

Verhalten bei einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung

Johannes Peter Gruber / Jörg Zehetner

Die Europäische Kommission und die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) können Hausdurchsuchungen durchführen, wenn sie einen begründeten Verdacht eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“) haben. Um in diesem Fall die eigenen Verteidigungsrechte wahren zu können, ist größeren Unternehmen die Einrichtung eines „internen Notfallsystems“ zu empfehlen.¹



Dr. Johannes Peter Gruber ist Rechtsanwalt in Wien.



Hon.-Prof. Dr. Jörg Zehetner ist Rechtsanwalt in Wien.

1. Vorbereitungen sind wichtig

Unternehmen sollten die organisatorischen und technischen Voraussetzungen für einen reibungslosen und geordneten Ablauf einer Hausdurchsuchung (europarechtlicher Begriff: „Nachprüfung“; auch „dawn raid“) schaffen. So kann zB bereits im Vorfeld ein – allenfalls rechtlich versierter – Mitarbeiter dazu bestimmt werden, der für die unternehmensinterne Koordination bei einer Nachprüfung verantwortlich ist (Dawn-raid-Beauftragter). Den Mitarbeitern sollte bereits im Vorfeld eine schriftliche Anleitung zur Verfügung gestellt werden, sodass alle Mitarbeiter bei Eintreffen der Ermittlungsbeamten sich der Anleitung entsprechend verhalten können. Erfahrungen der Betroffenen zeigen, dass eine Anleitung für den Fall einer Durchsuchung großen praktischen Wert haben kann: Unsicherheiten werden reduziert, die Mitarbeiter sind selbstsicherer, Verantwortlichkeiten sind festgelegt.

Es sollte insbesondere auch sichergestellt sein, dass alle EDV-Anlagen zugänglich sind (Passwörter müssen zB bekannt sein). Damit kann die physische Demontage der Festplatten vermieden werden.

Den Ermittlungsbeamten sollte ein Prüfraum (zB leerer Konferenzraum) zur Verfügung gestellt werden. Nach Möglichkeit sollte vereinbart werden, dass nur dort die Prüfung von Dokumenten und Unterlagen erfolgt. Sowohl die Europäische Kommission als auch die BWB dürfen Kopien von Geschäftsunterlagen anfertigen. Um bei der Herstellung der Kopien den Überblick wahren zu können, sollte mit den Ermittlungsbeamten einvernehmlich festgelegt werden, dass diese nur zentral an einer Stelle im Unternehmen (zB nur in einem Kopierzimmer, an einem Kopiergerät) hergestellt werden.

2. Bewilligung der Nachprüfung/ Hausdurchsuchung

Die Europäische Kommission kann bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen „Nachprüfungen“ – dazu gehören insbesondere auch Hausdurchsuchungen – vornehmen.² Die Kommission entscheidet selbst-

ständig, ohne dass dazu ein Antrag notwendig wäre.³ Die Entscheidung kann (nachträglich) beim Europäischen Gericht (früher: „Gericht erster Instanz“) und letztlich beim EuGH⁴ angefochten werden. Um die Hausdurchsuchung gegebenenfalls auch erzwingen zu können, ist eine zusätzliche Genehmigung der nationalen Wettbewerbsbehörde (in Österreich: des Kartellgerichts = OLG Wien) erforderlich. Das Kartellgericht darf aber nur prüfen, ob die Entscheidung der Kommission echt, nicht willkürlich und angemessen ist.⁵ Die Hausdurchsuchung kann mit Hilfe des „öffentlichen Sicherheitsdienstes“ (= Polizei) erzwungen werden.⁶ Nach europäischem Kartellrecht können zusätzlich Geldbußen verhängt werden (bis zu 1 % des letzten Jahresumsatzes), wenn unvollständige Geschäftsunterlagen vorgelegt oder unrichtige Auskünfte erteilt werden.⁷

Eine Hausdurchsuchung nach österreichischem Recht kann nur auf Antrag der BWB durchgeführt werden. Über diesen Antrag entscheidet das Kartellgericht (durch den Senatsvorsitzenden als Einzelrichter).⁸ Die Entscheidung kann – ebenfalls nachträglich – beim Kartellobergericht (= OGH) angefochten werden.⁹ Auch diese Art der Hausdurchsuchung kann mit Polizeigewalt durchgesetzt werden,¹⁰ Geldbußen sind nicht vorgesehen; das Verhalten bei der Hausdurchsuchung wird aber bei der endgültigen Strafbemessung berücksichtigt.

Die Unternehmen sollten sich – um ihre Rechte zu wahren – grundsätzlich gegen Hausdurchsuchungen aussprechen, sich aber sonst nicht dagegen wehren und mit den Ermittlungsbeamten möglichst kooperieren. Dennoch sind die Nachprüfungsentscheidung und alle Ermittlungshandlungen auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen; Ermittlungshandlungen, die nicht vom Hausdurchsuchungsbefehl/von der Nachprüfungsentscheidung gedeckt sind, müssen nicht hingenommen werden. Im Zweifelsfall sollte man auf einer Versiegelung der strittigen Unterlagen bestehen (Näheres siehe weiter unten).

1 *Urllesberger/Ditz*, Feuertaufe für Hausdurchsuchungen im nationalen Kartellverfahren, *ecolex* 2011, 1026; *J. P. Gruber*, Das „Anwaltsprivileg“ im Wettbewerbsrecht, *ÖZK* 2010, 103; *F. Neumayr/Stegbauer*, Die Reichweite des Anwaltsprivilegs, *ÖZK* 2008, 10.

2 Art 20 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, *ABl L* 1 vom 4. 1. 2003, S 1.

3 Art 20 Abs 3 der Verordnung (EG) Nr 1/2003.

4 EuGH 14. 9. 2010, Rs C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission*.

5 § 12 Abs 2 WettbG.

6 § 12 Abs 3 iVm § 14 WettbG.

7 Art 23 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 1/2003.

8 § 12 Abs 3 WettbG.

9 § 12 Abs 3 WettbG; § 45 AußStrG.

10 § 14 WettbG.

3. Verhalten des Unternehmens

Die Ermittlungsbeamten kommen fast immer während der Geschäftszeiten, regelmäßig zu Beginn eines Arbeitstages (*dawn raid*, *Razzia* bei Sonnenaufgang). Wenngleich sie in der Praxis meist dazu bereit sind, im Empfangsbereich kurzzeitig auf das Eintreffen eines unternehmensinternen Ansprechpartners (zB Geschäftsführer, Mitglied der Rechtsabteilung) zu warten, besteht hierauf kein Anspruch. Es kann in diesen Fällen auch sofort die Durchsuchungsbefugnis übergeben und mit der Untersuchung begonnen werden. Meist werden zunächst der Empfangsbereich, die Telefonzentrale oder andere Räume „gesichert“. Die Ermittlungsbeamten verhängen möglicherweise kurzzeitig eine Telefonsperre. Damit soll verhindert werden, dass sich die durchsuchten Unternehmen gegenseitig warnen.

Die Beamten müssen sich durch ihre Dienstausweise ausweisen und über eine Vollmacht zur Durchführung der konkreten Nachprüfung verfügen.¹¹ Häufig werden sie auch von Begleitpersonen unterstützt, die über Spezialkenntnisse in bestimmten Bereichen verfügen. Auch diese haben sich auszuweisen (zB mit Personalausweis) und ihre Legitimation zur Mitwirkung an der Nachprüfung darzulegen. Sämtliche Legitimationsdokumente sollten auf formale und inhaltliche Übereinstimmung geprüft werden.

Es sollte ehestmöglich der Rechtsanwalt des Unternehmens oder der Leiter der Rechtsabteilung verständigt werden. Die Beamten müssen aber nicht bis zum Eintreffen eines Rechtsanwalts warten. Allerdings räumen sie – vor allem wenn das Unternehmen über keine Rechtsabteilung verfügt – regelmäßig eine „angemessene Frist“ (vom Einzelfall abhängig, höchstens eine Stunde) ein.

4. Die Beamten haben weitgehende Befugnisse

Die Durchführung der Durchsuchung erfolgt regelmäßig systematisch, professionell und auf effiziente Weise. Häufig werden die Ermittlungsbeamten von sich aus Präferenzen angeben, welche Bereiche des Unternehmens sie zuerst durchsuchen wollen (zB Sekretariat der Unternehmensleitung, Buchhaltung). Der Umfang des Betretungsrechts der Ermittlungsbeamten ergibt sich aus der Reichweite ihrer jeweiligen Nachprüfungsbefugnisse. Räumlichkeiten, die nicht im Rahmen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens genutzt werden, dürfen grundsätzlich nicht betreten werden.

Für Nachprüfungen durch die Europäische Kommission gilt, dass der Schriftverkehr zwischen dem Unternehmen und seinem externen Rechtsanwalt, der einen Bezug zum Gegenstand und Zweck der Nachprüfung aufweist, der Nachprüfung und der Einsichtnahme durch die Ermittlungsbeamten entzogen ist

(„Anwaltsprivileg“).¹² Gleiches gilt für interne Aufzeichnungen, die nur den Wortlaut oder den Inhalt einer derartigen Mitteilung wiedergeben.¹³ Derart strittige Unterlagen können aber (ohne vorherige Einsichtnahme durch die Europäische Kommission) kopiert, in einem versiegelten Kuvert verwahrt und von der Europäischen Kommission mitgenommen werden. Die endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit der Sichtung liegt in weiterer Folge nicht bei der Europäischen Kommission oder ihren Ermittlungsbeamten, sondern beim Europäischen Gericht und letztlich beim EuGH.¹⁴

Es ist bisher in der österreichischen Rechtsprechung noch nicht geklärt, ob das Anwaltsprivileg auch nach österreichischem Wettbewerbsrecht gilt.¹⁵ Die betroffenen Unternehmen können sich dennoch wehren: Es ist im Gesetz ausdrücklich festgelegt, dass strittige Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme gesichert („verschlossenes Kuvert“) und dem Kartellgericht vorgelegt werden.¹⁶ Das Kartellgericht (durch den Senatsvorsitzenden) hat die Unterlagen zu sichten und zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie durchsucht, eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden dürfen oder sie dem Inhaber zurückzustellen sind.¹⁷

Entsprechendes gilt für Unterlagen, die nach Ansicht des Unternehmens nicht vom Umfang des Hausdurchsuchungsbefehls/der Nachprüfungsentscheidung gedeckt sind.

Weder die Europäische Kommission noch die BWB sind zur **Beschlagnahme** von Dokumenten berechtigt.¹⁸ Die Ermittlungsbeamten können aber jederzeit Kopien von Geschäftsunterlagen anzufertigen.¹⁹ In der Praxis ist es üblich, dass aus Transparenzgründen zwei Kopiensätze angefertigt werden, wovon einer nach Beendigung der Nachprüfung (gemeinsam mit einem ebenfalls angefertigten Kopienverzeichnis) beim Unternehmen verbleibt. Die Anfertigung der Kopien sollte ausschließlich durch einen entsprechend unterrichteten Mitarbeiter des Unternehmens erfolgen. Die Kommission, nicht

12 EuGH 18. 5. 1982, Rs 155/79, *AM & S/Kommission*, Rn 18 ff; vgl dazu auch *Bumtscheck*, Anwaltskorrespondenz – Beitrag zur geordneten Rechtspflege oder „tickende Zeitbombe“, WuW 2007, 229; *Seitz/Berg/Lohrberg*, „Dawn Raids“ im europäischen Kartellverfahren, WuW 2007, 716; *Meyer/Kuhn*, Befugnisse und Grenzen kartellrechtlicher Durchsuchungen nach VO Nr. 1/2003 und nationalem Recht, WuW 2004, 880; *Dittert*, Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung, WuW 2004, 148; *Kapp*, Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz im Kartellverfahren, WuW 2003, 142; *derselbe*, Legal Privilege des EG-(Kartell-)Verfahrensrechts, WuW 2002, 555.

13 *Urlesberger/Ditz*, *ecollex* 2011, 1026; *J. P. Gruber*, ÖZK 2010, 103; *F. Neumayr/Stegbauer*, ÖZK 2008, 10.

14 EuGH 14. 9. 2010, Rs C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission*.

15 Siehe Fußnote 13.

16 § 12 Abs 5 WettbG.

17 Gegen diesen Beschluss steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen. Dieses hat keine aufschiebende Wirkung (§ 12 Abs 5 KartG).

18 *E. Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG (2007) § 12 WettbG, Rz 40 f; *de Bronnet*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht (2005) Art 20 Rz 14.

19 Art 20 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 1/2003; § 11a Abs 1 Z 2 WettbG.

11 Art 20 Abs 3 der Verordnung (EG) Nr 1/2003.

aber die BWB,²⁰ hat auch die Möglichkeit, Räume zu versiegeln, wenn sich die Untersuchung über mehrere Tage erstreckt.²¹ Bei einem Siegelbruch drohen erhebliche Geldbußen; der deutsche Energieriese E.ON soll für einen solchen Siegelbruch € 38 Mio zahlen.²²

Auskünfte sollten nur dann erteilt werden, wenn diese ausdrücklich von den Ermittlungsbeamten verlangt werden. Gleichzeitig besteht kein Rechtsanspruch darauf, dass nur bestimmte, vom Unternehmen namhaft gemachte Personen befragt werden. Die Antworten sollten jeweils auf das notwendige Maß und die wahrheitsgemäßen Tatsachen beschränkt bleiben, die auch mit dem Gegenstand und Zweck der Nachprüfung im Zusammenhang stehen. Werturteile oder Meinungen sollten hingegen nicht abgegeben werden. Keinesfalls muss eine Gesetzesübertretung eingestanden werden. Auch sind die Ermittlungsbeamten nicht dazu berechtigt, Kreuzverhöre durchzuführen. Bestehen Unsicherheiten über die Pflicht oder den Umfang der Auskunftserteilung, dann sollten die Mitarbeiter des Unternehmens jedenfalls vorher mit der Rechtsabteilung oder mit dem zugezogenen externen Rechtsberater Rücksprache halten.

Im Übrigen sollten Befragungen ausschließlich im Beisein von Vertretern des Unternehmens durchgeführt werden. Werden Auskünfte von den Ermittlungsbeamten protokolliert, dann ist dem Unternehmen eine Kopie dieser Aufzeichnungen zu überlassen. Enthalten diese Aufzeichnungen Auskünfte von Mitarbeitern, die vom Unternehmen nicht ermächtigt wurden, dann hat die Europäische Kommission dem Unternehmen eine Frist von mindestens 14 Tagen für die Übermittlung von Richtigstellungen, Änderungen oder Zusätzen zu gewähren. Auf Grundlage der Prüfung von Legitimation und Befugnis muss – allenfalls unter Rücksprache mit der Rechtsabteilung oder der externen Rechtsvertretung – entschieden werden, ob die Nachprüfung freiwillig geduldet wird. Dabei ist zu beachten, dass im Falle der Verweigerung der Duldung diese grundsätzlich auch zwangsweise unter Zuhilfenahme der Polizei durchgesetzt werden kann.

5. Verhalten nach Beendigung

Nach Beendigung der Nachprüfung sollte unter Mitwirkung aller Mitarbeiter, die in Kontakt mit den Beamten getreten sind, ein **Protokoll** über die Hausdurchsuchung erstellt werden. Darin sollten insbesondere auch die nicht schon auf andere Weise protokollierten Handlungen der Inspektoren festgehalten werden (zB welche Dokumente geprüft, aber nicht kopiert wurden, welche Räum-

lichkeiten betreten wurden). Gemeinsam mit dem beim Kopieren erstellten zweiten Kopiensatz und den Abschriften der Auskunftprotokolle bilden diese Informationen die Grundlage für alle weiteren Verfahrensschritte.

Je genauer die Dokumentation der Ereignisse erfolgt, desto eher besteht auch die Möglichkeit, im fortgesetzten Verfahren erfolgreich die Rechtswidrigkeit gesetzter Ermittlungshandlungen geltend zu machen. Gelingt dies, dann wären die mit der rechtswidrigen Ermittlungshandlung in Verbindung stehenden Beweismittel mit einem Verwertungsverbot belastet und könnten nicht zur Begründung einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise herangezogen werden.

6. Kronzeugenregelung

Seit 1. 1. 2006 kennt nur das österreichische Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“) eine Kronzeugenregelung.²³ Dem Kartellmitglied, welches das Kartell als Erstes den Behörden anzeigt und ihnen bei der Aufklärung hilft, wird die Geldbuße erlassen. Nachdem Geldbußen bis zu 10 % des letzten Jahresumsatzes möglich sind, ist das eine nicht unerhebliche Bevorzugung. Eine entsprechende Regelung gibt es seit 1996 im EU-Kartellrecht.²⁴ Sie hat sich insbesondere nach einer Reform im Jahr 2002 als sehr erfolgreiches Mittel zur Bekämpfung von Kartellen erwiesen.²⁵ Die dazu ergangene Mitteilung der Kommission war auch Vorbild für die österreichische Regelung. Die BWB hat dazu ein Handbuch veröffentlicht, das auf ihrer Website (<http://www.bwb.gv.at>) abgerufen werden kann.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass es in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterschiedliche Kronzeugenregelungen gibt. Insoweit ist eine besonders genaue Prüfung geboten.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Alle Unternehmen sollten sich sorgfältig auf mögliche Hausdurchsuchungen/Nachprüfungen durch die BWB und die Europäische Kommission vorbereiten. Sie sollten dazu ihre Mitarbeiter möglichst sorgfältig schulen, die Funktionen der leitenden Angestellten festlegen und den Ablauf einer Hausdurchsuchung/Nachprüfung – im Rahmen eines sogenannten *mock dawn raids* – üben. Nur so können sie die ihnen zustehenden Rechte bestmöglich wahren und der Verhängung empfindlicher Geldbußen effektiv entgegenwirken.

20 *Urlesberger/Ditz*, *ecolex* 2011, 1026. Manche bezeichnen auch die Befugnisse nach § 12 Abs 5 WettbG (vgl oben Punkt 3.) als „Versiegelung“, so *E. Müller* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, *KartG*, § 12 WettbG Rz 41; vgl auch *J. P. Gruber*, *Wettbewerbsrecht – Neuigkeiten aus Brüssel*, Aufsichtsrat aktuell 2/2008, 18.
21 Art 20 Abs 2 lit d der Verordnung (EG) Nr 1/2003.
22 *J. P. Gruber*, Aufsichtsrat aktuell 2/2008, 18. Das Europäische Gericht (15. 12. 2010, Rs T-141/08, *E.ON Energie/Kommission*) hat die Entscheidung der Kommission bestätigt; E.ON hat dagegen ein Rechtsmittel an den EuGH erhoben.

23 § 11 Abs 3 bis 6 WettbG; *J. P. Gruber*, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, *RdW* 2005, 535; *derselbe*, *Kartellrecht: Das Handbuch zur Kronzeugenregelung*, *RdW* 2006, 261.
24 *J. P. Gruber*, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, *MR-Int* 2007, 3.
25 *J. P. Gruber*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, *MR-Int* 2005, 11.