

KartellrechtRechtsanwalt und Avocat à la Cour Dr. Ralf Willer, Berlin¹

Ermittlungen der Europäischen Kommission in Wettbewerbsachen

Ermittlungen von Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission (die „Kommission“) sind für den Schutz der Marktordnung vor Kartellbildung und dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen unerlässlich. Das vergangene Jahr 2017 hat verdeutlicht, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden nicht abnimmt – die Beamten zeigten nicht nur an der deutschen Automobilbranche, sondern ebenso an der Stahlindustrie und dem Bankensektor erhebliches Interesse.

Ermittlungen der Kommission – wie auch anderer Wettbewerbsbehörden – bringen für die betroffenen Unternehmen in der Regel erhebliche Herausforderungen mit sich: Sie binden Ressourcen und können den Geschäftsbetrieb zeitweise ganz oder zum Teil zum Erliegen bringen. Das gilt vor allem im Fall von Nachprüfungen. Die Kommunikationsabteilungen betroffener Unternehmen mögen dem Terminus gelegentlich eine gewisse Harmlosigkeit beizulegen versuchen, doch es handelt sich bei einer Nachprüfung um das europarechtliche Äquivalent der Durchsuchung. Sie schränkt den Zugriff auf Aktenbestände und auf Teile des IT-Systems des Unternehmens erheblich ein. Da das Unternehmen zu Beginn der Ermittlungshandlungen oft weder den Sachverhalt noch die Reichweite der Vorwürfe vollständig überblickt, sorgen Ermittlungshandlungen nicht selten auch für erhebliche Verunsicherung bei den Mitarbeitern.

Für die Belastungen einer Nachprüfung sollte sich ein Unternehmen unabhängig von konkret bestehenden Verdachtsmomenten wappnen.² Denn Nachprüfungen haben es typischerweise an sich, unangekündigt stattzufinden; nur so kann die Kommission die größtmögliche Wirksamkeit erzielen und die vorbeugende Vernichtung von Unterlagen verhindern.

I. Gegenstand und Rechtsgrundlagen der Ermittlungen (Überblick)

Die Markt- und Wettbewerbsordnung für den Binnenmarkt der Europäischen Union sieht in den Artikeln 101 und 102 AEUV zwei Verbotstatbestände vor, die den unbeeinträchtigten Handel zwischen den Mitgliedstaaten schützen sollen: Das Kartellverbot untersagt wettbewerbsbeschränkendes Verhalten jeder Art, sei es durch Vereinbarungen und sonst abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen oder durch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (Artikel 101 Abs. 1 AEUV); das Kartellverbot erfasst sowohl horizontale Absprachen zwischen Wettbewerbern (Kartelle im engeren Sinne) als auch bestimmte vertikale Absprachen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, z.B. Preisbindung der zweiten Hand, und den Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Informationen. Das Marktmissbrauchsverbot verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 102 AEUV). Die Tatbestände greifen jeweils ein, wenn das Verhalten geeignet ist, sich auf den Binnenmarkt auszuwirken.³

Über die Einhaltung des Kartell- und Marktmissbrauchsverbots wacht die Kommission.⁴ Sie soll Zuwiderhandlungen aufklären, abstellen und sanktionieren (Artikel 105 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV). Ihre Befugnisse sind zwar nicht strafrechtlicher Natur⁵. Doch kann sie im Rahmen des Verwaltungsverfahrens Bußgelder in empfindlicher Höhe gegen Unternehmen

¹ Der Autor ist als Counsel bei Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB tätig.

² Einen Überblick mit zahlreichen Hinweisen zur Vorbereitung auf Durchsuchungssituationen durch verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden bietet die von den sog. Best Friends-Kanzleien – Bonelli Erede, Bredin Prat, De Brauw Blackstone Westbroek, Hengeler Mueller, Slaughter and May, Uría Menéndez – betriebene Webseite www.europeandawnraids.com.

³ St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Urteil vom 31. Mai 1979, Rs. 22/78 – Hugin, ECLI:EU:C:1979:138 Tz. 17. Für rein innerstaatliche Sachverhalte gilt das mitgliedstaatliche Wettbewerbsrecht.

⁴ Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind subsidiär für die Aufklärung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 f. AEUV zuständig, vgl. Art. 5 VO 1/2003.

⁵ Vgl. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003. Dazu: Lettl, Kartellrecht 4. Auflage, § 4 Rz. 1; Willer, (2014) 10 CLI, 179 (184).

und Unternehmensverbände⁶ verhängen – nicht allerdings gegen natürliche Personen. Die Aufgaben der Kommission werden durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln⁷ („VO 1/2003“, auch: Kartellverfahrensverordnung)⁸ und die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission („Durchführungsverordnung“)⁹ konkretisiert. In ihrer Bekanntmachung über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV vom 20. Oktober 2011 hat die Kommission zudem praktische Hinweise zu ihrem Vorgehen zusammengefasst.¹⁰

II. Besonderheiten der Kommissionsermittlungen

Wettbewerbsrechtliche Ermittlungen der Kommission dienen der Aufklärung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartell- oder Marktmissbrauchsverbot der Artikel 101 f. AEUV, deren Abstellung sie mit einer Entscheidung nach den Art. 7 ff. VO 1/2003 verlangen kann. Das anwendbare Verfahren weist eine Reihe von Besonderheiten im Vergleich gerade zum Verfahren deutscher Ermittlungsbehörden auf.

1. Einfache Ersuchen vs. Mitwirkungspflichten auslösende Entscheidungen

Der Kommission stehen mit dem einfachen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003), dem einfachen Nachprüfungsauftrag (Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003) und der (stets freiwilligen) selbstständigen Befragung (Art. 19 VO 1/2003) unverbindliche Ermittlungsmaßnahmen offen. Dabei ist sie auf eine freiwillige Mitwirkung der Adressaten angewiesen. Für die Adressaten kann sich die freiwillige Unterstützung anbieten, etwa aufgrund der Erwartung, dass sich die Geldbuße wegen einer Zuwiderhandlung ermäßigt.¹¹

Zum anderen kann die Kommission Auskunftsverlangen und Nachprüfungen durch eine formelle Kommissionsentscheidung¹² verbindlich ausgestalten (vgl. Art. 18 Abs. 3 bzw. Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003). Nichts hindert die Kommission, einer unverbindlichen eine verbindliche Maßnahme nachzuschieben. Den Adressaten einer formellen Entscheidung trifft die Pflicht, aktiv an der Ermittlungsmaßnahme mitzuwirken.¹³ Die Mitwirkungspflicht gilt ab Zugang der Entscheidung.¹⁴ Der Adressat der Entscheidung muss mehr tun, als die Nachprüfung bloß zu dulden. Insbesondere hat er den Anordnungen der Kommission Folge zu leisten und Auskünfte sowie Unterlagen beizubringen. Er ist allerdings nicht gehalten, Informationen erst noch zu beschaffen oder Dokumente wiederherzustellen.¹⁵ Auch eine vorwirkende wettbewerbsrechtliche Pflicht, bestimmte Dokumente aufzubewahren oder zu sichern, besteht nicht.¹⁶

Verstößt ein Adressat gegen seine Mitwirkungspflichten, kann die Kommission für jeden Tag der Mitwirkungsverweigerung Zwangsgelder in Höhe von bis zu fünf Prozent des im letzten Jahr durchschnittlich erzielten Tagesumsatzes (Art. 24 Abs. 1 lit. d) und e) VO 1/2003) oder ein Bußgeld verhängen, das bis zu einem Prozent des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Umsatzes der gesamten Unternehmensgruppe betragen kann (Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003). Schließlich kann die Kommission Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht in ihrer

⁶ Im Folgenden wird auf den Verweis auf Unternehmensverbände verzichtet; die Ausführungen gelten für Unternehmensverbände entsprechend.

⁷ ABl. L1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff. An die Stelle der Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages sind mit Wirkung zum 1. Dezember 2009 die Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) getreten. Sie übernehmen im Wesentlichen den Text ihrer Vorgängervorschriften.

⁸ Rechtsgrundlage für den Erlass der VO 1/2003 ist Artikel 103 AEUV.

⁹ ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 18 ff.

¹⁰ ABl. C 308 vom 20. Oktober 2011, S. 6 ff.

¹¹ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff.

¹² Für den Erlass der Entscheidung ist die Kommission als Kollegialorgan zuständig, in der Praxis ermächtigen die Kommissare allerdings die Wettbewerbskommissarin zum Entscheidungserlass, vgl. de Bronnert, Europäisches Kartellverfahrensrecht 2. Auflage, Allg. Vorbem. Rz. 26 u. Art. 20 Rz. 46.

¹³ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 13. September 2006 – COMP/F/38.456 – Bitumen (Niederlande), ABl. L196 vom 28. Juli 2006, S. 40 Tz. 19; EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-357/06 – Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., ECLI:EU:T:2012:488 Tz. 220 ff.

¹⁴ De Bronnert, Europäisches Kartellverfahrensrecht 2. Auflage, Art. 20 Rz. 18.

¹⁵ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 51.

¹⁶ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 19. Januar 2006, C-308/04 P – SGL Carbon AG, ECLI:EU:C:2006:54 Tz. 83.

finalen Entscheidung bußgelderhöhend berücksichtigen, wenn sie im Ergebnis einen Kartellverstoß feststellt.¹⁷

2. Selbstbelastung und Anwaltsprivileg

Der Mitwirkungspflicht des Entscheidungsadressaten steht die Gefahr einer möglichen Selbstbelastung nicht entgegen. Zwar muss das Unternehmen kein Geständnis abgeben und auch keine Unterlagen vorlegen, die einem Geständnis gleichkommen.¹⁸ Doch erkennt das Unionsrecht kein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht an, sodass auch belastende Unterlagen vorzulegen sind.¹⁹

Korrespondenz, die dem Anwaltsprivileg (*legal professional privilege*) unterfällt, muss das Unternehmen der Kommission nicht vorlegen. Das Anwaltsprivileg greift für die Korrespondenz des Unternehmens mit externen, in der Europäischen Union zugelassenen Rechtsanwälten ein, die einen spezifischen Bezug zur Verteidigung des Unternehmens im Zusammenhang mit den konkreten Ermittlungen der Kommission aufweist.²⁰ Unerheblich ist, ob die rechtliche Beratung vor oder nach Eröffnung des Verfahrens durch die Kommission erfolgte.²¹ Grundsätzlich nicht dem Schutz des Anwaltsprivilegs unterfallen Unterlagen des Syndikusanwalts oder sonstige intern erstellte Unterlagen²², es sei denn sie dienen der Vorbereitung der Beratung durch einen externen Rechtsanwalt in der Ermittlungssache oder fassen den Rechtsrat eines externen Rechtsanwalts zusammen.²³ Macht ein Unternehmen das Anwaltsprivileg geltend und begründet dies, so folgt daraus ein Verbot an die Kommission, den Inhalt ohne weiteres zur Kenntnis zu nehmen; d.h. die Kommission darf selbst nicht prüfen, ob das Anwaltsprivileg greift.²⁴

3. Rechtsschutz

Die Rechtmäßigkeitsprüfung verbindlicher Kommissionsentscheidungen obliegt der Unionsgerichtsbarkeit (vgl. Art. 20 Abs. 8 Satz 4 und ferner ErwG. 27 VO 1/2003). Betroffene können Rechtsschutz vor dem Gericht suchen, indem sie eine Nichtigkeitsklage nach Artikel 263 Abs. 4 AEUV erheben. Eine aufschiebende Wirkung ist mit ihr jedoch nicht verbunden. Dazu kommt eine Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach Artikel 278 Satz 2 AEUV in Betracht, wenn die Sache dringlich ist und hinreichende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen (vgl. Art. 104 § 2 EuG-Verfahrensordnung).

Unverbindliche Ermittlungsverlangen sind nicht selbstständig justitiabel. Gleiches gilt für einzelne Maßnahmen im Zusammenhang mit einer verbindlichen Nachprüfung. Ein Unternehmen kann Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich erst zusammen mit der finalen Entscheidung der Kommission in der Sache überprüfen lassen.²⁵ Da die Kommission ihrer finalen Entscheidung ausschließlich rechtmäßig erlangte Beweismittel zugrunde legen darf, ergibt sich bei begründeter Klage ggfs. ein Beweisverwertungsverbot für durch unrechtmäßige Maßnahmen erworbene Beweismittel.²⁶ Hat sich das Unternehmen einer Ermittlungsmaßnahme verweigert und erlässt die Kommission daraufhin eine Buß- oder Zwangsgeldentscheidung nach Art. 23 f. VO 1/2003, ist diese selbstständig angreifbar.²⁷ Unmittelbarer Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen ist auch dann eröffnet, wenn ein Verstoß der Kommission gegen das Anwaltsprivileg im Raum steht.²⁸

¹⁷ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff., Tz. 28.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, Rs. 374/87 – Orkem S.A., ECLI:EU:C:1989:387 Tz. 35; EuG, Urteil vom 20. Februar 2001, T-112/98 – Mannesmannröhren-Werke AG, ECLI:EU:T:2001:61 Tz. 67.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, Rs. 374/87 – Orkem S.A., ECLI:EU:C:1989:387 Tz. 34.

²⁰ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 23 u. 27.

²¹ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 21 u. 25.

²² EuGH, Urteil vom 14. September 2010, C-550/07 P – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 44 ff.

²³ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T 125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 122 ff.

²⁴ Seitz, EuZW 2008, 204 (206 f.).

²⁵ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysmian SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 108; EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 132.

²⁶ Seitz, EuZW 2008, 204 (206).

²⁷ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysmian SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 103; EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 126. Dazu: Kovács, [2014] 35 E.C.L.R. 110, 112 f.

²⁸ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 129.

4. Geschäftsgeheimnisse und Vertraulichkeitsschutz

Ein gesonderter Schutz für Geschäftsgeheimnisse vor einer Einsichtnahme durch die Kommission besteht nicht. Allerdings darf die Kommission die erlangten Informationen nur zu dem Zweck verwenden, zu dem sie eingeholt wurden, d.h. für ihre Ermittlungen wegen des Verdachts von Zuwiderhandlungen gegen Wettbewerbsrecht; es ist ihr verwehrt, vertrauliche Informationen an Dritte weiterzugeben (Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003).²⁹ Um sie vor der Akteneinsicht Dritter zu schützen, sollten Geschäftsgeheimnisse stets eindeutig als solche gekennzeichnet bzw. bezeichnet werden. Auf Verlangen der Kommission ist für jedes Dokument eine Begründung des vertraulichen Charakters beizubringen (Art. 16 Abs. 3 Durchführungsverordnung). Sie kann nicht-vertrauliche Fassungen der vertraulichen Dokumente verlangen (Art. 16 Abs. 2 Durchführungsverordnung).

III. Nachprüfungen der Kommission vor Ort

Nachprüfungen führt die Kommission bei Unternehmen durch, um Beweismittel für Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 f. AEUV zu gewinnen. Sie finden in der Regel bei Unternehmen statt, gegen die die Kommission den Verdacht eines wettbewerbswidrigen Verhaltens hegt. Die Kommission kann sie in den Grenzen eines strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabes³⁰ auch bei unverdächtigen Unternehmen durchführen, bei denen sie sich Beweismittel vorzufinden verspricht.³¹ Die Kommission stützt die Nachprüfung in der Regel auf eine formelle Nachprüfungsentscheidung (Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003)³², nicht auf einen bloßen Nachprüfungsauftrag (Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003), um Mitwirkungspflichten des Adressaten auszulösen.³³ Einer vorherigen richterlichen Genehmigung bedarf es nicht.³⁴ Das EuG hat in jüngerer Zeit angedeutet, dass die Kommission gegen das Unternehmen bei einem Widerspruch gegen die Nachprüfung nicht ohne weiteres ein Bußgeld verhängen darf, sondern erst bei offensichtlicher Behinderung oder Rechtsmissbrauch.³⁵ Das kann allerdings nicht als gesicherte Rechtsprechung gelten, sodass ein Widerspruch stets gründlich abzuwägen sein wird.³⁶

Unmittelbaren Zwang darf die Kommission selbst nicht anwenden. Bei einem Widerspruch gegen die Nachprüfung steht es der Kommission offen, sich an die nationalen Behörden zu wenden, um die Nachprüfung nach Maßgabe des mitgliedstaatlichen Rechts zwangsweise durchsetzen zu lassen (Art. 20 Abs. 6 u. Abs. 7 VO 1/2003). Die nationalen Behörden bindet die Kommission ohnehin regelmäßig in Nachprüfungshandlungen ein.³⁷ In Deutschland etwa kommt es – wenn auch seltener als in der früheren Praxis – vor, dass Beamte des Bundeskartellamts (sowie ggfs. der Polizei) die Kommissionsbeamten begleiten. Das Bundeskartellamt beantragt dann regelmäßig vorsorglich einen Durchsuchungsbeschluss nach § 105 StPO beim Amtsgericht Bonn.³⁸ Die Einbindung der nationalen Behörden ändert freilich nichts daran, dass sich die Befugnisse der beteiligten Beamten nach EU-Recht richten.

Die Nachprüfungsentscheidung benennt den der Nachprüfung zugrunde liegenden Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV – die Kommission darf weder ins Blaue hinein ermitteln noch gar eine *fishing expedition* betreiben³⁹ – und hat den maßgeblichen Sachverhalt möglichst genau zu umschreiben⁴⁰. Der Nachprüfungsgegenstand wie er sich aus der Entscheidung ergibt, bildet die Grenze der Ermittlungsbefugnisse.⁴¹ Die Entscheidung soll dem Adressaten nicht nur den Umfang seiner Mitwirkungspflichten ver-

²⁹ Der Terminus Berufsgeheimnis in Art. 28 Abs. 2 VO 1/2003 wird allgemein als zu eng betrachtet, vgl. Barthelmeß/Rudolf, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerFO Art. 28 Rz. 20.

³⁰ Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12 Rz. 9.

³¹ Nowak, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerVO Art. 20 Rz. 54.

³² Ein Beispiel für eine Nachprüfungsentscheidung ist auf der Webseite der Generaldirektion Wettbewerb abrufbar: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/information_en.html.

³³ Aufgrund ihrer praktischen Relevanz wird im Folgenden ausschließlich die Nachprüfung auf Grundlage einer formellen Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VI 1/2003 besprochen.

³⁴ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2015, C-583/13 P – Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:C:2015:404 Tz. 35.

³⁵ EuG, Urteil vom 6. September 2013, T-289/11, T-290/11 und T-521/11 – Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:T:2013:404 Tz. 90.

³⁶ Staabe/Klinge, EWeRK 2015, 231 (235).

³⁷ Die nationale Wettbewerbsbehörde ist vor Erlass der Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 anzuhören.

³⁸ Das mitgliedstaatliche Gericht ist im Wesentlichen darauf beschränkt, die Echtheit der Kommissionsentscheidung und das Fehlen von Willkür sowie die Wahrung der Verhältnismäßigkeit zu prüfen (Art. 20 Abs. 8 VO 1/2003), vgl. EuG, Urteil vom 8. März 2007, T-339/04 – France Télécom, ECLI:EU:T:2007:80 Tz. 52.

³⁹ Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12 Rz. 9.; EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, Solvay S.A., C-109/10 P. ECLI:EU:C:2011:256 Tz. 138.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2002, C-94/00 – Roquette Frères, ECLI:EU:C:2002:603 Tz. 83.

⁴¹ Birnstiel/Janka/Schubert, DB 2014, 467 (472).

deutlichen, sondern ihm zusätzlich die Vorbereitung einer angemessenen Verteidigung ermöglichen.⁴² Die Kommission sieht sich zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens allerdings oft noch nicht in der Lage, den Sachverhalt hinreichend zu spezifizieren, denn diesen zu ermitteln ist schließlich Zweck der Nachprüfung. Die Rechtsprechung akzeptiert das, verpflichtet die Kommission jedoch mit zunehmendem Erkenntnisgewinn im Verlauf des Ermittlungsverfahrens präzisere Entscheidungsbegründungen zu verfassen.⁴³ Für das betroffene Unternehmen sind die Informationen in der Nachprüfungsentscheidung von erheblicher Bedeutung, um erste Hinweise auf den zugrunde liegenden Vorwurf zu erhalten und ggfs. über eine Kronzeugenstrategie entscheiden zu können.

Während der Nachprüfung bzw. in der Praxis oft an deren Ende fertigen die Kommissionsbeamten ein Nachprüfungsprotokoll sowie ein Verzeichnis der kopierten Dokumente an. Hat die Kommission keine Unterlagen kopiert, so sollte das Unternehmen auf entsprechende Bescheidungen bestehen. Mündliche Erläuterungen der Beamten sollten ebenso wie Widersprüche und Rügen des Unternehmens Eingang in das Protokoll finden. Auch Meinungsverschiedenheiten, z.B. über die Zulässigkeit von Maßnahmen während der Nachprüfung oder den Inhalt mündlicher Erklärungen des Unternehmens, sollten im Protokoll vermerkt werden. Die Gegenzeichnung des Nachprüfungsprotokolls sollte erst nach Rücksprache mit der Rechtsabteilung oder einem externen Rechtsanwalt erfolgen.

Die Durchsuchungsbefugnisse der Kommission ergeben sich im Einzelnen aus Art. 20 Abs. 2 lit. a) bis e) VO 1/2003. In ihrer Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 vom 11. September 2015 („Explanatory Note“)⁴⁴ hat die Kommission Erläuterungen über den Ablauf von Nachprüfungen und die Rechte und Pflichten des durchsuchten Unternehmens zusammengefasst.⁴⁵ Dem einleitenden Satz zufolge sieht sich die Kommission selbst nicht an die Explanatory Note gebunden. Verstöße gegen die in der Explanatory Note niedergelegten Mitwirkungspflichten sanktioniert sie indes durchaus streng.⁴⁶

1. Betreten von Geschäftsräumen

Um Beweismittel zu suchen, sind die Inspektoren berechtigt, Zutritt zu den Räumlichkeiten, Grundstücken und Transportmitteln des Adressaten der Nachprüfungsentscheidung zu verlangen (Art. 20 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003). Die als *dawn raid* bezeichneten Nachprüfungen der Kommission finden durchaus zu den üblichen Geschäftszeiten statt⁴⁷, um die Nachprüfung nicht vor verschlossenen Türen scheitern zu lassen, und zumeist nicht an einem Montag, um eine Anreise des Nachprüfungsteams am Sonntag zu vermeiden. Ermittlungsstrategisch von Bedeutung ist, dass regelmäßig parallele Nachprüfungen in mehreren Unternehmen gleichzeitig stattfinden. Wird gleichzeitig durch die Kommission in der EU und Behörden in den USA durchsucht, kommt es vor, dass die Nachprüfung in der EU erst am Nachmittag beginnt.

Die Nachprüfung beginnt noch nicht am Empfang des Unternehmens, bei dem die Inspektoren meist zuerst vorstellig werden. Denn zunächst ist der Geschäftsleitung oder einem geeigneten Vertreter eine beglaubigte Abschrift der Nachprüfungsentscheidung zuzustellen. Ebenso sind die Aufträge (Vollmachten) der mitwirkenden Beamten und ihre Dienstausweise vorzulegen. Die Inspektoren sind im Interesse eines geordneten und kooperativen Ablaufs in der Regel bereit, zunächst mit der Rechtsabteilung oder der Geschäftsleitung Umfang, Ablauf, geplante Dauer und Zweck der Nachprüfung und ggfs. Unterstützungsmöglichkeiten zu besprechen.⁴⁸ Die Beamten können die Nutzung der Telefone vorübergehend untersagen. Sie dürfen allerdings dadurch die Verständigung eines externen Rechtsanwalts nicht verhindern. Auf dessen Eintreffen vor Ort müssen die Inspektoren mit den Ermittlungshandlungen nicht zuwarten⁴⁹, sind dazu jedoch in Einzelfällen bereit, wenn sein zeitnahes Erscheinen versichert wird. Da der exakte Umfang der Untersuchung zunächst

⁴² EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 46/87 u. 227/88 – Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337 Tz. 29 u. 41.

⁴³ EuGH, Urteil vom 25. Juni 2014, C-37/13 P – Nexans SA u.a., ECLI:EU:C:2014:2030, Tz. 36 f.

⁴⁴ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf.

⁴⁵ Die Explanatory Note ist informativen Charakters und weder im Amtsblatt der Europäischen Union noch in anderen Sprachen als Englisch veröffentlicht.

⁴⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 28. März 2012, COMP/39.793 – EPH u.a., ABl. C 316 vom 19. Oktober 2012, S. 8.

⁴⁷ Dieckmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts 3. Auflage, § 42 Rz. 34.

⁴⁸ Vgl. Explanatory Note, Tz. 2.

⁴⁹ EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-357/06 – Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., ECLI:EU: T:2012:488 Tz. 232.

schwer zu überschauen und der bereits erreichte Kenntnisstand der Beamten unklar sein wird, empfiehlt es sich zumeist, defensiv und rechtsbewusst zu kooperieren, nicht zuletzt um eine Eskalation der Nachprüfungssituation zu vermeiden.⁵⁰

Im Verlauf der Nachprüfung ist den Beamten Zugang zu allen Räumlichkeiten und Grundstücksteilen zu gewähren. Die Inspektoren können die Nachprüfung auf alle Geschäftsräume erstrecken, die dem Adressaten der Entscheidung funktional zur Verfügung stehen. Das gilt auch für Räume anderer Gruppenunternehmen, die selbst nicht in der Nachprüfungsentscheidung genannt sind.⁵¹ Um einen Überblick über die durchsuchten Räumlichkeiten und Gegenstände zu bewahren, hat es sich bewährt, die Inspektoren nicht unbegleitet durch die Räumlichkeiten und über das Gelände des Unternehmens streifen zu lassen. Begleitpersonen des Unternehmens sollten die Ermittlungsschritte der Kommission protokollieren und, soweit möglich, selbst einen Eindruck vom Ablauf und von den Ergebnissen der Nachprüfung zu gewinnen.

2. Einsichtnahmerechte

a) Einsichtnahme in den physischen Dokumentenbestand

Die Kommission kann die Vorlage von oder den Zugang zu Büchern und Geschäftsunterlagen verlangen und diese einsehen (Art. 20 Abs. 2 lit. b) VO 1/2003). Das umfasst sämtliche Unterlagen, die Aussagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens und zu seinem Verhalten gegenüber anderen Marktteilnehmern beinhalten. Dazu zählen auch Unterlagen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten oder das Unternehmen belasten können⁵², einschließlich handschriftlicher Notizen, Sitzungsprotokolle, E-Mails u.ä. Nicht zu den Geschäftsunterlagen gehören private Unterlagen von Mitarbeitern. Die Kommission vermutet allerdings widerleglich, dass in den Räumlichkeiten des Unternehmens verwahrte Unterlagen Geschäftsunterlagen sind.⁵³ Können einzelne Unterlagen aus tatsächlichen Gründen nicht sofort vorgelegt werden, etwa weil der zuständige Mitarbeiter nicht im Haus ist, sollte das zu Protokoll gegeben werden und mit der Kommission die alsbaldige nachträgliche Vorlage vereinbart werden, um sich vor dem Vorwurf der fehlenden Mitwirkung zu schützen.

Die Inspektoren haben die Einsichtnahme auf solche Unterlagen zu beschränken, die potentiell mit dem Nachprüfungsgegenstand in Verbindung stehen können.⁵⁴ Dieser Maßstab ist naturgemäß weit. Entsteht während der Nachprüfung Uneinigkeit darüber, ob das Dokument der Nachprüfung unterliegt, sollten die Unternehmensvertreter mit den Inspektoren praktikable Lösungen suchen. Im Einzelfall kann der Kommission ein summarischer Blick insbesondere auf neutrale Teile des Dokuments – z.B. Briefkopf, Betreffzeile, Absender oder Signatur – gestattet werden.⁵⁵ Auch eine vorübergehende Versiegelung der betreffenden Dokumente in einem verschlossenen Umschlag zur späteren Befassung ist möglich.⁵⁶ Bei fortbestehenden Meinungsverschiedenheiten bleibt dem Unternehmen, Widerspruch gegen die Einsichtnahme zu Protokoll zu geben. Grundsätzlich entscheidet die Kommission selbst darüber, welche Schriftstücke sie sich vorlegen lässt.⁵⁷ Besteht die Kommission auf einer Grobsichtung des betreffenden Dokuments, so kann eine Weigerung des Unternehmens zur Verhängung einer Geldbuße führen. Die Geldbuße soll selbst dann Bestand haben, wenn das Gericht später eine Vorlagepflicht verneint.⁵⁸ Anderes gilt für anwaltsprivilegierte Dokumente. Hier darf das Unternehmen der Kommission jede, auch eine summarische Durchsicht verweigern, wenn selbsteine summarische Einsichtnahme nicht ohne Preisgabe des geschützten Inhalts möglich wäre und das Unternehmen dies begründet.⁵⁹ Um dennoch Kenntnis vom Inhalt des anwaltsprivilegierten Dokuments erlangen zu können, muss die Kommission eine Entscheidung erlassen, die dem Unternehmen eine gericht-

⁵⁰ Weitbrecht/Weidenbach, NJW 2010, 2328.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, T-66/99 – Menoan Lines, ECLI:EU:T:2003:337 Tz. 88.

⁵² Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 48 u. 50.

⁵³ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 20 Rz. 13.

⁵⁴ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 50.

⁵⁵ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 81.

⁵⁶ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 83 f.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S, ECLI:EU:C:1982:157 Tz. 17.

⁵⁸ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 52 m.w.N.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 83.

liche Überprüfung der Einsichtnahme ermöglicht⁶⁰; bis zum Erlass einer solchen Entscheidung darf sie das Schriftstück in einem versiegelten Umschlag sicherstellen.⁶¹

Für das Unternehmen birgt die Reichweite des Einsichtnamerechts ein nicht zu unterschätzendes Risiko von Zufallsfunden. Auch wenn diese über den Nachprüfungsgegenstand hinausgehen, kann die Kommission die Zufallsfunde zur Einleitung eines gesonderten Verfahrens nutzen.⁶² Es kann sich daher für das Unternehmen anbieten, gezielt an der Nachprüfung mitzuwirken, um sie zu kanalisieren. Dazu kann es den Inspektoren etwa Unterlagen zum Nachprüfungsgegenstand bzw. sonstige angeforderte Unterlagen zügig und vollständig vorlegen.

Zur Sicherung des aus der Einsichtnahme gewonnenen Wissens fertigt die Kommission Scans oder Kopien derjenigen Unterlagen an, in denen sie einen Bezug zum Nachprüfungsgegenstand erkennt (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. c) VO 1/2003). Die Kommission darf Aktenbestände indes nicht wahllos kopieren, um sie für eine spätere Durchsicht sicherzustellen, sondern muss sich am Nachprüfungsgegenstand ausrichten.⁶³ Die Kommission ist in einigen Fällen bereit gewesen, eine Zweitkopie der Unterlagen für das Unternehmen zu fertigen. Das wird leichter zu erreichen sein, wenn das Unternehmen der Kommission hinreichend große Arbeitsräume und ggfs. Kopiermöglichkeiten zur Verfügung stellt. Da auf eine Zweitkopie kein Anspruch besteht, sollten die Begleitpersonen während der gesamten Nachprüfung notieren, in welche Unterlagen die Inspektoren Einsicht nehmen und von welchen Dokumenten sie letztlich Kopien erstellen.

Originalakten über die Dauer der Nachprüfung vor Ort hinaus sicherstellen („mitnehmen“) darf die Kommission nur ausnahmsweise, insbesondere wenn vor Ort keine Kopiermöglichkeiten bestehen.⁶⁴ Eine Beschlagnahme ist der Kommission selbst nicht erlaubt, sondern nur den begleitenden mitgliedstaatlichen Beamten nach Maßgabe des örtlich anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts, in Deutschland auf Grundlage eines gerichtlichen Beschlusses (§ 98 StPO) oder unter den Voraussetzungen von Gefahr im Verzug (§ 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. § 98 Abs. 2 StPO).⁶⁵

Sicherzustellen ist, dass während der Nachprüfung Unterlagen weder vernichtet noch verändert werden. Denn jede Obstruktionshandlung kann empfindliche Geldbußen nach sich ziehen, auch wenn sie – anders als nach US-Bundesrecht – in der Regel keinen Straftatbestand erfüllen wird.⁶⁶ Auf ein Unentdecktbleiben von Obstruktionsversuchen zu vertrauen, wäre leichtfertig, zumal eine Vielzahl von Unterlagen in Kopie nicht nur physisch, sondern auch elektronisch verfügbar bleiben dürfte. Die endgültige, nichtwiederherstellbare Entsorgung elektronischer Dokumente ist kaum möglich, jedenfalls genügt einfaches Löschen nicht.

b) Einsichtnahme in den elektronischen Dokumentenbestand

Das Nachprüfungsrecht der Kommission erstreckt sich auf Geschäftsunterlagen, „unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen“ (Art. 20 Abs. 2 lit b) VO 1/2003). Das schließt elektronische Dokumente ein. Deren Durchsichtung, die sog. E-Raid⁶⁷, bildet einen wesentlichen Teil der Nachprüfung. Dazu begleiten Mitarbeiter der sog. Forensic IT-Group der Kommission das Nachprüfungsteam.⁶⁸

Zu Beginn der Nachprüfung lassen die Beamten Teile des IT-Systems sperren, insbesondere E-Mail-Accounts von potentiell ermittlungsrelevanten Mitarbeitern, um eine Veränderung oder Löschung des Datenbestands zu verhindern.⁶⁹ Die Beamten holen Erkundigungen über

⁶⁰ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 - Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 85 u. 88. Eine gerichtliche Kontrolle des Umgangs von Wettbewerbsbehörden mit dem Anwaltsprivileg fordert auch der EGMR, vgl. EGMR, Urteil vom 2. April 2015, 63629-10 und 60567-16 - Vinci Construction u.a., Tz. 79 (abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153318>).

⁶¹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-125/03 u. T-253/03 - Akzo Nobel Chemicals et al., ECLI:EU:T:2007:287 Tz. 86.

⁶² EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 85/87 - Dow Benelux N.V., ECLI:EU:C:1989:379 Tz. 19; EuGH, Urteil vom 18. Juni 2015, C-583/13 P - Deutsche Bahn AG, ECLI:EU:C:2015:404 Tz. 59.

⁶³ Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 62.

⁶⁴ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 20 Rz. 18.

⁶⁵ Vgl. etwa: EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 46/87 u. 227/88 - Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337 Tz. 32 ff.

⁶⁶ Ausführlich dazu: Kapp/Schlump, BB 2008, 2478; Willer, (2014) 10 CLI, 179.

⁶⁷ Die E-Raid bildet den zentralen Bestandteil der Neuerungen der Explanatory Note vom 11. September 2015, vgl. Ziffern 9 bis 16.

⁶⁸ Seelinger/Gänswein, BB 2014, 1027 (1028).

⁶⁹ Die Kommission hat etwa eine Geldbuße von EUR 2,5 Mio. verhängt, weil gegen die Anordnung verstoßen wurde, das E-Mail-System zu sperren, vgl. Kommission, Entscheidung vom 28. März 2012, COMP/39.793 - EPH

die unternehmensinterne IT ein und verlangen Administratorenrechte. Die eigentliche forensische Untersuchung beginnt mit einer Spiegelung aller relevanten Speichermedien des Unternehmens im Wege der Forensic-Image-Copy-Methode. Für diesen Vorgang trennt die Kommission die zu durchsuchenden Datenträger vom Unternehmensnetzwerk. Währenddessen greifen die Beamten auf Daten aus potentiell relevanten E-Mail-Postfächern, externen Laufwerken, Sicherungsdaten, Archiven etc. zu. Für die Maßnahme soll es nach Auffassung der Kommission keine Rolle spielen, ob die Daten physisch innerhalb oder außerhalb der Europäischen Union gespeichert sind. Mobile Endgeräte sind auf Verlangen zur Daten Spiegelung herauszugeben, auch private Geräte, die potentiell relevante Mitarbeiter zu beruflichen Zwecken einsetzen (*bring your own device*, BYOD). Wenn das Unternehmen IT-Leistungen an Drittanbieter vergeben hat, lässt sich die Kommission die Verträge vorlegen und besteht darauf, dass das Unternehmen alle erforderlichen Rechte aus den Verträgen ausübt, um die E-Raid zu ermöglichen.

Das Datenimage speichern die Beamten auf kommissionseigenen oder unternehmenseigenen Medien zwischen.⁷⁰ Im Anschluss geben die Beamten die IT-Infrastruktur in der Regel wieder frei und mobile Endgeräte wieder heraus; Vertreter der Kommission haben allerdings verschiedentlich angekündigt, dass die Kommission diese Herausgabep Praxis überdenken wird, sollten Unternehmen im weiteren Verfahren bestreiten, dass die kopierten Daten von dem betreffenden Mobilgerät stammen.⁷¹

Die Kommission setzt vor Ort forensische Software ein, um gezielt Kopier-, Such- und Wiederherstellungsvorgänge auszuführen. Nach Indexierung des vollständigen Datenimage mithilfe der NUIX-Datenbanksoftware filtert sie im Wege einer Syntax- bzw. Schlagwortsuche potentiell beweisrelevante Daten heraus. Das automatisierte elektronische Verfahren erschwert es erheblich, die Einhaltung der Grenzen des Nachprüfungsbeschlusses zu überwachen und löst die E-Raid von den Realitäten der „offline“-Durchsuchung. Der Zugriff auf die Datenträger des Unternehmens erstreckt die Nachprüfung auf deutlich mehr Dokumente, als der betroffene Mitarbeiter oder Unternehmensteil im normalen Geschäftsgang tatsächlich zur Verfügung hätte, insbesondere Vorversionen von Dokumenten und sogar gelöschte Daten. Dass dieses Vorgehen tatsächlich von der Nachprüfungsbefugnis gedeckt sein sollte, erscheint zweifelhaft. Denn ein Nachprüfungsrecht besteht nur für Unterlagen, auf die das Unternehmen im normalen Geschäftsgang Zugriff hat, und es kann schon vom Wortlaut her nur dazu berechtigen, nachzuprüfen, welche Unterlagen zum Zeitpunkt der Nachprüfung in dem Unternehmen bestehen.⁷² Erschwerend kommt hinzu, dass die Kommission dem Unternehmen die Suchbegriffe nicht offenlegt. Das Unternehmen sollte versuchen, mit dem Teamleiter Suchbegriffe abzusprechen, die gezielt irrelevante und vor allem anwaltsvertrauliche Korrespondenz herausfiltern, um sie zunächst separat abzulegen und ihre weitere Behandlung später besprechen zu können.

In der Praxis sehen Kommissionsbeamte die verbleibenden Daten weiter durch, ordnen sie Kategorien zu und markieren sie entsprechend („tagging“). Auf diese Weise wird der potentiell beweisrelevante Datenbestand erneut erheblich reduziert, wozu sich die Kommission nach eigenem Bekunden allerdings nicht für verpflichtet hält.⁷³ Dass diese Auffassung zutreffend ist, darf man allerdings bezweifeln, denn andernfalls könnte die Kommission die Nachprüfung außerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens fortsetzen, was Art. 20 VO 1/2003 nicht vorsieht.⁷⁴

Die verbleibenden potentiell relevanten Daten verschlüsselt die Kommission und sichert sie in doppelter Ausfertigung auf gesonderten Datenträgern durch einen gegen nachträgliche Änderungen schützenden Algorithmus (Hash-Wert). Das Datenimage auf kommissionseigenen Zwischenspeichern löscht sie noch vor Ort über einen *Secure-Erase*-Befehl, Unternehmenshardware gibt sie ungelöscht wieder heraus.⁷⁵ Das hat den Vorteil, dass das Unter-

u.a., ABl. C 316 vom 19. Oktober 2012, S. 8, bestätigt durch EuG, Urteil vom 26. November 2014, T-272/12 – EPH u.a., ECLI:EU:T:2014:995.

⁷⁰ Zur Relevanz der Unterscheidung siehe im Folgenden.

⁷¹ Etwa: van Erps in der Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht am 5. Dezember 2013.

⁷² Burr Richter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 51.

⁷³ Van Erps, Elektronische Erfassung von Beweismitteln bei Nachprüfungen der Europäischen Kommission, Präsentation in der Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht am 5. Dezember 2013, abrufbar unter: https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/elektronische_erfassung_von_beweismitteln_bei_nachpruefungen_der_europaeischen_kommission.pdf (letzter Abruf: 10. Dezember 2017).

⁷⁴ Burr Richter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 20 Rz. 65.

⁷⁵ Explanatory Note, Tz. 13.

nehmen einen Überblick über die von der Kommission durchsuchten Daten erhält. Die Kommission überlässt dem betroffenen Unternehmen schließlich eine Liste der final kopierten Dokumente mit einem Hyperlink zum Dokument, aus dem sich Pfad und Dokumentenname ergeben.

Gerade im Rahmen der E-Raid kommt es immer wieder vor, dass die Kommission nicht im Stande ist, sämtliche Daten vor Ort zu sichten. Das ist etwa dann der Fall, wenn Datenträger erst zu einem Zeitpunkt aufgefunden werden, zu dem eine Auswertung vor Abschluss der Nachprüfung in dem Unternehmen nicht mehr möglich ist, oder wenn die Daten vor Ort technisch nicht auslesbar sind. Derartige Daten sichert die Kommission auf einem gesonderten Datenträger, den sie in einem Umschlag versiegelt (sog. *sealed envelope*-Verfahren). Die Durchsicht der Daten setzt die Kommission dann in Anwesenheit eines Unternehmensvertreters in ihren eigenen oder in Räumlichkeiten des Unternehmens fort.⁷⁶ Eine Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen fehlt. Die Rechtsprechung hat es bisher unbeanstandet gelassen, da kein gesonderter Rechtsschutz gegen einzelne Ermittlungsmaßnahmen besteht.⁷⁷ Anderes gilt, wenn für die kopierten Daten das Anwaltsprivileg geltend gemacht wird.⁷⁸

3. Versiegelung der Räumlichkeiten

Da die Nachprüfung mehrere Tage in Anspruch nehmen kann, erlaubt Art. 20 Abs. 2 lit. d) VO 1/2003 der Kommission, Räumlichkeiten, Bücher und Unterlagen vorübergehend – regelmäßig bis zu 72 Stunden⁷⁹ – zu versiegeln und somit Gegenstände in den Nachprüfungsräumlichkeiten sicherzustellen. Der Bruch des Siegels ist zwar nicht strafbar wie es bei einem dienstlichen Siegel einer deutschen Behörde nach § 136 Abs. 2 StGB der Fall wäre; doch verhängt die Kommission für den Siegelbruch erhebliche Geldbußen nach Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003. Der EuGH hat bestätigt, dass die Höhe der Geldbuße wegen Siegelbruchs einen erheblichen Abschreckungscharakter entfalten muss und eine Geldbuße von EUR 38 Mio. – das entsprach ca. 0,14% des weltweiten Jahresumsatzes der Unternehmensgruppe – für verhältnismäßig gehalten.⁸⁰

4. Mündliche Erläuterungen

Während der Nachprüfung können die Kommissionsbeamten Erläuterungen verlangen und protokollieren bzw. aufzeichnen (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. e) VO 1/2003 und Art. 4 Durchführungsverordnung). Die Befragung von Mitarbeitern durch die Kommission bildet für ein Unternehmen eine zusätzliche Herausforderung. Fragen der Kommission nicht, falsch, unvollständig oder irreführend zu beantworten, stellt einen sanktionsbewehrten Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten dar. Grundsätzlich sind alle mündlichen Angaben des Unternehmens im Kommissionsverfahren verwertbar, auch freiwillig getätigte und über die Fragen der Beamten hinausgehende. Aussagen satzungsmäßiger Vertreter werden endgültig Bestandteil der Kommissionsakte. Eine nachträgliche Berichtigungsmöglichkeit besteht sehr begrenzt für Aussagen von Mitarbeitern, die nicht ermächtigt waren, Erklärungen im Namen des Unternehmens abzugeben (Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Durchführungsverordnung).

Es empfiehlt sich, den Befragungsprozess soweit wie möglich zu kanalisieren, indem der Kommission ein zentraler Ansprechpartner benannt wird. Sollte die Kommission darauf bestehen, darüber hinaus andere Mitarbeiter zu befragen, sollte dies in Anwesenheit eines Rechtsbeistands und der unternehmensinternen Begleitpersonen erfolgen, die Fragen und Antworten minutiös protokollieren. Dabei ist darauf zu achten, dass Mutmaßungen zu den Vorwürfen bzw. über die gestellte Frage hinausgehende Zusatzinformationen unterbleiben. Ist es dem Unternehmen nicht möglich, eine Frage unmittelbar vor Ort zu beantworten, sollte die Kommission gebeten werden, die Frage schriftlich zu stellen.

5. Besonderheiten bei Nachprüfung in sonstigen Räumen

Will die Kommission die Nachprüfung auf nicht dem Unternehmenszweck dienende Räumlichkeiten erstrecken, etwa private Räumlichkeiten wie Wohnungen der Geschäftsleitung, so

⁷⁶ Vgl. Explanatory Note, Tz. 14.

⁷⁷ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-140/09 – Prysman SpA u.a., ECLI:EU:T:2012:597 Tz. 108.

⁷⁸ EuG, Urteil vom 14. November 2012, T-135/09 – Nexans S.A. u.a., ECLI:EU:T:2012:596 Tz. 129.

⁷⁹ Vgl. ErwG. 25 VO 1/2003.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 22. November 2012 – C-89/11 P, E.ON, ECLI:EU:C:2012:738 Tz. 130 u. 132; ferner (EUR 8 Mio.): KOM, Entscheidung vom 24. Mai 2011, C(2011) 3640 final – Suez Environnement Company S.A. u.a., Zusammenfassung in: ABl. C 251 vom 24. Mai 2011, S. 4 f.

bedarf es einer formellen Entscheidung der Kommission und einer richterlichen Genehmigung (Art. 21 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003). Eine Durchsuchung sonstiger Räumlichkeiten kommt nur in Betracht, wenn die Kommission wegen eines schweren Verstoßes gegen die Artikel 101 f. AEUV ermittelt; hierfür ist an die Bußgeldmessungsregelungen des Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 anzuknüpfen. Darüber hinaus bedarf es konkreter Anhaltspunkte, dass sich Geschäftsunterlagen in den Privaträumen befinden.⁸¹ Eine Mitwirkungspflicht des Privaten besteht nicht ohne weiteres. Bei Nachprüfungen in sonstigen Räumlichkeiten kommt weder eine Versiegelung noch eine Befragung in Betracht (Art. 21 Abs. 4 Satz 1 VO 1/2003).

IV. Auskunftsverlangen und Befragungen

Das Auskunftsverlangen (*request for information*, „RFI“⁸²) nach Art. 18 VO 1/2003 bildet in der Praxis eines der zentralen Ermittlungsmittel der Kommission⁸³, um einem hinreichenden Anfangsverdacht auf eine Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV nachzugehen.⁸⁴ Es ist im Vergleich zu Nachprüfungen vor Ort das weniger aufwändige und zugleich mildere Mittel der Informationsgewinnung. Dabei kann sich die Kommission sowohl an Unternehmen wenden, von denen sie eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 101 f. AEUV vermutet, als auch an vermutlich unbeteiligte Unternehmen, um einen Einblick in die betroffenen Märkte zu erhalten.⁸⁵

Es kommt vor, dass die Kommission auf die Durchführung einer Nachprüfung verzichtet und stattdessen ein Auskunftsverlangen an das Unternehmen richtet. Das ist vor allem der Fall, wenn ein Unternehmen zunächst nicht im Fokus der Ermittlungen stand, sondern sich Hinweise auf Zuwiderhandlungen erst aus vorherigen Ermittlungshandlungen bei anderen Unternehmen ergaben. Eine zweite Nachprüfungsrunde mag aus Sicht der Behörde nicht erforderlich sein, da entweder bereits genügend Beweismittel vorliegen oder sie mutmaßt, dass das bisher nicht durchsuchte Unternehmen die Beweismittel ohnehin bereits vernichtet hat. Gerät ein Unternehmen in dieser Weise erst spät in den Fokus, hindert das die Kommission nicht an der Verhängung einer erheblichen Geldbuße. Für das Unternehmen ist diese Situation grundsätzlich nachteilig, weil sie die proaktiven Handlungsmöglichkeiten – z.B. die Stellung eines Bonusantrags – einschränkt.

Die Kommission verfügt für die Auswahl der verlangten Informationen über einen erheblichen Ermessensspielraum. Die von der Kommission verlangten Auskünfte können sich sowohl auf mehr oder weniger präzise umschriebene Tatsachen als auch auf Schätzungen oder Prognosen beziehen. Auch die Vorlage von Unterlagen kann die Kommission verlangen (vgl. ErwG. 23 VO 1/2003).⁸⁶ Ähnlich wie bei Nachprüfungen hat die Kommission die Begründung ihrer Entscheidung ebenso wie die Fragen dem Ermittlungsstand anzupassen.⁸⁷ Eine sanktionierte Pflicht zur Beantwortung bzw. zur Vorlage von Unterlagen besteht freilich nur bei verbindlichen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003). Entscheidet sich der Adressat eines einfachen Auskunftsverlangens (Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003) zur freiwilligen Beantwortung, so haben die Angaben zutreffend und nicht irreführend zu sein. Vollständig müssen die Angaben nicht sein, solange die Unvollständigkeit nicht entstellend oder irreführend ist. Unrichtige oder irreführende Auskünfte sind bußgeldbewehrt (Art. 23 Abs. 1 lit. a) VO 1/2003). Es steht der Kommission frei, über aufeinanderfolgende Auskunftsverlangen frühere Angaben präzisieren zu lassen.⁸⁸

Die Kommission kann natürliche und juristische Personen mündlich befragen, allerdings ausschließlich mit deren Zustimmung (vgl. Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003). Aufgrund des freiwilligen Charakters sind Befragungen nach Art. 19 VO 1/2003 – anders als Befragungen im Rah-

⁸¹ Nowak, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage, VerVO Art. 21 Rz. 8.

⁸² Regelmäßig versendet die Kommission ihre Auskunftsersuchen in englischer Sprache. Allerdings kann der Adressat von der Kommission eine Übersetzung in die Sprache seines Unternehmenssitzes verlangen, vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 vom 20. Oktober 2011, C 308/06, Ziffer 28.

⁸³ Barthelmeß/Rudolf, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht 3. Auflage 2016, VerFO, Art. 18 Rz. 3.

⁸⁴ Zum Erfordernis des Anfangsverdachts, vgl. EuG, Urteil vom 12. Dezember 1991, T-39/90 – SEP, ECLI:EU:T:1991:71 Tz. 29 ff.; Burrichter/Hennig, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht 5. Auflage, VO 1/2003, Art. 18 Rz. 9. Die Anforderungen an den Anfangsverdacht sind eher gering, vgl. Johanns, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht 2. Auflage, Kap. 12, Rz. 5.

⁸⁵ Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 vom 20. Oktober 2011, C 308/06, Tz. 32.

⁸⁶ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht 12. Auflage, VO 1/2003 Art. 18 Rz. 13.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10. März 2016, C-267/14 P – Buzzi Unicem SpA, ECLI:EU:C:2016:151 Tz. 39 f.; EuGH, Urteil vom 10. März 2016, C-247/14 P – HeidelbergCement AG, ECLI:EU:C:2016:149 Tz. 39.

⁸⁸ EuG, Urteil vom 14. März 2014, T-293/11 – Holcim AG u.a., ECLI:EU:T:2014:127 Tz. 127.

men einer Nachprüfung – nicht sanktionsbewehrt, selbst wenn der Befragte irreführende oder unrichtige Antworten gibt. Die Befragung kann „auf jedem Wege einschließlich per Telefon oder elektronisch erfolgen“ (vgl. Art. 3 Abs. 2 Durchführungsverordnung). Die Kommission ist verpflichtet, der befragten Person vor Beginn der Befragung die Rechtsgrundlage und den Zweck der Befragung zu kommunizieren. Zeichnet die Kommission die Befragung auf, so ist der befragten Person im Anschluss an die Befragung eine Kopie der Aufzeichnung zur Genehmigung bzw. Berichtigung zu überlassen (Art. 3 Abs. 3 Durchführungsverordnung).

V. Schlussbetrachtung

Ermittlungsmaßnahmen der Kommission sind für die Unternehmen oft mit erheblichen Belastungen verbunden. Auskunftsverlangen generieren nicht selten einen erheblichen Beantwortungsaufwand. Eine besonders intensive Störung des Betriebsablaufs bewirkt eine Nachprüfung vor Ort. Derartige Belastungen sind nach Auffassung der Rechtsprechung aufgrund des öffentlichen Interesses an der Aufklärung hinzunehmen.⁸⁹

Ein Unternehmen ist gut beraten, seine Mitwirkungspflichten ernst zu nehmen und (externen) Rechtsrat einzuholen. Gerade auf die Nachprüfungssituation sollten sich Unternehmen im Rahmen ihrer Compliance-Bemühungen und unabhängig von einem konkreten Zuwiderhandlungsverdacht vorbereiten. Nur so kann das Unternehmen einen reibungslosen Ablauf der Nachprüfung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines möglichst uneingeschränkten Betriebsablaufs sicherstellen. In Vorbereitung auf die Nachprüfungssituation ist insbesondere hilfreich, einen Durchsuchungs- bzw. Nachprüfungsleitfaden erstellen zu lassen, auf den im Ernstfall zurückgegriffen werden kann. Mitarbeiter als Teil einer Task Force für Nachprüfungen und Durchsuchungen der Kartellbehörden gezielt zu schulen, versetzt sie in die Lage, selbst die Ruhe zu bewahren, die Nachprüfung geordnet zu begleiten und ggfs. die Einhaltung der rechtlichen Regeln durch die Beamten anzumahnen. Geschulte Mitarbeiter können konstruktiv auf das Nachprüfungsgeschehen einwirken und das Unternehmen vor Bußgelderhöhungen schützen.

Die eigentliche Arbeit für das Unternehmen und seine Rechtsberater beginnt während der Nachprüfung durch die Kommission lediglich – sie dauert weit darüber hinaus an: Es bedarf der Aufarbeitung des Sachverhalts und der Erarbeitung einer Verteidigungs- oder Kooperationsstrategie für das wettbewerbsrechtliche Ermittlungsverfahren. Denn das Unternehmen und seine Berater werden zunächst selbst herausfinden müssen, ob und inwieweit das Unternehmen tatsächlich gegen die Artikel 101 f. AEUV zuwiderhandelte. Dazu muss es sich möglichst zügig einen Überblick über die von der Kommission ermittelten Daten und Dokumente verschaffen. Das Unternehmen wird darauf zu achten haben, in seiner eigenen internen Untersuchung entlastende Daten aufzufinden, ggfs. wieder wiederherzustellen und aufzubereiten. Bei der (Erst-)Ermittlung zur Erarbeitung einer Kooperations- oder Verteidigungsstrategie ist schnelles Handeln gefragt. Denn gegebenenfalls wird der Rechtsbeistand dazu raten müssen, zeitnah einen Kronzeugenantrag zu stellen oder einen Marker für einen Kronzeugenantrag zu setzen, um von einem Erlass oder einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren zu können.⁹⁰ Das Setzen eines Markers bei der Kommission setzt nicht nur eine detaillierte Darlegung des Verstoßes voraus, sondern der Marker wird von der Kommission – anders als vom Bundeskartellamt – auch nur einem einzigen Unternehmen gewährt. Ein schnelles Handeln entscheidet damit über den Rangplatz des Kronzeugenantrages und damit über die Aussichten, auf eine reduzierte Geldbuße hoffen zu können.

⁸⁹ Vgl. EuG, Urteil vom 14. März 2014, T-296/11- Cementos Portland Valderrivas S.A., ECLI:EU:T:2014:121 Tz. 90.

⁹⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17 ff.