



Als C. \_\_\_\_\_ am (...) unter der Firma "D. \_\_\_\_\_" als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin gegründet worden sei, habe B. \_\_\_\_\_ die Position als Geschäftsführer der C. \_\_\_\_\_ übernommen. Schliesslich hätten die Beschwerdeführerin und die E. \_\_\_\_\_ AG am (...) die gemeinsame Kontrolle über C. \_\_\_\_\_ erworben. Auch nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens habe B. \_\_\_\_\_ weiterhin als deren Geschäftsführer agiert.

**4.3.2** Demgegenüber stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, B. \_\_\_\_\_ sei ab (...) nicht mehr Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin und damit auch kein formelles Organ der Beschwerdeführerin mehr.

**4.3.3** Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem vergleichbaren Fall bereits entschieden hat, ist für die Beurteilung der verfahrensrechtlichen Rolle von B. \_\_\_\_\_ grundsätzlich auf das derzeitige Verhältnis bzw. 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 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. BVGE 2018 IV/12 E. 3.4 m.w.H., bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 4.3.3). 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., a.a.O., Rz. 1612).

**4.3.4** Spätestens mit der Löschung von B. \_\_\_\_\_ als Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin aus dem Handelsregister per (...) bestand keine aktuelle direkte Organstellung mehr. Entsprechend hatte B. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der beabsichtigten Einvernahme am 5. Dezember 2018 keine direkte Organstellung bei der Beschwerdeführerin mehr inne.

Diese Auffassung deckt sich auch mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach B. \_\_\_\_\_ lediglich bis zum (...) als ihr Geschäftsleitungsmitglied tätig war.

**4.4** Weiter gilt es zu prüfen, ob sich eine Organstellung von B.\_\_\_\_\_ aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und der C.\_\_\_\_\_ ergibt.

**4.4.1** Hinsichtlich seiner Stellung bei der C.\_\_\_\_\_ ist sachverhältnismässig erstellt, dass B.\_\_\_\_\_ nach der Gründung die Position als Geschäftsführer einnahm. Diese Position hat er auch nach Übernahme der gemeinsamen Kontrolle durch die Beschwerdeführerin und die E.\_\_\_\_\_ AG beibehalten.

In seiner Eigenschaft als Geschäftsführer ist davon auszugehen, dass B.\_\_\_\_\_ Aufgaben der Geschäftsführung wahrgenommen und somit eine Organfunktion für die C.\_\_\_\_\_ eingenommen hat. Denn das Aktienrecht geht ausdrücklich von einem funktionalen Organbegriff aus, wonach es möglich sein soll, dass jemand Organfunktionen ausübt, ohne dazu formell bestellt zu sein (sog. faktisches Organ; vgl. E. 4.1.3 hiavor; GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, OR II, Basel 2016, Art. 754 N 5 ff.; BGE 128 III 29 E. 3 m.w.H.).

Die aktuelle Organstellung von B.\_\_\_\_\_ bei der C.\_\_\_\_\_ wird von der Vorinstanz bestritten.

Die Löschung der Unterschrift bzw. das Ausscheiden von B.\_\_\_\_\_ bei der C.\_\_\_\_\_ wurde wie auch die Ernennung von F.\_\_\_\_\_ als Vorsitzender der Geschäftsleitung, mit Kollektivunterschrift zu zweien, am (...) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (Pub. Nr. ...).

Allein gestützt auf den SHAB-Eintrag wäre B.\_\_\_\_\_ somit im Zeitpunkt der vorgesehenen Einvernahme vom 5. Dezember 2018 noch als formelles Organ der C.\_\_\_\_\_ zu qualifizieren. Der Handelsregistereintrag einer Aktiengesellschaft ist jedoch für die gesellschaftsinternen Vertretungsverhältnisse nicht bestimmend, sondern deklaratorischer Natur (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., Rz. 91 zu § 6) und es ist für ein allfälliges Ende der Organstellung auf das tatsächliche Ausscheiden abzustellen (BGE 126 V 261 E. 4), wobei der Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister ein gewichtiges Indiz ist (vgl. Urteil des BGer 9C\_684/2012 vom 7. März 2013 E. 6.1).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die C.\_\_\_\_\_ den Führungswechsel von B.\_\_\_\_\_ zu F.\_\_\_\_\_ mit Pressemitteilung vom (...) angekündigt hat (vgl. ...). Aus dem eingereichten Arbeitszeugnis der C.\_\_\_\_\_ für B.\_\_\_\_\_ vom (...) ergibt sich, dass B.\_\_\_\_\_ vom (...)

bis (...) als CEO im Range eines Mitglieds der Geschäftsleitung bei der C.\_\_\_\_\_ tätig war. In der Austrittsbestätigung vom (...) steht zudem, dass der letzte Arbeitstag von B.\_\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_\_ der (...) war, und dass er bis zum Austrittsdatum die restlichen Ferientage beziehen aber auch mit seinem Nachfolger diverse Kundenbesuche durchführen und sich für Besprechungen zur Verfügung halten soll (Replikbeilage 5). Da F.\_\_\_\_\_ in seiner Funktion als CEO der C.\_\_\_\_\_ das Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokoll im Rahmen der Hausdurchsuchung am 13. November 2018 unterzeichnet hat (vgl. Vernehmlassungsbeilage 4), ist davon auszugehen, dass der operative Führungswechsel bereits ab Ende Oktober 2018 eingeleitet worden ist. Dies wird ebenfalls durch die Aussage von B.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner Einvernahme vom 14. Dezember 2018 gestützt, wonach er seine Tätigkeit für die C.\_\_\_\_\_ per Ende Oktober "operativ beendet" habe (vgl. Vernehmlassungsbeilage 2, Rz. 215 f.). Gemäss Arbeitszeugnis und da sich aus den massgebenden Handelsregistereinträgen nichts anderes ergibt, war B.\_\_\_\_\_ zwar zum Zeitpunkt der Zeugenverladung am 27. November 2018 formell noch CEO der C.\_\_\_\_\_, nicht mehr hingegen am Tag der vorgesehenen Einvernahme am 5. Dezember 2018.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass B.\_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der geplanten Einvernahme keine direkte Organstellung bei der C.\_\_\_\_\_ mehr einnahm.

**4.4.2** In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Beziehungsnähe zwischen ihr und der C.\_\_\_\_\_ einer Zeugeneinvernahme von B.\_\_\_\_\_ entgegensteht.

**4.4.2.1** Sachverhaltsmässig ist unbestritten, dass die C.\_\_\_\_\_ bis zur Fusion mit G.\_\_\_\_\_ am (...) eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin war (vgl. Beschwerde Rz. 20 u. Vernehmlassung Ziff. 34). Nach der Fusion mit der G.\_\_\_\_\_ hielten die Beschwerdeführerin und die E.\_\_\_\_\_ AG stimmen- und kapitalmässig je eine Beteiligung von  $33\frac{1}{3}\%$  an der C.\_\_\_\_\_ (vgl. Beschwerdeergänzung Rz. 23 u. Vernehmlassung Ziff. 34). Weitere Aktionäre waren verschiedene (Unternehmen). Im Rahmen der strategischen Partnerschaft zwischen H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ hat sich I.\_\_\_\_\_ anfangs Dezember 2018 sodann mit 20% an C.\_\_\_\_\_ beteiligt. Ab diesem Zeitpunkt hielten die Beschwerdeführerin und die E.\_\_\_\_\_ AG noch 26.67% der Aktien (vgl. Replikbeilage 7).

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, sie habe am 27. September 2016 zusammen mit der E.\_\_\_\_\_ AG die gemeinsame Kontrolle über die C.\_\_\_\_\_ erworben. Damit sei die C.\_\_\_\_\_ auch nach der Fusion mit G.\_\_\_\_\_ ein konzernmässig verbundenes Unternehmen der Beschwerdeführerin. Entsprechend sei auch B.\_\_\_\_\_ Organ eines konzernmässig verbundenen Unternehmens der Beschwerdeführerin gewesen, weshalb er auch nach der Fusion nicht uneingeschränkt als Zeuge befragt werden könne.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, die C.\_\_\_\_\_ sei als eigenständiges Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG zu qualifizieren und es bestehe namentlich kein Konzernverhältnis mit der Beschwerdeführerin. Entsprechend sei B.\_\_\_\_\_ unter Einbezug seiner Stellung bei der C.\_\_\_\_\_ auch nicht auf indirektem Weg als Organ der Beschwerdeführerin zu qualifizieren, sofern er aktuell überhaupt noch eine Organeigenschaft bei der C.\_\_\_\_\_ innehabe.

**4.4.2.2** Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sind alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 36 m.w.H., *Sixgroup*). Ungeachtet einer grundsätzlichen inhaltlichen Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht unterscheidet sich das schweizerische Kartellgesetz aufgrund der Statuierung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und der damit verbundenen ausdrücklichen inhaltlichen Spezifizierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts durch den Gesetzgeber in diesem Punkt vom EU-Wettbewerbsrecht, das keine entsprechende Statuierung durch Vorschrift oder Rechtsgrundsatz vorsieht (Urteil B-831/2011 Rz. 38).

**4.4.2.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich eingehend zum Konzern als Kartellrechtssubjekt geäußert. Danach stellt ein Konzern einen besonderen Gesellschaftsverbund dar, der im weitesten Sinne auf einer Zusammenfassung verschiedener, rechtlich selbständiger Organisationseinheiten zu einer eigenständigen wirtschaftlichen Einheit unter einer übergeordneten Gruppenführung beruht (Urteil B-831/2011 Rz. 39).

Eine grundlegende Ausgestaltung hat der Konzern durch Vorschriften zur Rechnungslegung von Aktiengesellschaften in den Art. 963 f. OR erfahren. Danach erfordert die Zusammenfassung von verschiedenen Gesellschaften zu einem Konzern als massgebliches Element eine übergeordnete

Gruppenführung, die sich auf ein Beherrschungsverhältnis zwischen der Konzernobergesellschaft und den einzelnen Konzerngesellschaften abstützt. Dieses Beherrschungsverhältnis kann aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung alternativ auf verschiedenen Umständen beruhen: (i) der Möglichkeit zur direkten oder indirekten Ausübung der Stimmenmehrheit im obersten Organ der einzelnen Gruppengesellschaft; (ii) der Möglichkeit zur direkten oder indirekten Berufung einer Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der einzelnen Gruppengesellschaft; (iii) der Möglichkeit, aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf die einzelne Gruppengesellschaft auszuüben (Urteil B-831/2011 Rz. 41).

Eine solche übergeordnete Gruppenführung führt dazu, dass die Konzernobergesellschaft in der Lage ist, aufgrund der ihr zukommenden Stellung im Rahmen der organisatorischen Zusammenfassung durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnungen oder sonstige direkte oder indirekte Handlungsmöglichkeiten in bestimmender Weise auf die Geschäftstätigkeit, die Struktur oder die sonstigen Verhältnisse einer anderen Gruppengesellschaft einzuwirken. Liegt eine der gesetzlich aufgeführten Umstände eines Beherrschungsverhältnisses vor, ergibt sich daraus zwangsläufig die Kontrolle der einzelnen Gruppengesellschaften (Urteil B-831/2011 Rz. 42 f.).

**4.4.2.4** Im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung stellt für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern das Leitungsprinzip, d.h. die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, keine notwendige Voraussetzung dar. So führt bereits die faktische Herrschaftsmacht zu Gunsten der Organmitglieder der beherrschenden Konzernobergesellschaft zwangsläufig zur Beachtung von jeglichen ausdrücklichen oder impliziten Anweisungen, Anordnungen und Wünschen auf Seiten der Organmitglieder der beherrschten Gruppengesellschaft (Urteil B-831/2011 Rz. 44 m.w.H.).

**4.4.2.5** Massgebend für die Beurteilung, ob eine Einordnung einer Gesellschaft in einen Konzern besteht, ist im Regelfall die ausdrückliche Erklärung der Konzernobergesellschaft zur Ausübung einer übergeordneten Gruppenführung bei anderen Gruppengesellschaften, die in der Vorlage einer Konzernrechnung gemäss Art. 963 OR eindeutig zum Ausdruck kommt (Urteil B-831/2011 Rz. 47 m.w.H.).

Bei Konzernverhältnissen stellt eine einzelne Gruppengesellschaft angesichts des Beherrschungsverhältnisses durch die Konzernobergesellschaft demzufolge mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Dies gilt selbst dann, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten in ihrem Geschäftsbereich ausgeübt wurde. Allerdings wird auch die Konzernobergesellschaft, von der die übergeordnete Gruppenführung ausgeht, nicht als massgebliches kartellrechtliches Unternehmenssubjekt qualifiziert. Vielmehr bildet nach nahezu übereinstimmender Ansicht in Praxis und Literatur die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (Urteil B-831/2011 Rz. 48 m.w.H.).

**4.4.2.6** Vorliegend liegt für die Periode bis 27. September 2016 ein klassischer Konzernsachverhalt vor, in welchem die Tochtergesellschaft (C.\_\_\_\_\_) zu 100% der Beschwerdeführerin gehörte. Nach der Fusion mit der G.\_\_\_\_\_ am 27. September 2016 liegt demgegenüber kein solcher Konzernsachverhalt mehr vor. Entsprechend ist auch keine wirtschaftliche Einheit mit einer einheitlichen Leitung zu beurteilen. Bei der C.\_\_\_\_\_ handelt es sich vielmehr um ein Unternehmen, welches nach der Fusion und vor der Beteiligung durch I.\_\_\_\_\_ vor allem durch die Beschwerdeführerin und die E..\_\_\_\_\_ AG als Hauptaktionäre mit einer Beteiligung von je  $33 \frac{1}{3}\%$  kontrolliert wurde. Da das Gesellschaftskapital auf diese sowie auf weitere Minderheitsaktionäre verteilt war, ist eine Zurechnung des Gemeinschaftsunternehmens zu nur einer Muttergesellschaft nicht möglich.

**4.4.2.7** Im Gegensatz zur Schweiz gibt es im europäischen Kartellrecht bereits eine beträchtliche Praxis zur Problematik des Haftungsdurchgriffs im Konzern bei der Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen.

Gestützt auf das Urteil in Sachen Alliance One (EuG, Urteil vom 27.10.2010, T-24/05, Slg. 2010, II-5329, Rz. 165 – Alliance One International u.a./Kommission; bestätigt in EuGH, Urteil vom 19.7.2012) schliesst eine gemeinsame Kontrolle beider Muttergesellschaften für sich allein die tatsächlich bestimmende Einflussnahme nur einer Muttergesellschaft nicht aus. Entsprechend ist eine gemeinsame Kontrolle für sich allein nicht ausreichend, um eine genügend bestimmende Einflussnahme im Sinne der Haftungszurechnung zu bejahen. Für die Haftungszurechnung für Verstöße von Gemeinschaftsunternehmen kommt es auf die tatsächliche Einflussnahme der Muttergesellschaften bzw. der fehlenden Autonomie ge-

genüber den Muttergesellschaften an. Sofern das Gemeinschaftsunternehmen unabhängig am Markt agiert, handelt es sich im kartellrechtlichen Sinne um ein anderes Unternehmen, weshalb eine Haftungszurechnung ausscheidet (vgl. LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 62; sowie Darstellung der europäischen Praxis: S. 54 ff.).

**4.4.2.8** In Umsetzung der bisherigen Ausführungen ist der Grad der tatsächlichen bzw. möglichen Einflussnahme der Muttergesellschaften auf das Gemeinschaftsunternehmen zu prüfen. Dabei sind die organisatorischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen Muttergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen zu bewerten, wobei die Frage der Autonomie eines Gemeinschaftsunternehmens nicht allein aufgrund der Höhe der Beteiligungen beantwortet werden kann (vgl. LINDA KUBLI, a.a.O., S. 63 m.w.H.).

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass sie am 27. September 2016 zusammen mit der E. \_\_\_\_\_ AG die gemeinsame Kontrolle über die C. \_\_\_\_\_ erworben habe. Mit Verweis auf den Freigabebeschluss der Vorinstanz (vgl. RPW 2016/4, S. 1066) hält sie fest:

"Nach Vollzug des Zusammenschlusses würden A. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ stimmen- und kapitalmässig je eine Beteiligung von 33  $\frac{1}{3}$ % an C. \_\_\_\_\_ halten. Aufgrund dieser Struktur würden A. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ gleichermassen entscheidenden Einfluss auf C. \_\_\_\_\_ haben. Insbesondere erhalten A. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ Vetorechte in Bezug auf strategische Entscheide der C. \_\_\_\_\_-Gruppe, womit sie wichtige Geschäftsbeschlüsse nur gemeinsam treffen können."

Damit werde nach Auffassung der Beschwerdeführerin bestätigt, dass C. \_\_\_\_\_ auch nach der Fusion mit Paymit ein konzernmässig verbundenes Unternehmen der Beschwerdeführerin sei.

Demgegenüber wendet die Vorinstanz ein, es liege kein Konzernsachverhalt vor, zumal die C. \_\_\_\_\_ unabhängig am Markt auftrete. C. \_\_\_\_\_ habe sich von der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin zur (...) entwickelt.

**4.4.2.9** Ohne ein allfälliges Konzernverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der C. \_\_\_\_\_ nach dem 27. September 2016 im Rahmen der hier zu beurteilenden Zwischenverfügung über eine Zeugenvorladung endgültig zu beurteilen, lässt sich hierzu immerhin Folgendes festhalten:

Die Beschwerdeführerin und die E.\_\_\_\_\_ AG halten seit dem 27. September 2016 und bis zum Erwerb der Beteiligung von I.\_\_\_\_\_ anfangs Dezember 2018 je eine Beteiligung von einem Drittel an der C.\_\_\_\_\_. Zusammen übten sie gemäss Angabe der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerdeergänzung Rz. 22) die gemeinsame Kontrolle über die C.\_\_\_\_\_ aus. Selbst unter Berücksichtigung der behaupteten gemeinsamen Kontrolle bestand für die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit zur direkten oder indirekten Ausübung der Stimmenmehrheit im obersten Organ der C.\_\_\_\_\_. Ausgehend von den Beteiligungsverhältnissen fehlte es der Beschwerdeführerin auch an der Möglichkeit zur direkten oder indirekten Berufung einer Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der C.\_\_\_\_\_, weshalb auch das zweite Kriterium für eine allfällige Bejahung eines Beherrschungsverhältnisses der Beschwerdeführerin gegenüber der C.\_\_\_\_\_ nicht gegeben ist (vgl. E.4.4.2.3 hier vor).

**4.4.2.10** Ein weiteres Indiz, dass der Einfluss der Beschwerdeführerin auf die C.\_\_\_\_\_ nicht über die mit der E.\_\_\_\_\_ AG geltend gemachte gemeinsame Kontrolle hinausgeht, ist der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Geschäftsbericht per Ende 2017 die Beteiligung an der C.\_\_\_\_\_ unter "Nicht konsolidierte wesentliche Beteiligungen" aufführt (vgl. Vernehmlassungsbeilage 14).

Der unabhängige Marktauftritt lässt sich auch – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt – daraus ziehen, dass die C.\_\_\_\_\_ einerseits die eigene C.\_\_\_\_\_ -App anbietet, daneben aber für jede ihrer Aktionärinnen und darüber hinaus zahlreichen weiteren (...) zur Verfügung stellt.

Das ergibt sich ebenfalls aus dem Internetauftritt der C.\_\_\_\_\_, wenn sie auf ihrer Homepage zu ihrem Unternehmen Folgendes ausführt (vgl. ...):

"..."

Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf gemeinsame Vetorechte mit E.\_\_\_\_\_ AG in Bezug auf strategische Entscheide der C.\_\_\_\_\_ -Gruppe belegen zwar eine im Rahmen der Beteiligungsanteile gemeinsame Kontrolle der Beschwerdeführerin und der E.\_\_\_\_\_ AG. Sie begründen aber angesichts des unabhängigen Marktauftritts der C.\_\_\_\_\_ weder ein Konzernverhältnis zur Beschwerdeführerin noch liegen Indizien vor, dass die Beschwerdeführerin eine über die gemeinsame Kontrolle hinausgehende Einflussnahme auf die C.\_\_\_\_\_ ausübt.



**4.4.3** Aufgrund des Dargelegten ist davon auszugehen, dass B. \_\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin auch in indirekter Weise zumindest ab 27. September 2016 weder eine formelle noch eine faktische Organstellung mehr inne hatte. Entsprechend kann er in dem gegen die Beschwerdeführerin gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren grundsätzlich auch nicht als Partei(-vertreter) einvernommen werden. Vielmehr hat er – zumindest nach der Konzeption des Kartellgesetzes – als "Dritter" zu gelten, welcher von der Vorinstanz nach Art. 42 KG grundsätzlich als Zeuge unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und unter Strafandrohung bei Falschaussage einvernommen werden darf.

## **5.**

Auch wenn eine aktuelle Organstellung verneint wird, ist zu prüfen, ob B. \_\_\_\_\_ als ehemaliges Organ der Beschwerdeführerin und aufgrund seiner ehemaligen Tätigkeit für die Beschwerdeführerin bzw. später für die C. \_\_\_\_\_ in einem besonders nahen Verhältnis sowohl zur Verfahrenspartei als auch zum Einvernahmegegenstand steht und allenfalls nicht uneingeschränkt als Zeuge einvernommen werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem vergleichbaren Fall Regeln in Bezug auf eine Einvernahme von ehemaligen Organen aufgestellt (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5 m.w.H., bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.3 [noch nicht rechtskräftig]).

**5.1** Gemäss den Hausdurchsuchungsbefehlen gegen die Beschwerdeführerin und die C. \_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2018 betrifft die Untersuchung (...) für die Zeitperiode ab 1. Januar 2015 (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 15 u. 16). B. \_\_\_\_\_ war bis zum (...) und somit ausserhalb des untersuchungsrelevanten Zeitpunkts Geschäftsleitungsmitglied und formelles Organ der Beschwerdeführerin. Dies begründet kein besonders nahes Verhältnis zum Einvernahmegegenstand. Gleiches gilt hinsichtlich seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der C. \_\_\_\_\_ vom (...) (Zeitpunkt der Fusion mit der G. \_\_\_\_\_), ab welchem B. \_\_\_\_\_ weder formelles noch faktisches Organ der Beschwerdeführerin war (vgl. E. 4.4.3 hiervoor).

Hingegen steht er als Geschäftsführer der ehemaligen C. \_\_\_\_\_ für die Periode vom 1. Januar 2015 (Beginn des untersuchungsrelevanten Zeitraums) bis 27. September 2016, in welcher die C. \_\_\_\_\_ noch eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin war, in einem besonders nahen Verhältnis sowohl zur Beschwerdeführerin als auch zum Einvernahmegegenstand, da die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ sich auf

Sachverhalte beziehen könnte, die er im Rahmen seiner Tätigkeit in Organfunktion für die hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin in dieser Zeitperiode wahrgenommen hat. Dabei ist zu beachten, dass B.\_\_\_\_\_ persönlich als natürliche Person nicht nach Art. 49a KG gebüsst werden kann. Vielmehr wird sein damaliges Verhalten als Organ der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Beurteilung der Beschwerdeführerin als juristische Person zugerechnet. Als Zeuge untersteht B.\_\_\_\_\_ 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 hundertprozentigen Tochtergesellschaft 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 B.\_\_\_\_\_ sich – mangels persönlicher Betroffenheit – nach dem Gesagten nicht auf sein persönliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.4 m.w.H.). 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 StPO i.V.m. Art. 178 Bst. g StPO) im Hinblick auf das Aussageverweigerungsrecht weniger ins Gewicht fällt (vgl. THOMI/WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, in: Jusletter vom 13. Juni 2016, 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 (vgl. BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.4; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.3 [noch nicht rechtskräftig]).

**5.2** Gestützt auf diese Praxis ist eine Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ in Bezug auf Ereignisse in der Zeitperiode vom 1. Januar 2015 bis 27. September 2016 als Zeuge 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 könnten. Eine Aussage als Zeuge unter Straffolge kommt indes für diesen Zeitraum 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, Komm. VwVG, Art. 12 Rz. 36), d.h. eine Befragung ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht und ohne Straffandrogen bei Falschaussage sowie mit dem Recht, die Aussage zu verweigern.

**5.3** Die Vorinstanz ersucht das Bundesverwaltungsgericht, auf diese Praxis zurückzukommen und beantragt eine Zeugeneinvernahme von B.\_\_\_\_\_ ohne Einschränkungen. Gemäss ihrer Ansicht sind die Einschränkungen systemfremd. Zudem widerspreche die Ausweitung des Aussageverweigerungsrechts der Bedeutung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes im Kartellrecht. Auch könne das für Auskunftsbegehren entwickelte Kriterium der "Angaben rein faktischer Art" nicht auf Einvernahmen übertragen werden. Weiter gefährde diese Ausweitung die Wahrheitsfindung und verunmögliche die Durchführung von Zeugeneinvernahmen in der Praxis.

**5.4** Seit der Begründung der kritisierten Praxis im September 2018 (bestätigt mit Urteil B-6482/2018 [noch nicht rechtskräftig]) hat sich weder die äussere Situation noch die allgemeine Rechtsprechung verändert. Die von der Vorinstanz begehrte Praxisänderung liesse sich somit nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Interesse der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (vgl. dazu BGE 135 I 79 E. 3; Urteil des BVGer A-4777/2011 vom 5. April 2012 E. 8.3; BVGE 2009/34 E. 2.4.1 S. 464).

**5.5** Es ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz angeführten Argumente so gewichtig sind, dass sich eine Änderung der vom Bundesverwaltungsgericht eingehend begründeten Rechtsprechung rechtfertigt.

**5.5.1** In einem ersten Schritt ist auf die Rüge der Vorinstanz einzugehen, wonach die Ausweitung des Aussageverweigerungsrechts der Bedeutung von nemo-tenetur im Kartellrecht widerspreche. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 144 IV 28, in welchen das Bundesgericht eine klare Differenzierung zwischen der Rolle der Zeugin mit einem Zeugnisverweigerungsrecht aus einem Näheverhältnis und der Rolle der Auskunftsperson mit einem generellen Auskunftsverweigerungsrecht vorgenommen habe.

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

**5.5.3** Wie bereits festgestellt (vgl. E. 5.1 hiervor), stand B. \_\_\_\_\_ vom 1. Januar 2015 bis 27. September 2016 in einem besonders nahen Verhältnis sowohl zur Beschwerdeführerin als auch zum Einvernahmegegenstand.

Eine quasi unbeschränkte Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ 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*) jedoch nicht vereinbar. Entsprechend darf die Vorinstanz B. \_\_\_\_\_ für seine Tätigkeit im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 27. September 2016 nicht uneingeschränkt, sondern nur innerhalb der vom Bundesverwaltungsgericht aufgezeigten Schranken als Zeuge einvernehmen (vgl. E. 5.1 hiervor).

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

**5.5.5** In diesem Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf diverse Lehrmeinungen in Deutschland, welche die Auffassung vertreten, dass lediglich die aktuellen Organe ein Unternehmen verkörpern und sich auf das Recht zu Schweigen berufen können. Im Gegensatz dazu würden ehemalige Organe und andere Mitarbeiter das Unternehmen nicht verkörpern, weshalb sie Zeugenstatus hätten.

Die zu diesem Thema in Deutschland ergangene Literatur und Judikatur lässt sich nur beschränkt auf die Situation in der Schweiz übertragen, da diese die schweizerische Gesetzgebung nicht berücksichtigt. Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, wie die Vorinstanz richtig erwähnt, dass die zitierten Aussagen mit der bisherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts übereinstimmen. Dieses hat festgehalten, dass ein ehemaliges Organ bzw. ehemaliger Mitarbeiter nach den einschlägigen kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften grundsätzlich als Zeuge i.S.v. Art. 42 KG einvernommen werden kann (BVGE 2018 IV/12 E. 3.7; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.5 [noch nicht rechtskräftig]).

**5.5.6** Die Vorinstanz erachtet jedoch die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Einschränkung, dass das zu beurteilende ehemalige Organ der juristischen Person, gegen welche sich das (Kartell-)Sanktionsverfahren richtet, nicht uneingeschränkt als Zeuge einvernommen werden kann, als systemfremd. Ein solches aussergesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht verletze zudem Art. 190 BV.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis dient das Verfahrensrecht dazu, auf eine faire Weise die Realisierung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Dabei ist 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 (BGE 140 II 384 E. 3.3.5). In Ermangelung eines spezifischen Kartellverfahrensgesetzes hat das Bundesverwaltungsgericht in casu unter Berücksichtigung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Abwägung der Interessen des betroffenen Unternehmens und der Behörde eine sachgerechte Lösung aufgezeigt, die auch den Besonderheiten der kartellrechtlichen Verfahren Rechnung tragen soll.

**5.5.7** Die Vorinstanz macht dagegen geltend, dass das für Auskunftsbegehren entwickelte Kriterium der "Angaben rein tatsächlicher Art" nicht auf Einvernahmen übertragen werden könne, dass diese Ausweitung die Wahrheitsfindung gefährde und dadurch die Durchführung von Zeugeneinvernahmen in der Praxis generell verunmöglicht würden.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine Differenzierung zwischen Angaben rein tatsächlicher Art (Tatsachen und Geschehnisse) sowie Angaben, durch die ein Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten eingestehen müsste, im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein kann.

In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber in mehreren Urteilen zum einen ausdrücklich festgehalten, dass sich eine Beschränkung der Grundsätze eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK weder aufgrund der Komplexität einer Materie noch der Notwendigkeit einer Mitwirkung des Betroffenen für eine inhaltlich korrekte Feststellung des massgeblichen Sachverhalts rechtfertigen lässt (vgl. EGMR, 19235/03, *Martinen*, Ziff. 74; EGMR, 34720/97, *Heaney & McGuinness*, Ziff. 57; EGMR, 19187/91, *Saunders*, Ziff. 74). Zum anderen hat er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Unterscheidung zwischen reinen Tatsachenaussagen und Eingeständnissen ausgeschlossen ist, wenn die reinen Tatsachenaussagen zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren zu belastenden Aspekten umfunktioniert werden und damit zum Nachteil des Beschuldigten geraten können (vgl. EGMR, *Saunders*, 19187/91, Ziff. 71; im Ergebnis ebenso EGMR, 6563/03, *Shannon*, Ziff. 37; Urteil B-7633/2009 Rz. 109).

Eine entsprechende Differenzierung kann demzufolge nur dann vorgenommen werden, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die reinen Tatsachenaussagen nicht zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine belastende Rolle in der Beweisführung der Vorinstanz oder der Rechtsmittelgerichte spielen. Dies wird im Regelfall jedoch nur für gewisse einzelne allgemeine Informationen, wohl aber nicht für den überwiegenden

Teil der durch die Wettbewerbsbehörden erhobenen und verwendeten spezifischen Informationen möglich sein. Eine generelle Qualifizierung von bestimmten einzelnen Informationen, inwieweit deren Verwendung im Verfahren zulässig wäre, kann angesichts der durch die Europäische Menschenrechtskonvention vorgegebenen Prämissen jedenfalls ausgeschlossen werden, weshalb im Einzelfall eine Beurteilung der jeweils vorliegenden konkreten Umstände vorzunehmen ist (Urteil B-7633/2009 Rz. 110).

Auch wenn die Praxis der EU-Gerichte und der EU-Wettbewerbsbehörden für die Beurteilung dieser Frage durch ein schweizerisches Gericht nicht massgebend ist, zeigt ein Verweis trotz allem auf, dass diese dieselbe Unterscheidung vornehmen (vgl. EuGH, 25.1.2007, C-407/ 04 P, Dalmine SpA gg. Kommission, EU:C:2007:53, Ziff. 34; EuGH, 18.10.1989, C-374/87, Orkem SA gg. Kommission, EU:C:1989:387, Rn. 34 f; Urteil B-7633/2009 Rz. 106 und 108).

Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch die EU-Wettbewerbsbehörden in der Lage sein müssen, Befragungen gegebenenfalls auf Angaben rein tatsächlicher Art zu beschränken. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits ausgeführt hat, kann der Verlauf der genauen Linie zwischen den im Rahmen einer formellen Zeugenbefragung zulässigen und den unzulässigen Fragen nicht zum Vornherein abstrakt gezogen 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 (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5 in fine; bestätigt mit Urteil B-6482/2018 E. 5.4.7 [noch nicht rechtskräftig]).

**5.5.8** Schliesslich können Schwierigkeiten hinsichtlich Voraussehbarkeit und Planbarkeit der Befragungen kein Grund sein, um von grund- und verfahrensrechtlich zustehenden Verteidigungsrechten, wie dem nemo-tenetur-Grundsatz, abzuweichen, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht.

**5.6** Gestützt auf diese Ausführungen hält das Bundesverwaltungsgericht bezüglich des vorliegend konkret zu beurteilenden Näheverhältnisses von B.\_\_\_\_\_ zur Beschwerdeführerin, was die Zeitperiode vom 1. Januar 2015 bis 27. September 2016 anbelangt, an seiner bisherigen Praxis fest. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts wird mit dieser Lösung mangels eines spezifischen Kartellverfahrensgesetzes am besten ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen erreicht.

**6.**

Zusammenfassend erweist sich eine Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ als Zeuge im Untersuchungsverfahren (...) gegen die Beschwerdeführerin nach den einschlägigen Verfahrensvorschriften demnach grundsätzlich als zulässig. Sie stellt nach dem Dargelegten nicht *per se* eine Verletzung der strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK, insbesondere des nemo-tenetur-Grundsatzes, dar, weshalb die Beschwerde – soweit darauf eingetreten werden kann – abzuweisen ist. Die Vorinstanz ist jedoch gehalten, bei der Einvernahme bezüglich der Ereignisse in der Zeitperiode vom 1. Januar 2015 bis 27. September 2016 die dargelegten, aus Art. 6 EMRK fließenden Grenzen zu beachten.

**7.**

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

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

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

**7.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64



Abs. 2 VwVG). Der hauptsächlich unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

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

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: 17. März 2020