

# **BGer 2C 578/2017 vom 8. August 2017**

Bundesgericht, 2017-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_578\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_578_2017)

FR: TF 2C 578/2017 du 8 août 2017

IT: TF 2C 578/2017 del 8 agosto 2017

## **Regeste**

Verfügung der WEKO vom 24. Oktober 2016 in Sachen Bauleistungen Graubünden - Beweisverwertungsverbot in der Untersuchung 22-0457; vorsorgliche Massnahmen | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist eine Zwischenverfügung.

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen End- und Teilentscheide ( Art. 90 und 91 BGG ), gegen Zwischenentscheide hingegen nur unter bestimmten Voraussetzungen ( Art. 92 und 93 BGG ). Art. 92 Abs. 1 BGG lässt die Beschwerde zu gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren. Gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde gegen andere selbstständig eröffnete Zwischenentscheide zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn 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). Ist die Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 BGG nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so sind die betreffenden Vor- oder Zwischenentscheide durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken ( Art. 93 Abs. 3 BGG ). Die hier angefochtene Zwischenverfügung fällt nicht unter Art. 92 BGG . Sie ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar. Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG kommt bei gegebener Konstellation als Zulässigkeitsgrund nicht in Betracht. Die Beschwerde kann höchstens unter dem Aspekt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zulässig sein.

#### **E. 1.2**

Da die vorinstanzliche Verfügung vorsorgliche Massnahmen zum Gegenstand hat, kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ), und Art. 46 Abs. 1 BGG über den Stillstand der Fristen kommt, etwa für Einladungen zur Vernehmlassung bzw. zu sonstigen Stellungnahmen, hier nicht zur Anwendung ( Art. 46 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 1.3**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG haben Rechtsschriften die Begehren und deren Begründung zu enthalten; in der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt schweizerisches Recht ( Art. 95 BGG ; vorliegend allein verfassungsmässige Rechte, vgl. vorne E. 1.2) verletze. Begehren wie Begründung haben

sachbezogen zu sein; sie haben sich auf den Gegenstand des angefochtenen Entscheids zu beziehen und zu beschränken. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die dem Bundesgericht unterbreiteten Begehren über den Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung hinausgehen, wird mit letzterer doch einzig entschieden, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine vorsorglichen Massnahmen zu treffen sind. Da die dort beantragten vorsorglichen Anordnungen inhaltlich darauf abzielten, den dem Bundesverwaltungsgericht "in der Sache selbst" unterbreiteten Anträgen vorsorglich zu entsprechen, lassen sich die dem Bundesgericht unterbreiteten Rechtsbegehren wohl so interpretieren, dass die Vorinstanz dazu angehalten werden soll, abweichend von der angefochtenen Zwischenverfügung entsprechend vorsorgliche Anweisungen zu treffen, oder dass das Bundesgericht dies an ihrer Stelle reformatorisch tun soll. Ob zulässige Rechtsbegehren vorliegen, kann indessen angesichts des Verfahrensausgangs dahingestellt bleiben.

### **E. 2.1**

Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG liegt dann vor, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen späteren Entscheid nicht mehr behoben werden kann (etwa BGE 141 IV 289 E. 1.2 S. 291). Vorliegend ist ein Zwischenentscheid angefochten, womit dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht entsprochen wird, ein Beweismittel, für das nach ihrer Auffassung ein Verwertungsverbot besteht, aus den Akten zu weisen und ab sofort ein diesbezügliches Verwertungsverbot auszusprechen. Ein derartiger Entscheid stellt grundsätzlich keinen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG dar, kann doch der entsprechende Einwand bis zum Abschluss des Verfahrens erneut vorgebracht und die Berücksichtigung des Beweismittels auch noch in einer Beschwerde gegen den Endentscheid gerügt werden. Von der in der Sache entscheidenden Behörde (bzw. dem Rechtsmittelrichter) darf erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen (vgl. für das Strafverfahren BGE 141 IV 284 E. 2.2 S. 287, 289 E. 1.2 S. 291 f.). Von dieser Regel bestehen Ausnahmen. Eine solche liegt im Strafverfahren insbesondere dann vor, wenn das Gesetz (die StPO) ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht. Ebenso verhält es sich nach der strafprozessualen Praxis, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalles die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges Interesse (im Strafverfahren ein rechtlich geschütztes Interesse) an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht ( BGE 141 IV 284 E. 2.3 S. 287, 289 E. 1.3 S. 292).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die (zweite) Befragung ihres ehemaligen Angestellten B. \_\_\_\_\_ als Zeuge sei in Verletzung des Grundsatzes nemo-tenetur erfolgt und damit nicht verwertbar. Dafür, ob ein diesbezüglicher Zwischenentscheid angefochten werden kann, sind die vorstehend dargestellten Grundsätze massgeblich. Es gibt keinen Anlass, in einem Administrativverfahren bezüglich des aus dem Strafrecht stammenden Prinzips eine weitergehende Anfechtung als im Strafverfahren zu ermöglichen. Daran ändert die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass über die Frage eines allfälligen Beweisverwertungsverbots, wie es im Strafverfahren gilt, bei Befragungen im Rahmen von Kartellverfahren noch keine Rechtsprechung bestehe, nichts. Dies hat keinen Einfluss auf

das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Was in E. 4.3 der angefochtenen Zwischenverfügung und in Rz 9 der Beschwerdeschrift in allgemeiner Form und nun in der (nach Ablauf der Beschwerdefrist verfassten) Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. August 2017 ausgeführt wird, genügt im Lichte der vorstehenden E. 2.1 nicht, um einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darzutun. Es bedürfte der dort erwähnten besonderen Umstände, um ein besonders gewichtiges Interesse des Betroffenen an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises anzuerkennen. Eine gesetzliche Norm, die eine sofortige Entfernung des Zeugenprotokolls (bzw. der Protokolle der darauf beruhenden Befragungen) vorsähe, ist nicht gegeben. Weiter lassen die gesamten Umstände des vorliegenden Falles nicht ohne Weiteres auf die Rechtswidrigkeit des Beweismittels schliessen. Insbesondere ist vorliegend das Interesse der Beschwerdeführerin an einer unverzüglichen Feststellung über eine allfällige Unverwertbarkeit des Beweises zusätzlich (und entgegen ihrer Auffassung) entscheidend durch die Tatsache vermindert, dass sich das Protokoll der Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ seit März 2016 in den Verfahrensakten und in den Händen der Verfahrensbeteiligten befindet, welche, gleich wie auch andere in das Verfahren einbezogene Dritte, zudem Kenntnis von den späteren auf dem Protokoll beruhenden Aussagen haben.

### **E. 2.3**

Es fehlt nach dem Gesagten am besonderen gewichtigen Interesse der Beschwerdeführerin an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit der Beweise für den Fortgang des Verfahrens und mithin an dem für das Eintreten auf die vorliegende Beschwerde erforderlichen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, den die angefochtene Zwischenverfügung für die Beschwerdeführerin bewirken könnte. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

### **E. 3**

Die Gerichtskosten ( Art. 65 BGG ) sind entsprechend dem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 erster Satz BGG).

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