



Abteilung II
B-6483/2018

Urteil vom 3. Dezember 2019

Besetzung

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

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dr. Michael Tschudin, Rechtsanwalt,
Wenger & Vieli AG,
Dufourstrasse 56, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verfügung vom 14. November 2018 in Sachen Untersuchung
(...); Vorladung als Zeugin.

Sachverhalt:**A.**

Am 13. November 2018 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten (nachfolgend: Vorinstanz) gegen mehrere Unternehmen (...), darunter B._____ AG und die C._____ eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (zitiert in E. 2.1). Die Vorinstanz hegte den Verdacht, dass die Untersuchungsadressaten unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, um (...). Gleichentags begannen die Wettbewerbsbehörden bei den Untersuchungsadressaten 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 A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), 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 bei den Untersuchungsadressatinnen geeignet erschienen, über die mutmasslichen Wettbewerbsverstösse Auskunft zu geben.

Im Verlauf der Hausdurchsuchung bei der C._____ luden die Wettbewerbsbehörden die Beschwerdeführerin für eine Parteieinvernahme der C._____ vom 14. November 2018 vor. Nachdem sie die Aussagen zu Fragen bezüglich ihrer früheren Tätigkeit bei der B._____ teilweise verweigerte, wurde seitens der Untersuchungsbehörde entschieden, die Beschwerdeführerin bezüglich ihrer Rolle bei der B._____ als Zeugin vorzuladen.

Am 14. November 2018 lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in ihrer Rolle als ehemalige Angestellte der B._____ als Zeugin vor. Die Zeugeneinvernahme wurde auf den 15. November 2018, 14:00 Uhr, in (...) angesetzt.

B.

Gegen die Zeugeneinvernahme erhebt A._____ mit Eingabe vom 15. November 2018 (vorab per Fax) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

"1. Die Verfügung vom 14. November 2018 betr. (...) – Vorladung als Zeugin sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Eventualiter sei die Zeugenbefragung der Beschwerdeführerin bis zum Zeitpunkt über den rechtskräftigen Entscheid betreffend das Konzernverhältnis zwischen der B. _____ AG und der C. _____ zu sistieren bzw. zu verschieben.

3. Subeventualiter sei die Verfügung vom 14. November 2018 betr. (...) – Vorladung als Zeugin insoweit zu präzisieren, dass nur Fragen in Bezug auf Angaben rein tatsächlicher Art gestellt werden, welche sich weder für die B. _____ AG noch die C. _____ belastend auswirken könnten.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz bzw. der Schweizerischen Eidgenossenschaft."

Die Beschwerdeführerin stellt weiter folgende Verfahrensanträge:

"1. Die Verfügung vom 14. November 2018 betr. (...) – Vorladung als Zeugin sei während des Beschwerdeverfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vollumfänglich aufzuheben. Die Vorinstanz sei anzuweisen, keine Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin anzuordnen oder durchzuführen.

2. Der 1. Verfahrensantrag sei superprovisorisch – ohne Anhörung der Vorinstanz – anzuordnen."

In formeller Hinsicht führt sie als Begründung an, die angefochtene Verfügung begründe einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, weil sie zu einer Beweisaussage mit entsprechenden Sanktionen gezwungen werden könne. Überdies müsse die Beschwerdeführerin bei einer Zeugenaussage mit arbeitsrechtlichen Folgen rechnen, da sie bei ihrem Übertritt zu C. _____ mit der B. _____ vereinbart habe, (...).

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie habe als im Handelsregister eingetragenes Mitglied der Geschäftsleitung weiterhin Organstellung bei der B. _____. Auch qualifiziere sie ihre Funktion als Mitglied der Geschäftsleitung der C. _____, einer Joint-Venture Tochter der B. _____ mit einem Aktienanteil von 50 %, als Organ der B. _____. Entsprechend könne die Beschwerdeführerin nur als Partei(-vertreterin) und nicht als Zeugin einvernommen werden.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 15. November 2018 heisst das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf superprovisorischen

Erlass einer vorsorglichen Massnahme gut und untersagt der Vorinstanz bis auf weiteres, die Beschwerdeführerin als Zeugin einzuvernehmen (Ziff. 2 des Dispositivs).

D.

Mit Eingabe vom 16. November 2018 (eingegangen per Fax) stellt die Vorinstanz ein Gesuch um superprovisorische Aufhebung des Verbots zur Durchführung der Zeugeneinvernahme mit der Beschwerdeführerin.

Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2018 weist das Bundesverwaltungsgericht dieses Gesuch ab.

E.

Mit Vernehmlassung vom 6. Dezember 2018 beantragt die Vorinstanz Folgendes:

"1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, sofern überhaupt darauf einzutreten ist. Die Verfügung vom 14. November 2018 betr. (...) – Vorladung als Zeugin von A. _____ sei zu bestätigen.

2. Das superprovisorische Verbot der Zeugeneinvernahme von A. _____ sei aufzuheben, und der Vorinstanz zu gestatten, diesbezüglich einen neuen Termin anzusetzen.

3. Der Vorinstanz sei zu gestatten, A. _____ ohne Einschränkungen zur ihrer früheren Tätigkeit bei der B. _____ AG als Zeugin einzuvernehmen.

- unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –"

Als Begründung macht die Vorinstanz geltend, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr direktes Organ der B. _____ sei, da der entsprechende Handelsregistereintrag per (...) gelöscht worden sei. Auch liege keine Organstellung aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der B. _____ und der C. _____ vor, so dass die Beschwerdeführerin auch nicht als indirektes Organ der Beschwerdeführerin anzusehen sei. Entsprechend könne die Beschwerdeführerin ohne Einschränkungen als Zeugin zu ihrer früheren Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin einvernommen werden.

F.

Innert erstreckter Frist hält die Beschwerdeführerin mit Replik vom 8. Februar 2019 unverändert an den bisher gestellten Anträgen und Begründungen fest und stellt folgende zusätzliche Anträge:

"5. Das (erneute) Gesuch der Vorinstanz auf Aufhebung des superprovisorischen Verbots der Zeugeneinvernahme der Beschwerdeführerin sei abzuweisen.

6. Auf das Gesuch der Vorinstanz, es sei ihr zu gestatten, die Beschwerdeführerin ohne Einschränkungen zu ihrer früheren Tätigkeit bei der B. _____ AG als Zeugin einzuvernehmen, sei nicht einzutreten.

7. Eventualiter sei das Gesuch der Vorinstanz, es sei ihr zu gestatten, die Beschwerdeführerin ohne Einschränkungen zu ihrer früheren Tätigkeit bei der B. _____ AG als Zeugin einzuvernehmen, abzuweisen.

G.

Die Vorinstanz hält ebenfalls innert erstreckter Frist mit Duplik vom 10. April 2019 unverändert an den im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 6. Dezember 2018 gestellten Anträgen fest.

H.

Die Beschwerdeführerin reicht am 6. Mai 2019 eine Stellungnahme zur Duplik der Vorinstanz ein. Sie zieht dabei Antrag Ziff. 5 der Replik vom 8. Februar 2019 zurück.

Die Vorinstanz reicht ihrerseits am 21. Mai 2019 ihre Schlussbemerkungen ein, welche der Beschwerdeführerin am Folgetag zugestellt wurden.

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/Schraner/Spühler [Hrsg.], Kommentar KG, 2018, Art. 42 Rz. 65) betreffend die Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin in ihrer Rolle als ehemalige Angestellte der B._____ im Rahmen der kartellrechtlichen Untersuchung (...) gegen mehrere (Unternehmen), darunter die B._____ und die C._____.

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, vorbehältlich der Anfechtung von Verfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand (Art. 45 Abs. 1 VwVG), gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur zulässig, wenn entweder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Bst. a) oder aber die Guttheissung 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 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-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 für sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, da sie zu einer Beweisaussage mit entsprechenden Sanktionen gezwungen werden könne. Falls sich im Nachhinein eine ihrer Aussagen in diesem komplexen Kartellrechtsfall als nicht korrekt herausstelle, müsse

sie mit einer strafrechtlichen Verfolgung rechnen. Überdies müsse sie bei einer Zeugenaussage mit (...) rechnen.

2.2.2 Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung und in der Duplik die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Nähere Ausführungen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, lassen sich in den vorinstanzlichen Eingaben nicht finden.

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 Einvernahme 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) in einem gleich gelagerten Fall ausgeführt hat, regelt die angefochtene Zwischenverfügung die Frage der Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme der Beschwerdeführerin 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 be-

reits 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 indirekt angerufene selbständige Recht auf Auskunft- 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).

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.).

2.2.6 Zusammenfassend kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine allenfalls unzulässige Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin und eine allfällige Verletzung des Auskunftsverweigerungsrechts einen nicht wieder gutzumachenden 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 14. 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 der Beschwerdeführerin selbständig eröffnet. Als Adressatin ist sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

2.4 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). Der Vertreter hat 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 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 14. November 2018 wurde die Beschwerdeführerin als Zeugin vorgeladen, um in ihrer Rolle als ehemalige Angestellte der B. _____ auszusagen. Im Beschwerdeverfahren macht die Vorinstanz geltend, die Beschwerdeführerin könne uneingeschränkt als Zeugin zu ihrer früheren Tätigkeit bei der B. _____ einvernommen werden, da sie aktuell keine direkte Organstellung bei der B. _____ innehatte und sich auch keine indirekte Organstellung aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der B. _____ und der C. _____ ergebe.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen diese Vorladung und macht geltend, sie dürfe in dem in Frage stehenden Verfahren unter Berücksichtigung des Gegenstands der Einvernahme nicht als Zeugin, sondern einzig als Partei einvernommen werden. Als Partei(-vertreterin) der B. _____ könne sich Beschwerdeführerin auf das der B. _____ zustehende Aussageverweigerungsrecht berufen. Die Einvernahme von Beschwerdeführerin als Zeugin verletze den nemo-tenetur-Grundsatz.

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. Editonsverweigerungsrecht eingeschränkt. So haben die Adressaten der Auskunftspflicht 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 verweigern. Nach Art. 42 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BZP kann der Zeuge das Zeugnis u.a. verweigern, wenn die Beantwortung der Frage ihn bzw. eine ihm nahestehende Person der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen kann oder ihm einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit einem Betrag bis zu Fr. 100'000.– belastet (Art. 52 KG). Zudem wird eine Person, die vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, mit Busse bis zu Fr. 20'000.– Franken bestraft (Art. 55 KG).

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

Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht in Art. 12 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 (Zeugnisspflicht) 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).

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 Untersuchungsmassnah-

men 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.).

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 verfahrensrechtlichen 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 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 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 die Beschwerdeführerin als Organ der B. _____ zu qualifizieren ist, sei es direkt oder aufgrund eines Konzernverhältnisses zwischen der B. _____ 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.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 Rz. 2 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verwaltungsverfahren, 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 Verwaltungsverfahrensrecht jedoch grundsätzlich nach dem Zivilrecht (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Rz. 469 und 500; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., 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 gel-

ten 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 Entscheidungen 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, 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).

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)

4.2 Das vorliegend in Frage stehende Untersuchungsverfahren der Vorinstanz richtet sich gegen die B. _____ als juristische Person. Die B. _____ 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 der Beschwerdeführerin bei der B. _____ zu prüfen.

4.3.1 Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerde geltend, sie sei im Handelsregister als Mitglied der Geschäftsleitung der B. _____ verzeichnet.

4.3.2 Demgegenüber stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei nicht mehr Mitglied der Geschäftsleitung der B. _____, was die entsprechende Löschung im Handelsregister per (...) belege.

4.3.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem vergleichbaren Fall bereits entschieden hat, ist für die Beurteilung der verfahrensrechtlichen Rolle der Beschwerdeführerin 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. BSGE 2018 IV/12 E. 3.4 m.w.H.). 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 Mit der Vorinstanz kann festgehalten werden, dass spätestens mit der Löschung der Beschwerdeführerin als Mitglied der Geschäftsleitung der B._____ aus dem Handelsregister per 30. November 2018 keine aktuelle direkte Organstellung mehr bestand. Da die Beschwerdeführerin im Rahmen der Einvernahme vom 14. November 2018 zudem zu Protokoll gab, nicht mehr in der Geschäftsleitung der B._____ vertreten zu sein, bestand auch zum Zeitpunkt der beabsichtigten Einvernahme am 15. November 2019 keine direkte Organstellung mehr. Dies gilt selbst dann, wenn wie in casu die formelle Löschung im Handelsregister zeitlich verzögert erfolgte.

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

4.4.1 Hinsichtlich ihrer Stellung bei der C._____ ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ab 12. Februar 2016 als Geschäftsführerin mit Kollektivprokura zu zweien tätig war und per 1. September 2018 zum CEO ernannt wurde.

In ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin verfügte die Beschwerdeführerin zweifelsohne über Organstellung bei der C._____ (Art. 809 OR; vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar OR II, Basel 2016, Art. 809 N 4 f.). Aber auch in ihrer Funktion als CEO ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin weiterhin Aufgaben der Geschäftsführung wahrnimmt und somit eine Organfunktion einnimmt. Denn auch das GmbH-Recht geht grundsätzlich 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. 827 N 5; BGE 128 III 29 E. 3 m.w.H.).

Die aktuelle Organstellung der Beschwerdeführerin bei der C. _____ wird auch von der Vorinstanz nicht bestritten. Entsprechend kann die Beschwerdeführerin bezüglich Fragen, die ihre Tätigkeit bei der C. _____ betreffen oder betrafen nicht als Zeugin einvernommen werden, weshalb sie die Aussage auf entsprechende Fragen verweigern dürfte.

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

4.4.2.1 Sachverhaltsmässig ist erstellt, dass die C. _____ ein Joint-Venture der B. _____ und der D. _____ ist. Dabei hält die B. _____ 500 Stimmrechtsanteile à Fr. 100.– nominal und die D. _____ 250 Stimmrechtsanteile à Fr. 200.– nominal. Entsprechend ist das Gesellschaftskapital auf beide Joint-Venture Partner mit je 50 % verteilt.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, indem die B. _____ sie als Geschäftsführerin der C. _____ entsandt habe, werde dokumentiert, dass die B. _____ die C. _____ kontrolliere.

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 B. _____. Entsprechend sei die Beschwerdeführerin unter Einbezug ihrer Stellung bei der C. _____ auch nicht auf indirektem Weg als aktuelles Organ der B. _____ zu qualifizieren.

4.4.2.2 Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} 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^{bis} 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 kein klassischer Konzernsachverhalt vor, in welchem die Tochtergesellschaft zu 100 % der Muttergesellschaft gehört. Entsprechend ist auch keine wirtschaftliche Einheit mit einer einheitlichen Leitung zu beurteilen. Bei der C. _____ handelt es sich vielmehr um ein Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture), welches gemeinsam von der B. _____ und der D. _____ kontrolliert wird. Da das Gesellschaftskapital auf beide Joint-Venture Partner mit je 50 % verteilt (paritätischer Anteilsbesitz) ist, 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 an bzw. der fehlenden Autonomie gegenüber 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 Vorinstanz wendet diesbezüglich ein, C._____ trete unabhängig am Markt auf. Sie gebe nicht nur (...) der beiden Joint-Venture Partner heraus, sondern habe zahlreiche weitere (...) -Partner. Zudem werde die C._____ im Auszug des Geschäftsberichts der B._____ nicht als "Subsidiary" sondern als "equity method investment" bezeichnet.

4.4.2.9 Ohne ein allfälliges Konzernverhältnis zwischen der B._____ und der C._____ im Rahmen der hier zu beurteilenden Zwischenverfügung über eine Zeugenvorladung endgültig zu beurteilen, lässt sich hierzu immerhin Folgendes festhalten:

Die C._____ wird von der D._____ und der B._____ gemeinsam kontrolliert, da beide Anteile im Wert von je Fr. 50'000.– (B._____: 500 Stimmrechtsanteile à Fr. 100.– nominal; D._____: 250 Stimmrechtsanteile à Fr. 200.– nominal) halten. Nach der gesetzlichen Regelung ist das Stimmrecht bei der GmbH kapitalbezogen, indem es sich nach dem Nennwert der Stammanteile bemisst (vgl. TRUFFER/DUBS, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, 5. Aufl. 2016, Art. 806 N. 5). Damit fehlt es der B._____ auch an der Möglichkeit zur direkten oder indirekten

Berufung einer Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der einzelnen Gruppengesellschaft, weshalb auch das zweite Kriterium für eine allfällige Bejahung eines Beherrschungsverhältnisses der B._____ gegenüber der C._____ nicht gegeben ist (vgl. E.4.4.2.3 hiervor).

4.4.2.10 Ein weiteres Indiz, dass der Einfluss der B._____ auf die C._____ nicht über die mit der D._____ ausgeübte gemeinsame Kontrolle hinausgeht, ist – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt – der Umstand, dass die B._____ im Geschäftsbericht per Ende 2017 die Beteiligung an der C._____ unter "Significant equity method investments" und nicht als "Subsidiary" in der Konzernrechnung aufführt (vgl. Beschwerdebeilage 5).

Der gleiche Schluss lässt sich auch aus dem Internetauftritt der C._____ folgern, wenn sie auf ihrer Homepage zu ihrem Unternehmen Folgendes ausführt (...):

"..."

Es spricht jedoch nicht nur der Hinweis auf die eigene Gesamtverantwortung in der (...) für einen unabhängigen Marktauftritt von C._____, sondern auch der Umstand, dass sie nebst den (...) der B._____ und von D._____ diverse weitere (...) -Partner hat (...).

4.4.3 Aufgrund des Dargelegten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bei der B._____ auch in indirekter Weise aktuell keine Organstellung innehat. Entsprechend kann sie in dem gegen die B._____ gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren grundsätzlich auch nicht als Partei(-vertreterin) einvernommen werden. Vielmehr hat sie – zumindest nach der Konzeption des Kartellgesetzes – als "Dritte" zu gelten, welche von der Vorinstanz nach Art. 42 KG grundsätzlich als Zeugin unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und unter Strafandrohung bei Falschaussage einvernommen werden darf.

5.

Auch wenn eine aktuelle Organstellung der Beschwerdeführerin bei der B._____ verneint wird, kann sie als ehemaliges Organ der B._____ trotzdem nicht uneingeschränkt als Zeugin einvernommen werden. 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.).

5.1 Gestützt auf diese Praxis ist eine Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin nur zulässig, solange es sich um Angaben rein tatsächlicher Art handelt, welche sich für die B._____ im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung nicht direkt belastend auswirken können. Eine Aussage als Zeugin unter Straffolge kommt indes nicht in Betracht im Hinblick auf Fragen, welche letztlich zu einer impliziten Schuldanerkennung der B._____ führen könnten (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5). Hier böte sich – *a majore ad minus* – lediglich eine Befragung als Auskunftsperson an (Art. 12 Bst. c VwVG; vgl. hierzu u.a. AUER, Komm. VwVG, Ar. 12 Rz. 36), d.h. eine Befragung ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht und ohne Strafan drohung bei Falschaussage sowie mit dem Recht, die Aussage zu verwei gern.

5.2 Die Vorinstanz ersucht das Bundesverwaltungsgericht, auf diese Praxis zurückzukommen und beantragt eine Zeugeneinvernahme der Beschwerdeführerin 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.

5.3 Seit der Begründung der kritisierten Praxis im September 2018 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).

5.4 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.

5.4.1 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 welchem 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.

5.4.2 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 B. _____ 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.).

5.4.3 Wie bereits festgestellt (vgl. E. 4.3 f. hiervor), war die Beschwerdeführerin im untersuchungsrelevanten Zeitraum (im Gegensatz zum Zeitpunkt der Befragung) formelles und faktisches Organ der B. _____.

Es ist – zumindest soweit ersichtlich – davon auszugehen dass die Einvernahme der Beschwerdeführerin sich im Wesentlichen auf Sachverhalte bezieht, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit in Organfunktion für die B. _____ wahrgenommen hat. Sie steht aufgrund ihrer ehemaligen Tätigkeit bei der B. _____ somit in einem besonders nahen Verhältnis zur Verfahrenspartei. Dabei ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin persönlich als natürliche Person nicht nach Art. 49a KG gebüsst werden kann. Vielmehr wird ihr damaliges Verhalten als Organ der B. _____ im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Beurteilung der B. _____ als juristischer Person zugerechnet. Als Zeuge untersteht die Beschwerdeführerin indes der Wahrheitspflicht, mit der Folge, dass sie für falsche oder unvollständige Aussagen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden kann

(Art. 307 i.V.m. Art. 309 StGB). Der auf sie ausgeübte Druck ist mithin also erheblich. Dabei kann sie sich zwar uneingeschränkt auf ihr persönliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Dies wäre insbesondere dort denkbar, wo die Vorinstanz ihr Fragen zu ihrem damaligen Verhalten als Organ der B. _____ unterbreitet und ihr allenfalls die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung bzw. Betrug droht oder Schadenersatzforderungen aus Verantwortlichkeit gegen sie 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 die Beschwerdeführerin sich – mangels persönlicher Betroffenheit – nach dem Gesagten nicht auf ihr 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).

Eine quasi unbeschränkte Einvernahme der Beschwerdeführerin als Zeugin wäre vorliegend demnach durchaus geeignet, das aus Art. 6 EMRK fließende Schweigerecht der B. _____ 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 die Beschwerdeführerin nicht uneingeschränkt, sondern nur innerhalb der vom Bundesverwaltungsgericht aufgezeigten Schranken als Zeugin einvernehmen (vgl. E. 5.1 hiervor).

5.4.4 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 B. _____ führen könnten, nicht in Betracht komme (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.2 ff.).

5.4.5 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).

5.4.6 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 bundgerichtlichen 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.

5.4.7 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 Verfah-

ren 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 die genaue Linie zwischen den im Rahmen einer formellen Zeugenbefragung zulässigen und den unzulässigen Fragen nicht zum Vornherein abstrakt beantwortet werden. Vielmehr ist hierbei jeweils auf die konkrete Fragestellung sowie letztlich auch auf die Verwendung der daraus resultierenden Aussagen im weiteren Verlauf des Verfahrens abzustellen (BVGE 2018 IV/12 E. 4.5.5 in fine).

5.4.8 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. Auch ist nicht einzusehen, weshalb die Unterscheidung zwischen "Angaben rein tatsächlicher Art" und (selbst-)belastenden Aussagen, wie die Vorinstanz geltend macht, nur im Zusammenhang mit der Edition von Dokumenten und der Erteilung schriftlicher Auskünfte und nicht auch bei mündlichen Einvernahmen gelten soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Rechtsprechung keine Einschränkung auf die Erteilung schriftlicher Auskünfte vorgenommen (vgl. Urteil B-7633/2009 Rz. 94 ff.), und es wäre auch nicht einzusehen bzw. mit der Schweizer Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn der nemo-tenetur-Grundsatz nur bei der Einholung schriftlicher Auskünfte nicht jedoch bei mündlichen Einvernahmen Geltung hätte.

5.5 Gestützt auf diese Ausführungen hält das Bundesverwaltungsgericht bezüglich des vorliegend konkret zu beurteilenden Näheverhältnisses der Beschwerdeführerin zur B._____ 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 der Beschwerdeführerin als Zeugin im Untersuchungsverfahren (...) gegen die B. _____ 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 im Hauptantrag abzuweisen ist. Die Vorinstanz ist jedoch in Gutheissung des Subeventualantrages gehalten, bei der Einvernahme 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.

Der Beschwerdeführer wird, zumal sie auch mit dem Verfahrensantrag durchgedrungen ist, als zu 50 % unterliegend betrachtet, weshalb ihr für das vorliegende Verfahren Fr. 1'000.– 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 Restbetrag von Fr. 1'000.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. 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 teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine reduzierte Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen. Da die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal Fr. 4'000.– als angemessen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird dem Subeventualantrag entsprechend und im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.– werden im Umfang von Fr. 1'000.– der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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: 10. Dezember 2019