

# **BGer 2C\_295/2021 vom 1. Dezember 2021**

Bundesgericht, 2021-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_295\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_295_2021)

FR: TF 2C\_295/2021 du 1 décembre 2021

IT: TF 2C\_295/2021 del 1 dicembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die beiden Beschwerden betreffen die gleichen Verfahrensbeteiligten und den gleichen Sachverhaltskomplex. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Verfahren zu vereinigen ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]; vgl. Urteile 2C\_614/2019 und 2C\_623/2019 vom 25. Juni 2020 E. 2, nicht publ. in: BGE 146 II 384 ).

### **E. 2**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1). Ebenso prüft es von Amtes wegen, ob die Vorinstanz zu Recht auf ein Rechtsmittel eingetreten ist, wenn es bundesrechtliche Prozessvoraussetzungen betrifft ( Art. 106 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 136 II 23 E. 3). Übersieht die Vorinstanz, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlte und entschied sie materiell, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben wird (vgl. BGE 142 V 67 E. 2.1; 141 V 605 E. 3.1; 136 V 7 E. 2).

### **E. 2.1**

Das kartellrechtliche Verfahren vor der WEKO (vgl. Art. 26 ff. KG ) ist ein Verwaltungsverfahren und richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021), soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG ). Die Verfügungen der WEKO sind daher grundsätzlich mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 33 lit. f VGG [SR 173.32]) und alsdann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (vgl. Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ) anfechtbar.

### **E. 2.1.1**

Nach Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45-50 VStrR sinngemäss anwendbar. Die Art. 45-50 VStrR regeln "Zwangsmassnahmen" - nämlich Allgemeine Bestimmungen ( Art. 45 VStrR ), Beschlagnahme (Art. 46 f. VStrR), Durchsuchung von Wohnungen und Personen (Art. 48 f. VStrR) sowie Durchsuchung von Papieren ( Art. 50 VStrR ). Bezüglich des Letzteren ist in Art. 50 Abs. 3 VStrR ausdrücklich angeordnet:

"Dem Inhaber der Papiere ist wenn immer möglich Gelegenheit zu geben, sich vor der Durchsuchung über ihren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere versiegelt und verwahrt, und es entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung (Art. 25 Abs. 1)."

### **E. 2.1.2**

Für die Entsiegelung ist somit der Weg an das Bundesstrafgericht ausdrücklich gesetzlich vorgegeben (vgl. auch Simon Bangerter, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht, 2014, S. 296; Christian Bovet/Yasmine Sabry, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 90 ff. zu Art. 42 LCart). Demgemäss ist das Bundesstrafgericht zu Recht auf das bei ihm erhobene Entsiegelungsgesuch der WEKO eingetreten. Gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist vor Bundesgericht die Beschwerde in Strafsachen zulässig (vgl. Art. 78 Abs. 1 BGG ; Urteil 1B\_101/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 1.2 f.), da der Entscheid über die Entsiegelung eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 79 BGG darstellt (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.3; Urteil 1B\_71/2019 vom 3. Juli 2019 E. 1, nicht publ. in: BGE 145 IV 273 ). Innerhalb des Bundesgerichts ist für deren Beurteilung grundsätzlich die I. öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig (vgl. Art. 29 Abs. 3 des Reglements vom 20. November 2006 für das Bundesgericht [BGerR; SR 173.110.131]).

### **E. 2.1.3**

In Bezug auf die Anordnung der Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme gilt Folgendes: Nach Art. 26 Abs. 1 VStrR kann gegen Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 45 ff. VStrR und damit zusammenhängende Amtshandlungen und Säumnis bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden. Art. 42 Abs. 2 KG verweist zwar auf die Art. 45-50 VStrR , aber nicht auf Art. 26 Abs. 1 VStrR . In Art. 44 KG (in der Fassung vom 20. Juni 2003 [vgl. AS 2004 1385 ff.]; in Kraft vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2006) war demgegenüber ausdrücklich vorgesehen, dass gegen Zwangsmassnahmen nach Art. 42 Abs. 2 KG bei der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden konnte. Diese Bestimmung wurde zwar mit Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes per 1. Januar 2007 aufgehoben (vgl. AS 2006 2197 ff., S. 2240), aber nicht um die bisherige Regelung inhaltlich zu ändern, sondern in der Meinung, dass sich die Anfechtung von Verfügungen der WEKO nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege richtet (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., S. 4419).

### **E. 2.1.4**

Daraus folgt, dass für die Anordnung der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme, anders als für die Entsiegelung (vgl. Art. 50 Abs. 3 VStrR ), der ordentliche verwaltungsrechtliche Weg gegeben ist - mithin die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 31 und Art. 33 lit. f VGG ) und anschliessend die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (vgl. Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Dabei ist innerhalb des Bundesgerichts die II. öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 19 BGerR). Davon geht auch das Bundesverwaltungsgericht aus (vgl. E. 2.2 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2012 E. 1 [Nikon]). Auch die Literatur geht de lege lata von dieser Rechtslage aus (vgl. Bangerter, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 307 f.; Bovet/Sabry, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 42 LCart; Simon Bangerter, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 146 ff. zu Art. 42 KG ; Jürg Bickel/Markus Wyssling, in: Roger Zäch et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, N. 269, N. 288 und N. 291 zu Art. 42 KG ; Martin Rauber, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des "legal privilege", 2010, S.

249), nicht ohne auf die Gefahr widersprüchlicher Entscheide von Bundesstrafgericht (im Entsiegelungsverfahren) und Bundesverwaltungsgericht hinzuweisen (vgl. Bovet/Sabry, a.a.O., N. 130 zu Art. 42 LCart; Bangerter, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 334 f.), da auch bei der Entsiegelung vorfrageweise die Zulässigkeit der Hausdurchsuchung zu prüfen ist (vgl. Bangerter, a.a.O. [BSK], N. 143 zu Art. 42 KG ; Bickel/Wyssling, a.a.O., N. 281 zu Art. 42 KG ). Eine Konzentration der Rechtswege beim Bundesstrafgericht war in der Revision des Kartellgesetzes vorgesehen gewesen. Art. 42 Abs. 3 des Entwurfs des Kartellgesetzes verwies für den Rechtsschutz gegen Massnahmen nach seinem Abs. 2 auf die Art. 26 Abs. 1 und Art. 28 VStrR (vgl. Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905 ff., S. 3995 f.). Die Revision kam in dieser Form jedoch nicht zustande.

### **E. 2.1.5**

Die Gefahr widersprüchlicher Entscheide besteht auch innerhalb des Bundesgerichts, wenn für die verschiedenen Fragen unterschiedliche Abteilungen zuständig sind. Dem Grundsatz folgend, wonach der Rechtsweg in der Hauptsache grundsätzlich auch für Vor- und Zwischenfragen sowie Nebenaspekte gilt, macht es in der vorliegenden Konstellation, in der

gleichzeitig sowohl ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als auch ein Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts beim Bundesgericht angefochten sind, Sinn, dass über beide Beschwerden die für das Wettbewerbsrecht in der Hauptsache zuständige II. öffentlich-rechtliche Abteilung entscheidet (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 19 BGerR). Die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen sind deshalb übereingekommen (vgl. Art. 36 Abs. 2 BGerR ), dass die II. öffentlich-rechtliche Abteilung in der vorliegenden Angelegenheit mit dieser spezifischen Konstellation in Abweichung vom Urteil 1B\_101/2008 auch über die Entsiegelung entscheidet.

### **E. 2.2**

Der Hausdurchsuchungsbefehl, die Beschlagnahmeverfügung und der Entscheid über die Entsiegelung sind Zwischenentscheide und als solche nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 BGG oder Art. 93 BGG beim Bundesgericht anfechtbar.

#### **E. 2.2.1**

Die Beschwerde gegen Entsiegelungsentscheide ist nach der Rechtsprechung zulässig, wenn der betroffenen beschuldigten Person wegen eines Eingriffs in ihre rechtlich geschützten Geheimnisinteressen ein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil droht ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; vgl. BGE 143 IV 462 E. 1 ; 143 I 241 E. 1; vgl. auch BGE 141 IV 289 E. 1). Die betreffenden Sachurteilsvoraussetzungen sind ausreichend zu substantzieren, soweit sie nicht offensichtlich erfüllt erscheinen ( Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 141 IV 1 E. 1.1). Das gilt auch für Entsiegelungen nach Art. 50 Abs. 3 VStrR (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, in den versiegelten Daten befände sich auch rechtlich geschützte Anwaltskorrespondenz, die unter das Anwaltsgeheimnis falle. Damit ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil hinreichend dargetan (vgl. Urteile 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 1.2; 1B\_459/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 1.1). Auf die Beschwerde im Verfahren 2C\_307/2021 ist daher einzutreten.

#### **E. 2.2.2**

In Bezug auf die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme der nicht versiegelten Unterlagen, welche Gegenstand des Verfahrens 2C\_295/2021 bilden, fragt sich, ob die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt sind. Diese Frage deckt sich im Wesentlichen mit derjenigen, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht auf die bei ihm erhobene Beschwerde eingetreten ist, was das Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen hat (vgl. E. 2 i.f. hiervor). Diese Prüfung ist im Folgenden vorzunehmen (vgl. E. 3 hiernach). Nicht einzutreten ist jedenfalls auf die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021, soweit darin die Rückgabe der beschlagnahmten elektronischen Dokumente und die Feststellung der Nichtverwertbarkeit derselben beantragt wird. Insoweit ist die Vorinstanz auf die Beschwerde nicht eingetreten (vgl. Bst. B hiervor) und die Beschwerdeführerinnen stellen diesen Nichteintretensentscheid nicht infrage.

### **E. 3**

Zu prüfen ist nach dem soeben Dargelegten zunächst, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht auf die Beschwerde eingetreten ist (Verfahren 2C\_295/2021; Beschwerde gegen das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2021).

#### **E. 3.1**

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Zwischenentscheide setzt gemäss Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 VwVG voraus, dass diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b), wobei die zweite Variante hier von vornherein nicht infrage kommt. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil ist zu verneinen, wenn die beschwerdeführende Person alle Rechte vollumfänglich in einem anderen Verfahren wahrnehmen oder sich gegebenenfalls gegen eine sie belastende Massnahme mit Beschwerde gegen die Endverfügung zur Wehr setzen kann. Allein die Belastung durch ein hängiges Verfahren führt nicht dazu, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil anzunehmen, ansonsten jede Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens, welches möglicherweise zu einem nachteiligen Endentscheid führen könnte, selbständig anfechtbar sein müsste (vgl. BGE 131 II 587 E. 4.1.2; Urteil 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.3). Wie jede Beschwerde setzt sodann auch diejenige gegen eine Zwischenverfügung voraus, dass die beschwerdeführende Person 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 (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Das schutzwürdige Interesse muss grundsätzlich aktuell sein. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses ist abzusehen, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 146 II 335 E. 1.3; 140 IV 74 E. 1.3.3; 135 II 430 E. 2.2).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat das Eintreten mit folgender Argumentation begründet:

##### **E. 3.2.1**

In Bezug auf die Hausdurchsuchung erwog die Vorinstanz (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Urteils), die Beschwerdeführerinnen legten in mehrfacher Beziehung zumindest einen

potenziellen wirtschaftlichen Schaden dar. Im Nachgang zur Anordnung der Hausdurchsuchung hätten gewisse Lieferanten einem Aufruf von C.\_\_\_\_\_ folgend die Vertragsbeziehungen mit ihnen sistiert oder gar gekündigt. In mehreren Medien seien auch die Hausdurchsuchungen erwähnt worden. Es sei naheliegend, dass daraus ein gewisser Reputationsschaden entstehe, wobei nicht auszuschliessen sei, dass dieser zumindest zum Teil auf die Hausdurchsuchung zurückzuführen sei. Dieser Schaden könnte auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden. Das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG sei damit erfüllt. Sodann hat sie erwogen, die Voraussetzungen für einen Verzicht auf das aktuelle Interesse seien gegeben (vgl. E. 4.4.6 f. des angefochtenen Urteils) : Eine rechtzeitige Überprüfung eines Hausdurchsuchungsbefehls sei kaum je möglich, da dieser seinem Zweck entsprechend sofort vollstreckt werde. Zudem sei vorliegend zum ersten Mal ein Durchsuchungsbefehl der WEKO angefochten. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung sei vom Bundesverwaltungsgericht noch nie beantwortet worden. Zwar erfolge eine vorfrageweise Überprüfung im Entsiegelungsverfahren, doch schlage sich diese nicht im Dispositiv nieder und entfalte daher keine Rechtskraft. Zudem könnten sich die aufgeworfenen Fragen unter ähnlichen Umständen wieder stellen und die Beantwortung liege wegen der grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse.

### **E. 3.2.2**

In Bezug auf die Beschlagnahme erwog die Vorinstanz, Beschlagnahme durch Reproduktion stellten Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar. Die Informationen könnten gegen den Willen der Beschwerdeführerinnen im Untersuchungsverfahren verwendet werden. Es liege daher ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils). Sodann liege bei Beschwerden gegen Beschlagnahmeverfügungen regelmässig ein aktuelles schutzwürdiges Interesse vor, da die Beschlagnahme - anders als die Hausdurchsuchung - anhalte (vgl. E. 4.5 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.2.3**

Schliesslich trat die Vorinstanz auch auf das bei ihr gestellte Rechtsbegehren Ziff. 5 (Anordnung der Unverwertbarkeit; vgl. Bst. B hiervor) mit der Begründung ein, zwar habe die WEKO über die Verwertbarkeit der beschlagnahmten Beweismittel noch nicht entschieden (vgl. E. 2.7 des angefochtenen Urteils), doch sei dieses Rechtsbegehren derart eng mit der übrigen Streitsache verbunden, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden könne (vgl. E. 2.10 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.3**

Diese Argumentation der Vorinstanz steht nicht mit der strafprozessualen Rechtsprechung im Einklang:

#### **E. 3.3.1**

Im Strafverfahren, in dem nach Art. 393 StPO und Art. 26 Abs. 1 VStrR an sich jede Verfügung und Verfahrenshandlung sowie Zwangsmassnahme mit Beschwerde angefochten werden kann, wird die Möglichkeit einer Beschwerde gegen eine abgeschlossene Hausdurchsuchung mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses grundsätzlich verneint (vgl. BGE 120 IV 60 E. 2d). Dies gilt jedenfalls dann, wenn anstelle der Beschwerde kurz darauf ein Entsiegelungsverfahren stattfindet, da in diesem vorfrageweise auch die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung infrage gestellt und überprüft werden

kann (vgl. Urteile 1B\_394/2017 vom 17. Januar 2018 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 144 IV 74 ; 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 4; 1B\_310/2012 vom 22. August 2012 E. 2; 1B\_109/2010 vom 14. September 2010 E. 2.3). Dies entspricht ebenso der Praxis des Bundesstrafgerichts (vgl. Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BV.2019.46, BV.2019.47 und BE.2019.16 vom 14. November 2019 E. 3.3.1-3.3.3; BK\_B 075/04 vom 8. November 2004 E. 2.2).

### **E. 3.3.2**

Diese Rechtsprechung wird zwar in der Literatur teilweise mit dem Hinweis auf das Urteil des EGMR

Camenzind gegen Schweiz vom 16. Dezember 1997 (Nr. 21353/93) infrage gestellt (vgl. Andreas Keller, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar StPO, N. 36 zu Art. 393 StPO ; Catherine Hohl-Chirazi, Commentaire Romand CPP, 2. Aufl. 2019, N. 42 ff. zu Art. 244 CPP). Dort hatte der EGMR eine Verletzung von Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK festgestellt, weil das Bundesgericht auf eine Beschwerde (nach Art. 26 VStrR ) gegen eine durchgeführte Hausdurchsuchung mit Hinweis auf das fehlende aktuelle Interesse nicht eingetreten war (vgl. §§ 51-57 des genannten Urteils des EGMR). Die Möglichkeit einer nachträglichen Entschädigung (vgl. Art. 99 ff. VStrR ) sei kein wirksames Rechtsmittel im Sinne von Art. 13 EMRK , ebenso wenig die Möglichkeit, nach Art. 72 VStrR die Beurteilung durch das Strafgericht zu verlangen, weil im konkreten Fall das Strafgericht das Verfahren infolge Verjährung eingestellt habe. Daraus lässt sich umgekehrt schliessen, dass keine Verletzung von Art. 13 EMRK vorgelegen wäre, wenn das Strafgericht die Sache materiell beurteilt hätte. Der EGMR hat sich auch nicht zur Konstellation geäußert, in welcher zeitgleich mit einer Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung ein gerichtliches Verfahren betreffend die Entsiegelung durchgeführt wird, in welchem die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung zu prüfen ist. In einer solchen Situation ist das Entsiegelungsverfahren daher als wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK zu betrachten.

### **E. 3.3.3**

Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach ohne Anfechtung des Durchsuchungsbefehls nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid kein Verwertungsverbot mehr geltend gemacht werden könne (Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.3). An der zitierten Stelle hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:

"Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon ist eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich (Bangerter, a.a.O., Art. 42 KG N. 149/150, m.w.H.). Unterbleibt sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls ( Art. 46 Abs. 2 VwVG ) als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, kann nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden (Hangartner, a.a.O., S. 259; Bangerter, a.a.O., Art. 42 KG N. 150, m.w.H.)."

Diese Aussage steht im klaren Widerspruch zu Art. 46 Abs. 2 VwVG , wonach Zwischenverfügungen durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar sind, wenn gegen die Zwischenverfügung keine Beschwerde erhoben wurde und sie sich auf den Inhalt des Entscheids auswirken (vgl. auch Art. 93 Abs. 3 BGG ). Die zitierten Stellen bei Hangartner sowie bei Bangerter enthalten denn auch nicht diese Aussage, zumal sich beide

Autoren nicht zum Verwertungsverbot äussern.

#### **E. 3.3.4**

Die Beschwerdeführerinnen bringen mit Hinweis auf das Urteil 1B\_101/2008 weiter vor, auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei fraglich, ob sie sich in der parallelen Beschwerde gegen den Beschluss des Bundesstrafgerichts noch gegen die Hausdurchsuchung als solche wehren könnten. Im Urteil 1B\_101/2008 vom 28. Oktober 2008 führte das Bundesgericht in Erwägung 2.2 Folgendes aus:

"Die Hausdurchsuchung [...] stützte sich auf den entsprechenden Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2007. Nach der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung konnte dagegen innert dreissig Tagen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass sie dieses Rechtsmittel ergriffen hätten. Es ist deshalb fraglich, ob sie sich hier überhaupt noch gegen die Hausdurchsuchung als solche richten können. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Beschwerde im vorliegenden Punkt ohnehin unbehelflich ist."

Das Bundesgericht hat somit die Anfechtbarkeit der Hausdurchsuchung nicht beurteilt. Auch diesbezüglich ist auf Art. 93 Abs. 3 BGG zu verweisen, wonach mit dem späteren Endentscheid der Zwischenentscheid mit angefochten werden kann, wenn er sich auf den Endentscheid auswirkt.

#### **E. 3.3.5**

In Bezug auf die Beschlagnahme ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Beschwerde ausgeschlossen, soweit der Geheimnisschutz von durchsuchbaren sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen betroffen ist (vgl. BGE 144 IV 74 E. 2.3). Stattdessen ist in diesen Fällen der Rechtsbehelf des Siegelungsbegehrens (vgl. Art. 247 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 248 Abs. 1 StPO ) zu ergreifen und (im Falle eines Entsiegelungsgesuches) das Entsiegelungsverfahren zu durchlaufen. Das gilt auch im Rahmen von Art. 50 Abs. 3 VStrR : Sollen "Papiere", respektive Dokumente, was sich heute auch auf elektronische Dokumente bezieht (vgl. BGE 108 IV 76 ; Art. 246 StPO ; Bangerter, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 15 f.), durchsucht werden, kann die Inhaberin oder der Inhaber gegen die Durchsuchung Einsprache erheben, was zur Folge hat, dass die Papiere versiegelt werden und die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet. Zu durchsuchende gesiegelte Beweismittel sind erst nach erfolgter Entsiegelung förmlich zu beschlagnahmen (für das allgemeine Strafverfahren vgl. Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 246-248 StPO ). Vorher kann die Behörde noch nicht im Detail wissen, was sie sichergestellt hat, was beweisrelevant ist und was sie überhaupt unter welchem Titel förmlich beschlagnahmen will (vgl. BGE 143 IV 270 E. 4.4; 141 IV 77 E. 4.1; Urteile 1B\_273/2015 vom 21. Januar 2016 E. 1.2; 1B\_65/2014 vom 22. August 2014 E. 2.2 und E. 2.4). Auch in dieser Situation kann im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung und die fehlende Rechtserheblichkeit der betroffenen Gegenstände infrage gestellt werden (vgl. Urteil 1B\_360/2013 vom 24. März 2014 E. 2.2). Solange die Dokumente versiegelt sind und über ein Entsiegelungsgesuch nicht entschieden ist, kann nicht von einer anfechtbaren Zwangsmassnahme gesprochen werden. Die Inhaberin oder der Inhaber ist in ihren oder seinen Interessen hinreichend geschützt und deshalb nicht befugt, Beschwerde zu führen, ausser wenn die Verwaltung mit dem Gesuch um Entsiegelung und Durchsuchung der

Papiere ungebührlich lange zuwarten und ihr oder ihm durch ein längeres Vorenthalten derselben ein Nachteil erwachsen würde (vgl. BGE 119 IV 326 E. 7b; 109 IV 153 E. 1).

### **E. 3.4**

Soweit das Verwaltungsstrafrecht des Bundes einzelne strafprozessuale Fragen nicht abschliessend regelt, sind grundsätzlich die Bestimmungen der Strafprozessordnung analog anwendbar (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.2 und E. 3.2; Urteile 1B\_91/2016 vom 4. August 2016 E. 4.1; 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.1). Die dargelegten strafprozessualen Grundsätze gelten daher auch im Rahmen einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme.

#### **E. 3.4.1**

Auf Beschwerden gegen bereits durchgeführte Hausdurchsuchungen ist demnach mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses grundsätzlich nicht einzutreten (vgl. Olivier Schaller/Simon Bangerter, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005 1221 ff., S. 1235; Bangerter, a.a.O. [BSK], N. 150 zu Art. 42 KG ; Bangerter, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 309 f.; Bickel/Wyssling, a.a.O., N. 270 zu Art. 42 KG ). Das muss jedenfalls dann gelten, wenn Papiere versiegelt wurden und ein Entsiegelungsverfahren eingeleitet wird, weil diesfalls die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung im Rahmen dieses Verfahrens überprüft wird (vgl. E. 3.3.1 hiavor). Dass sich im Entsiegelungsverfahren die vorfrageweise Beurteilung der Hausdurchsuchung nicht im Dispositiv niederschlägt, wie die Vorinstanz annimmt (vgl. E. 4.4.6 des angefochtenen Urteils), ändert nichts am Umstand, dass eine gerichtliche Überprüfung erfolgt. An einer parallelen, selbständigen Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung besteht daher kein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Ein solches Vorgehen würde zudem die Gefahr widersprüchlicher Urteile durch das Bundesverwaltungsgericht und Bundesstrafgericht in sich bergen. Dies gilt namentlich, wenn das Bundesstrafgericht zunächst das Gesuch um Entsiegelung gutheisst, und das Bundesverwaltungsgericht daraufhin davon abweichend zum Schluss gelangt, die Hausdurchsuchung sei unrechtmässig gewesen. Diese Gefahr liesse sich zwar vermeiden, indem das Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung sistiert würde. Dies würde jedoch zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen und dem Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV ) widersprechen.

Vorliegend wurden im Rahmen der Hausdurchsuchung Papiere versiegelt und noch vor Ablauf der Beschwerdefrist ( Art. 50 VwVG ) stellte die WEKO ein Entsiegelungsgesuch beim Bundesstrafgericht, welches praxisgemäss vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung prüfte (vgl. E. 4.1 hiernach). Es bestand kein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einer zusätzlichen Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung bei der Vorinstanz.

#### **E. 3.4.2**

In Bezug auf die Beschlagnahme wird in Literatur und Rechtsprechung bisweilen gesagt, dagegen sei die Beschwerde ohne Weiteres zulässig, solange die Beschlagnahme andauere (vgl. Bangerter, a.a.O. [BSK], N. 150 zu Art. 42 KG mit Hinweis auf den Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BK\_B 075/04 vom 8. November 2004 E. 2.1). Dabei ist jedoch zu differenzieren: Zulässig ist die Beschwerde gegen die Beschlagnahme von Vermögenswerten, die alsdann der berechtigten Person während der Dauer der

Beschlagnahme nicht zur Verfügung stehen. Darin liegt ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Hingegen ist wie anderswo (vgl. E. 3.3.5 hiervor) auch im kartellrechtlichen Verfahren eine Beschwerde nicht möglich, solange die Beweismittel versiegelt sind (vgl. Bangerter, a.a.O. [BSK], N. 149 zu Art. 42 KG ; Bickel/Wyssling, a.a.O., N. 290 zu Art. 42 KG ).

Vorliegend betraf die Beschlagnahme ausschliesslich Dokumente (Ordner und USB-Stick). Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden anlässlich der Hausdurchsuchung Kopien von den beschlagnahmten Dokumenten erstellt und die Originale an die Beschwerdeführerinnen zurückgegeben (vgl. E. 3.3.1 f. des angefochtenen Urteils). Den Beschwerdeführerinnen wurde somit nicht die Verfügungsberechtigung über die Dokumente entzogen. Die Konsequenz der Beschlagnahme liegt lediglich darin, dass die WEKO diese Unterlagen im Rahmen ihrer Untersuchung verwenden kann. Hätten die Beschwerdeführerinnen dagegen Einwände gehabt, hätten sie - wie auch in Bezug auf die weiteren sichergestellten elektronischen Daten - Einsprache nach Art. 50 Abs. 3 VStrR erheben können und müssen. Indem sie darauf verzichteten, brachten sie zum Ausdruck, dass sie nichts gegen die Verwendung dieser Dokumente durch die WEKO im Rahmen ihrer Untersuchung einzuwenden haben. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen haben denn auch die Beschwerdeführerinnen die geltend gemachte Widerrechtlichkeit der Beschlagnahme aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung abgeleitet und darüber hinaus keine Beschlagnahmehindernisse geltend gemacht (vgl. E. 7.3 des angefochtenen Urteils). Ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, der ein Eintreten auf die Beschwerde gegen die Beschlagnahme gerechtfertigt hätte, liegt daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vor.

### **E. 3.4.3**

In Bezug auf die Verwertbarkeit liegt schliesslich ein nicht wieder gutzumachender Nachteil in der Regel nicht vor. Anders verhält es sich nur, wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten oder die Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht oder wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalls die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn die betroffene Person ein besonders gewichtiges Interesse - respektive im Strafverfahren ein rechtlich geschütztes Interesse - an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht (vgl. BGE 141 IV 284 E. 2.2 f.; 141 IV 289 E. 1.2 f.; Urteil 2C\_578/2017 vom 8. August 2017 E. 2.1). Inwiefern vorliegend eine solche besondere Konstellation vorliegen sollte, wird weder von der Vorinstanz noch von den Beschwerdeführerinnen dargelegt.

### **E. 3.5**

Insgesamt ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf die bei ihr erhobene (bundesverwaltungsgerichtliche) Beschwerde eingetreten ist. Das angefochtene Urteil ist schon aus diesem Grund von Amtes wegen aufzuheben (vgl. E. 2 i.f. hiervor). Die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021 ist daher insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragen. Soweit die Beschwerdeführerinnen Weiteres verlangen als die Aufhebung des angefochtenen Urteils, wird die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021 damit gegenstandslos.

## **E. 4**

Zu prüfen ist sodann die Rechtmässigkeit des Entscheids über die Entsigelung (Verfahren 2C\_307/2021; Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 24. Februar 2021).

#### **E. 4.1**

Vorfrageweise ist die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung zu beurteilen (vgl. E. 3.3.1 hiervor).

##### **E. 4.1.1**

Die

Vorinstanz erwog, Verträge der Beschwerdeführerinnen mit den Lieferanten sähen vor, dass Erstere den Lieferanten ein Gesamtpaket an Leistungen anbiete und dafür von den Lieferanten Gebühren verlange, die sie direkt von den Zahlungen der Handelspartner an die Lieferanten abziehe. Ein grösserer Teil dieser Gebühren werde Ende Jahr auf die Anschlusshäuser der Beschwerdeführerinnen verteilt. Bei der Erneuerung des Dienstleistungsvertrags sei einem Lieferanten der Beschwerdeführerinnen eine nicht verhandelbare Erhöhung der Gebühr in Aussicht gestellt worden. Als der Lieferant einen Kompromiss vorgeschlagen habe, habe er von sieben Anschlusshäusern der Beschwerdeführerin parallel versandte Briefe erhalten, in denen gedroht worden sei, ohne rasche Einigung sei damit zu rechnen, dass ein bedeutender Teil des Sortiments ausgelistet werde. C.\_\_\_\_\_ habe mit ihrer Anzeige insgesamt 84 Drohbriefe aus den Jahren 2012-2019 eingereicht. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen Treffen mit den Anschlusshäusern organisiert, an denen es um "Motivationsstufen" gegenüber Lieferanten gegangen sei, die noch keine Einigung erzielt hätten. Die Motivationsstufen 1-5 seien bereits angewendet worden. Es bestehe Ermittlungsbedarf. Dass die Marktbeobachtung 2010 erfolglos eingestellt worden sei, bedeute keine Zusicherung der WEKO, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen wettbewerbskonform sei. Die WEKO könne laufend die Wettbewerbsverhältnisse überwachen. Es scheine zudem, dass die Beschwerdeführerinnen seither ihre Gebühren für die Lieferanten erhöht hätten. Die vorhandenen Indizien deuteten darauf hin, dass die mittels den Beschwerdeführerinnen möglicherweise koordinierten Detaillisten zuversichtlich gewesen sein könnten, über genügend Marktmacht zu verfügen, um Lieferanten zum Neuabschluss von Dienstleistungsverträgen mit bestimmten Inhalten motivieren zu können. Es bestünden konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte für eine enge Koordination und damit für eine nicht gerechtfertigte Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG oder eine unzulässige harte Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Ein hinreichender Tatverdacht liege somit vor. Die Hausdurchsuchung sei auch verhältnismässig: Die Fragen der WEKO an die Beschwerdeführerinnen und die Marktbeobachtung 2010 hätten gezeigt, dass die WEKO zunächst mildere Mittel angewendet habe. Es sei nicht zu beanstanden, dass sie nach über zehn Jahren das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen zu klären suche. Die WEKO habe von einem Vertrauensverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen und ihren Handelspartnern ausgehen dürfen. Infolgedessen bestehe eine Kollusionsgefahr und das konkrete Risiko von Beweisverlusten sei erhöht. Es bestünden hinreichende Hinweise, dass eine Editionsauflagerung den Zweck der Massnahme vereitle.

##### **E. 4.1.2**

Die

Beschwerdeführerinnen bringen vor, es bestehe kein Ermittlungsbedarf: Alle relevanten Fakten seien der WEKO aufgrund der folgenlos eingestellten Marktbeobachtung aus den Jahren 2010/2011, welcher ebenfalls eine Anzeige von C.\_\_\_\_\_ (vom 25. März 2010) zugrunde gelegen habe, schon bekannt gewesen. Damals sei die WEKO bereits über kollektive Massnahmen gegenüber den Lieferanten informiert worden. Auch die Erhöhung der Dienstleistungsgebühren und die Gründe dafür seien der WEKO bekannt gewesen. Zudem hätten sie - die Beschwerdeführerinnen - auch im laufenden Verfahren ausführlich auf die Auskunftsersuchen der WEKO geantwortet. Die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Vorwürfe im Rahmen der aktuellen Untersuchung einen neuen, noch nicht bekannten und bewiesenen Sachverhalt betreffen, und damit das rechtliche Gehör verletzen. Soweit noch Klärungsbedarf bestanden haben sollte, hätte die WEKO ohne Weiteres bei ihnen - den Beschwerdeführerinnen - nachfragen können. Sodann behaupte die Vorinstanz nur pauschal angebliche Verstösse gegen Art. 5 KG, nehme aber nicht einmal eine summarische Subsumtion des vorgeworfenen Verhaltens unter diesen Tatbestand vor. Aufgrund ihrer notorisch geringen Marktanteile stelle die Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen und ihrer Handelspartner keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Zudem erzielten Einkaufsgemeinschaften Effizienzvorteile. Prima facie sei davon auszugehen, dass die Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen und ihren Anschlusshäusern prokompetitiv wirke. Die Hausdurchsuchung sei auch unverhältnismässig gewesen. Nachdem bereits die Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben habe, wären zur neuen Beurteilung des Sachverhalts - wenn überhaupt - zunächst mildere Mittel zu ergreifen gewesen. Es bestehe auch keine Kollusionsgefahr, gehe es doch nicht um ein heimlich praktiziertes, sondern ein allen Beteiligten und der WEKO bekanntes Verhalten. Eine Verdunkelung sei auch deshalb unmöglich gewesen, weil es insbesondere um den Mailverkehr zwischen den Beschwerdeführerinnen und ihren Anschlusshäusern sowie zwischen diesen und ihren Lieferanten gehe, die auch bei Dritten, namentlich den Anschlusshäusern und Lieferanten gespeichert seien.

#### **E. 4.1.3**

Die

WEKO ist der Auffassung, für die Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung sei nicht vorausgesetzt, dass Ermittlungsbedarf bestehe. Die Kernvoraussetzung sei, dass ein hinreichender Tatverdacht vorliege und es wahrscheinlich sei, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände befänden, die der Beschlagnahme unterlägen. Zudem bestehe Ermittlungsbedarf: Aus den Angaben der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Marktbeobachtung 2010/11 sei für die WEKO nicht ersichtlich gewesen, dass die Anschlusshäuser gegenüber Lieferanten kollektiv Disziplinierungsmassnahmen ergriffen hätten. Insbesondere sei für die WEKO nicht erkennbar gewesen, dass die Disziplinierungsmassnahmen offenbar von den Beschwerdeführerinnen und den Anschlusshäusern gemeinsam beschlossen, durch die Beschwerdeführerinnen koordiniert und durch die Anschlusshäuser umgesetzt worden seien. Mit der Anzeige vom April 2020 habe C.\_\_\_\_\_ der WEKO Sachverhaltselemente zur Kenntnis gebracht, die ihr bisher nicht bekannt gewesen seien - namentlich die kollektiven Disziplinierungsmassnahmen. Sodann gebe es einen Tatverdacht: Die Beschwerdeführerinnen seien keine Einkaufsgemeinschaft. Im Rahmen der Untersuchung werde zu prüfen sein, ob die Konditionen, die den Lieferanten durch die Anschlusshäuser

mutmasslich aufgezwungen würden, auf eine gemeinsame Festlegung eines Elements des Einkaufspreises hinausliefen und somit ein unzulässiges Preiskartell vorliege, oder ob aufgrund der kollektiven Androhung von Auslistungen eine nicht gerechtfertigte konglomerate Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG bestehe. Die Hausdurchsuchung sei auch verhältnismässig gewesen. Dem Sekretariat der WEKO sei der Sachverhalt nicht vollständig bekannt gewesen. Namentlich habe es nicht gewusst, dass die Anschlusshäuser kollektive Disziplinierungsmassnahmen gegenüber den Lieferanten ergriffen hätten.

#### **E. 4.1.4**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VStrR, auf den Art. 42 Abs. 2 KG verweist, können Räume nur durchsucht werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich die beschuldigte Person darin verborgen hält oder dass sich Gegenstände oder Vermögenswerte, die der Beschlagnahme unterliegen, oder Spuren von Widerhandlungen darin befinden. Der Beschlagnahme unterliegen unter anderem Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR). Nach dem - mangels abschliessender Regelung im VStrR - analog anwendbaren Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO (vgl. E. 3.4 hiervor) kann die Zwangsmassnahme sodann nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht. Die Hausdurchsuchung, die einen Grundrechtseingriff darstellt, muss zudem verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV). Sie kann nur ergriffen werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der untersuchten Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. c und lit. d StPO). Die zu entsiegelnden Objekte müssen überdies untersuchungsrelevant sein (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO; BGE 142 IV 207 E. 7.1; 141 IV 77 E. 4.3 und E. 5.6; 138 IV 225 E. 7.1).

#### **E. 4.1.5**

Die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung ist vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Grundlagen zu beurteilen.

##### **E. 4.1.5.1**

Dass ein Ermittlungsbedarf besteht, ist entgegen der Auffassung der WEKO Voraussetzung für eine Hausdurchsuchung. Das ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, wohl aber aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit: Eine Hausdurchsuchung ist nicht notwendig, wenn den Behörden alle Informationen, die für die Ermittlung erforderlich sind, bereits bekannt sind und sie diese auch beweisen kann. Was bereits hinreichend bewiesen ist, bedarf im Grundsatz keiner weiteren Beweiserhebungen (vgl. Bickel/Wyssling, a.a.O., N. 200 zu Art. 42 KG). Auch trifft der Hinweis der Beschwerdeführerinnen zu, dass mit der (seitens der Beschwerdeführerinnen nicht bestrittenen) Untersuchungseröffnung nicht automatisch ein Ermittlungsbedarf besteht. Ein solcher wäre beispielsweise zu verneinen, wenn seit der Einstellung der Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 keine neuen Sachverhaltselemente hinzu gekommen wären. Das trifft hier jedoch nicht zu: Gemäss Anzeige der C.\_\_\_\_\_ haben die Anschlusshäuser der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2012-2019 insgesamt 84 Drohbriefe und -mails an Lieferanten gesandt. Im Weiteren hätten die Beschwerdeführerinnen Treffen mit den Anschlusshäusern organisiert und es seien die Motivationsstufen 1-5 bereits angewendet worden. Damit lagen gegenüber der Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 neue Sachverhaltselemente vor, die nach weiteren Ermittlungen rufen konnten. Damit bestanden auch hinreichende Indizien, um einen Tatverdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

und Art. 5 KG zu bejahen (zu den Anforderungen an den Tatverdacht vgl. Urteil 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.6).

#### **E. 4.1.5.2**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen lässt sich eine unzulässige Wettbewerbsabrede nicht schon mit dem Hinweis auf den geringen Marktanteil verneinen: Eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG setzt keinen bestimmten Marktanteil voraus. Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, beurteilt sich zwar grundsätzlich nach qualitativen und/oder quantitativen Aspekten, wozu namentlich der Marktanteil gehört (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2; 129 II 18 E. 5.2.1). Jedoch wird für Absprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG die Erheblichkeit grundsätzlich auch unabhängig von Marktanteilen angenommen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.2.5). Dass eine solche Absprache vorliegt, steht zwar keineswegs fest, kann aber auch nicht ausgeschlossen werden. Die von den Beschwerdeführerinnen behauptete prokompetitive Wirkung ihres Verhaltens ist grundsätzlich erst im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG massgebend (vgl. Simon Bangerter/Beat Zirlick, in: Zäch et al. [Hrsg.], a.a.O., N.124 ff. zu Art. 4 Abs. 1 KG ).

#### **E. 4.1.5.3**

Schliesslich konnte die Vorinstanz angesichts des kollektiven Vorgehens auch eine Kollusionsgefahr bejahen. Dass der Mailverkehr möglicherweise auch bei den Anschlusshäusern gespeichert ist, macht die Durchsuchung bei den Beschwerdeführerinnen nicht unzulässig, könnte doch sonst jede Hausdurchsuchung in einem Verfahren, in welchem mehrere Personen beteiligt sind, verhindert werden. Nach dem Dargelegten erweist sich die Hausdurchsuchung als rechtmässig.

#### **E. 4.2**

Zu prüfen ist in einem weiteren Schritt die Rechtmässigkeit der Entsiegelung. Im Verfahren vor der Vorinstanz hatten die Beschwerdeführerinnen ihre Gesuchsantwort vom 9. November 2020 in zwei Versionen eingereicht, wovon eine Version teilweise abgedeckt war. Nur diese abgedeckte Version dürfe der WEKO offengelegt werden; ebenso seien der WEKO die Ordner mit den Beilagen 24-27 und 28-30 nicht zugänglich zu machen. Mit diesen nicht offenzulegenden Daten wollten die Beschwerdeführerinnen die geheimnisgeschützten Daten bezeichnen. Zugleich stellten sie das Gesuch, es sei ihnen Gelegenheit zu geben, in die sichergestellten Daten Einsicht zu nehmen und gestützt auf diese Einsicht die geschützten Geheimnisse in Ergänzung der vorliegenden Stellungnahme näher zu bezeichnen.

##### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen in zweifacher Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV . Die Vorinstanz habe einen Grossteil der geheimnisgeschützten Daten samt den darin enthaltenen Geheimnisbezeichnungen aus den Akten gewiesen. Ausserdem habe die Vorinstanz ihnen die Einsicht in die versiegelten Akten verweigert und ihnen dadurch verunmöglicht, die geheimnisgeschützten Daten eingehender und konkreter zu bezeichnen.

##### **E. 4.2.2**

Die Vorinstanz nahm nur die teilweise abgedeckte Version zu den Akten und sandte die nicht abgedeckte Version sowie die Ordner mit den Beilagen 24-30 an die

Beschwerdeführerinnen zurück, da sie grundsätzlich nicht von Aktenstücken Kenntnis nehmen, welche einer Partei nicht offen gelegt werden sollten. Im Endentscheid wies sie sodann den Antrag der Beschwerdeführerinnen ab, die gesiegelten Daten einzusehen. Sie erwog, die Daten seien unter Siegel, weshalb das Einsichtsgesuch abzuweisen sei (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Beschlusses).

In der Sache hiess die Vorinstanz das Entsiegelungsgesuch gut. Zum Einwand der Beschwerdeführerinnen, der grösste Teil der versiegelten Daten würde keinerlei Konnex zum Untersuchungsgegenstand aufweisen, geheime Anwaltskorrespondenz betreffen oder privater Natur sein, erwog die Vorinstanz, vorliegend gehe es um gespiegelte Daten der Laptops dreier Mitarbeitenden, gespiegelte Daten von Mailkonten sowie der OneDrive Accounts von insgesamt sieben Mitarbeitenden, gespiegelte Daten von HomeShares derselben sieben Benutzerinnen und Benutzern sowie gespiegelte Daten der Resultate der Stichwortsuche auf zwei Fileservern. Ein Dokument "Auflistung Sicherstellung elektronische Daten" enthalte die Schlüsselbegriffe/Stichworte sowie Namen von geschäftsverantwortlichen Personen und Unternehmen. Die Beschwerdeführerinnen machten keine inhaltlichen Ausführungen zu Geheimnissen und setzten sich nicht näher mit den Suchstichworten der WEKO auseinander. Sie brächten vor, von den sichergestellten Daten keine Kenntnis zu haben und ohne vorherige Akteneinsicht sich nicht im Einzelnen zu den sichergestellten Daten und den darin enthaltenen Geheimnissen äussern zu können. Eine ordnungsgemässe Geschäftsführung würde jedoch bedingen, wesentliche Daten im Überblick sowie Sicherungskopien zu haben. Es sei den Beschwerdeführerinnen zuzumuten, die wesentlichen zu schützenden Geheimnisse in ihrem Geschäftsbetrieb zumindest cursorisch zu benennen, wozu sie namentlich auf ihre sieben betroffenen Angestellten zurückgreifen könnten. Eine ausreichende Substanziierung könne grundsätzlich auch ohne Einsicht in die versiegelten Unterlagen zugemutet werden. Umso mehr hätten sich die Beschwerdeführerinnen mit den Suchstichwörtern der WEKO inhaltlich auseinandersetzen können (vgl. E. 5.5 des angefochtenen Beschlusses).

Die Beschwerdeführerinnen, so die Vorinstanz weiter, würden nicht behaupten, die sieben von den Sicherstellungen betroffenen Angestellten hätten Kontakt mit Anwälten gehabt. Sie hätten darauf verzichtet, Stichworte ins Recht zu legen, die der Beschwerdekammer erlaubt hätten, die Daten elektronisch auf Anwaltsgeheimnisse zu triagieren; in den Eingaben würden Berufsgeheimnisse nur pauschal behauptet und weder irgendwie benannt noch umschrieben. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich weder zum Fundort noch zum Inhalt einzelner geheimnisbetreffender Dateien geäussert. Die Beschwerdekammer sei so nicht in der Lage, zwischen geschützter Anwaltstätigkeit und einer nur anwaltlichen Geschäftstätigkeit zu unterscheiden (vgl. E. 5.6.4 des angefochtenen Beschlusses). Die Beschwerdeführerinnen hätten auch nicht mitgewirkt, um eine gerichtliche Triage auf Berufsgeheimnisse zu ermöglichen (vgl. E. 5.6.5 des angefochtenen Beschlusses) und hätten auch die privaten Geheimhaltungsinteressen nicht näher skizziert (vgl. E. 5.7 des angefochtenen Beschlusses).

#### **E. 4.2.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 248 StPO, die analog auch auf Entsiegelungen nach Art. 50 Abs. 3 VStrR anzuwenden ist (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.2 und E. 3.1), muss das Entsiegelungsgericht selber die Triage der zur Untersuchung freizugebenden Daten vornehmen (vgl. BGE 142 IV 372 E. 3.1; 141 IV 77 E. 5.5.1). Das setzt jedoch voraus, dass die Inhaberin oder der Inhaber der versiegelten Aufzeichnungen

konkrete Entsiegelungshindernisse geltend machen. Soweit solche nicht substantiiert dargelegt werden, darf das Entsiegelungsgericht die Freigabe der Aufzeichnungen zur Durchsichtung und weiteren Verwendung seitens der Untersuchungsbehörde verfügen (vgl. Urteil 1B\_637/2012 vom 8. Mai 2013 E. 3.5, nicht publ. in: BGE 139 IV 246 ). Die Inhaberin oder den Inhaber von zu Durchsichtungszwecken sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen, die oder der ein Siegelungsbegehren gestellt hat, trifft somit die prozessuale Obliegenheit, die angerufenen Geheimhaltungsinteressen ausreichend zu substantiieren. Dies gilt besonders bei grossen Datenmengen. Kommt die betroffene Person ihrer Mitwirkungs- und Substanziierungsobliegenheit im Entsiegelungsverfahren nicht nach, ist das Entsiegelungsgericht nicht gehalten, von Amtes wegen nach allfälligen materiellen Durchsichtungshindernissen zu forschen. Tangierte Geheimnisinteressen sind wenigstens kurz zu umschreiben und glaubhaft zu machen. Auch sind diejenigen Aufzeichnungen und Dateien zu benennen, die dem Geheimnisschutz unterliegen. Dabei ist die betroffene Person nicht gehalten, die angerufenen Geheimnisrechte bereits inhaltlich offenzulegen (vgl. BGE 142 IV 207 E. 7.1.5 und E. 11; 141 IV 77 E. 4.3, E. 5.5.3 und E. 5.6; Urteil 1B\_394/2017 vom 17. Januar 2018 E. 6, nicht publ. in: BGE 144 IV 74 ).

#### **E. 4.2.4**

Die Vorinstanz geht grundsätzlich zu Recht davon aus, dass sich der Entsiegelungsentscheid auf Akten stützen muss, die den Verfahrensparteien - also auch der Untersuchungsbehörde - gleichermassen zur Verfügung stehen (vgl. BGE 143 IV 462 E. 1). Allerdings erlaubt Art. 25 Abs. 3 VStrR , dass die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts von einem Beweismittel unter Ausschluss der Antragsstellerin oder des Antragstellers Kenntnis nimmt, wenn dies zur Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen nötig ist. Sodann kann die Untersuchungsbehörde vor dem Entsiegelungsentscheid die versiegelten Daten ohnehin nicht zur Kenntnis nehmen (vgl. BGE 142 IV 372 E. 3.1), während die Inhaberin oder der Inhaber dieser Daten gerade mit dem Inhalt derselben argumentieren kann und muss, um ein Entsiegelungs- oder Durchsichtungshindernis zu begründen (vgl. BGE 137 IV 189 E. 4.2 und E. 5.1.2). Insofern ist es systemimmanent, dass das Entsiegelungsgericht seinen Entscheid auf Unterlagen stützt, die der Untersuchungsbehörde nicht zugänglich sind (vgl. BGE 141 IV 77 E. 5; Urteil 1B\_91/2016 vom 4. August 2016 E. 5.8).

#### **E. 4.2.5**

Die Beschwerdeführerinnen beantragten im vorinstanzlichen Entsiegelungsverfahren, dass die Beilagen 24-30 zu ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 der WEKO nicht offen gelegt werden.

##### **E. 4.2.5.1**

Die Beilagen 24-26 sowie 29 enthielten Übersichten über Ordnerstrukturen, die Beilagen 27 und 28 Stichwortsuchen samt Trefferlisten. Diese Beilagen umfassten somit offensichtlich zumindest teilweise sichergestellte Daten, welche die WEKO vor dem Entsiegelungsentscheid nicht einsehen durfte. Es bestand daher kein Grund, diese Beilagen aus den Akten zu weisen. Die Beilage 30 enthielt eine Liste externer Rechtsberater und Anwaltskanzleien der Beschwerdeführerinnen. Da bereits das Bestehen eines Mandatsverhältnisses zwischen Anwalt und Klient vom Anwaltsgeheimnis umfasst wird (vgl. BGE 143 IV 462 E. 2.2; Urteil 2C\_439/2017 vom 16. Mai 2018 E. 3.2), ist nicht auszuschliessen, dass auch an dieser Liste ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse im

Sinne von Art. 25 Abs. 3 VStrR bestand. Die Vorinstanz konnte somit auch diese Unterlagen nicht unbesehen aus den Akten weisen, sondern hatte zu prüfen, ob daran ein Geheimhaltungsinteresse bestehe.

#### **E. 4.2.5.2**

Allerdings hat sich die Vorinstanz summarisch trotzdem zum Inhalt der zurückgesandten Liste geäußert. In Bezug auf die Liste externer Rechtsberater und Anwaltskanzleien (Beilage 30) erwog sie, aus der Bezeichnung dieser Liste werde nicht klar, ob sie Trägerinnen und Träger von Berufsgeheimnissen enthalte (vgl. E. 5.6.4 des angefochtenen Beschlusses). In Bezug auf die Beilagen 24-29 hat sie ausgeführt, die Beschwerdeführerinnen hätten darin offenbar Ordnerstrukturen farblich als rein private Daten markiert, ohne dazu inhaltlich etwas auszuführen. Da sie die Beilagen als geheim bezeichnet hätten, habe die Vorinstanz sie aber zurückgesendet (vgl. E. 5.7.1 des angefochtenen Beschlusses). Die privaten Geheimhaltungsinteressen seien nicht näher skizziert. Das rein formale Kriterium der Absender-Domain oder ein Verweis auf die Suchstichworte der WEKO sei ungeeignet, ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse konkret darzutun (vgl. E. 5.7.4 f. des angefochtenen Beschlusses).

#### **E. 4.2.5.3**

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Geheimhaltungsinteressen konkret darzulegen sind (vgl. E. 4.2.3 hiervor) und dass die Angaben in der Stellungnahme vom 9. November 2020 und in den Beilagen 24-30 für sich allein keine genügende Substanziierung solcher Interessen darstellen. Auch in Bezug auf das Anwaltsgeheimnis genügt es nicht, wenn die betroffene Person, die ein Entsigelungshindernis geltend macht, bloss pauschal behauptet, es befänden sich unter den sichergestellten elektronischen Aufzeichnungen solche, die einem Berufsgeheimnis unterstünden (vgl. Urteil 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 3.2). Dasselbe gilt für geltend gemachte Privatgeheimnisse (vgl. Urteil 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 3.3).

#### **E. 4.2.6**

Jedoch trägt die Vorinstanz dem Umstand zu wenig Rechnung, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 ausdrücklich Einsicht in die sichergestellten Daten beantragt hatten.

#### **E. 4.2.6.1**

Die Argumentation der Vorinstanz, die Akteneinsicht werde verweigert, da die Daten unter Siegel seien (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Beschlusses) überzeugt nicht: Die Siegelung hat zum Zweck, zu verhindern, dass die Untersuchungsbehörde von den versiegelten Daten Kenntnis erhält, bevor ein Gericht die Entsigelung erlaubt hat. Hingegen kann die Siegelung nicht der Inhaberin der Daten entgegengehalten werden. Es handelt sich dabei um die eigenen Daten der Inhaberin, in welche diese grundsätzlich Einsicht haben kann (für das Verwaltungsverfahren vgl. Art. 27 Abs. 3 VwVG ; vgl. auch BGE 121 I 225 E. 2b). Die Rechtsprechung geht denn auch davon aus, dass die betroffene Person ein Gesuch um Einsicht in die versiegelten Akten stellen (vgl. Urteil 1B\_118/2019 vom 13. Mai 2019 E. 2.2) oder ihr diese Einsicht nötigenfalls von Amtes wegen gewährt werden kann (vgl. BGE 137 IV 189 Bst. D). Dass das Bundesgericht in einem konkreten, von der Vorinstanz zitierten Urteil die Akteneinsicht verneinte, weil es überhaupt an der Substanziierung fehlte (vgl. Urteil 1B\_539/2019 vom 19. März 2020 E. 3.3), lässt nicht darauf schliessen, dass eine solche Akteneinsicht grundsätzlich nicht zulässig oder geboten sei.

#### **E. 4.2.6.2**

Vorliegend hatten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 ausgeführt, die WEKO habe eine grosse Datenmenge gespiegelt und sichergestellt. Sie, die Beschwerdeführerinnen, verfügten aber über keine identische Spiegelung der sichergestellten Daten und hätten damit keine genauen Kenntnisse der sichergestellten Daten. Sie hätten aufgrund der Angaben im Durchsuchungsprotokoll den Umfang der versiegelten Daten annäherungsweise repliziert und machten auf dieser Grundlage ohne Anspruch auf Vollständigkeit Geheimnisinteressen geltend. Sie hätten in den geheim zu haltenden Beilagen die ihrer Auffassung nach der Beschlagnahme - mangels Deliktsskonnex - offensichtlich nicht unterliegenden Daten anhand der Ordnerstruktur identifiziert und farblich hervorgehoben, ebenso die Daten, die ihres Erachtens dem Anwaltsgeheimnis unterlägen oder rein privater Natur seien. Eine Ergänzung der Stellungnahme nach Gewährung der beantragten Akteneinsicht bleibe vorbehalten.

#### **E. 4.2.6.3**

Die Ausführungen der Vorinstanz, es wäre den Beschwerdeführerinnen zuzumuten, bei ordnungsgemässer Geschäftsführung wesentliche Daten im Überblick sowie Sicherungskopien zu haben und die wesentlichen zu schützenden Geheimnisse auch ohne Einsicht in die versiegelten Daten zu bezeichnen, greifen unter den konkreten Umständen zu kurz: Es ist nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerinnen über die Daten weiterhin verfügten, da nur gespiegelte Daten sichergestellt wurden. Indessen konnten die Beschwerdeführerinnen nicht im Detail wissen, welche Daten denn überhaupt sichergestellt wurden. Möglicherweise nicht ausgeschlossen, aber doch entsprechend schwierig und aufwändig war es für sie, die Geheimhaltungsinteressen zu substantizieren. Es war daher nachvollziehbar, dass sie zwecks näherer Substanziierung Einsicht in die gesiegelten Daten beantragten. Indem die Vorinstanz erst zusammen mit dem Endentscheid das Einsichtsgesuch abwies und zugleich den Beschwerdeführerinnen vorwarf, die Geheimnisse nicht hinreichend substantiziert zu haben, verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör und verunmöglichte ihnen eine nähere Substanziierung. Die Vorinstanz hätte entweder die Akteneinsicht gewähren oder zumindest vorweg das Einsichtsgesuch abweisen und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit geben müssen, auch ohne diese Einsicht eine präzisere Substanziierung vorzunehmen.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweisen sich die Beschwerden als begründet. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts sind aufzuheben. Die Sache (Verfahren 2C\_295/2021) ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen ( Art. 67 BGG ). Die Sache (Verfahren 2C\_307/2021) ist zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zurückzuweisen. Diese hat den Beschwerdeführerinnen entweder Einsicht in die sichergestellten Daten zu gewähren oder das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen vorab abzuweisen. Daraufhin hat sie den Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit einzuräumen, die Entsiegelungshindernisse näher zu substantizieren. Alsdann wird sie über das Entsiegelungsgesuch neu entscheiden.

Im Verfahren 2C\_295/2021 obsiegen formal die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1, indem das angefochtene Urteil ihrem Antrag entsprechend

aufzuheben ist. In der Sache unterliegen sie jedoch, da das Bundesverwaltungsgericht auf ihre Beschwerde richtigerweise nicht hätte eintreten dürfen und sie damit bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unterliegen. Sie tragen daher die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die WEKO hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ). Im Verfahren 2C\_307/2021 obsiegen die Beschwerdeführerinnen. Die WEKO trägt keine Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 4 BGG ), hat den Beschwerdeführerinnen aber für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.