

Compliance Berater

6 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

27.5.2020 | 8.Jg
Seiten 177–220

EDITORIAL

VerSanG-E: Amtlich! | I
Jörg Bielefeld, RA

AUFSÄTZE

Muss man sich das gefallen lassen? Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Ermittlungsmaßnahmen in den USA und der EU – Teil 2 | 177
Dr. Christian Steinle, RA, Dr. Lukas Aberle, RA, LL.M. (Tongji Shanghai),
Nicholas E. O. Gaglio, Susan Zhu, Lindsey Strang

Transparenzregister: Neue Compliance-Pflichten nach der GWG-Novelle | 182
Dr. Christian Rosner, RA

Publizitätspflichten für börsennotierte Aktiengesellschaften | 187
Anika Feger, RAin, CCP, und Sahra Veith, Dipl.-Jur.

Online-Händler, Fulfilment-Dienstleister und Verkaufsplattformen im Fokus der neuen EU-Marktüberwachungsverordnung | 194
Dr. Carsten Schucht, RA

Social Engineering im Zeitalter von COVID-19 und Home-Office | 200
Dr. Arne Fischer, RA, und Dennis Schmidt, RA, LL. M.

Wirksame Organisations-, Risiko- und Compliance-Kultur zur Haftungsvermeidung | 205
Jörg Bielefeld, RA, Bernhard Kressin, Dipl.–Psychologe, Peter Zawilla

RECHTSPRECHUNG

BVerfG: Verletzung des Wohnungsgrundrechts durch Verkennung der Voraussetzungen eines Anfangsverdachts der Geldwäsche | 212

BGH: Irreführendes Kündigungsschreiben eines Kreditinstituts betreffend Prämiensparverträge | 217

OLG Oldenburg: Berechtigtes Interesse bei der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen | 220

CB-BEITRAG

Dr. Christian Steinle, RA, Dr. Lukas Aberle, RA, LL. M. (Tongji Shanghai), Nicholas E. O. Gaglio, Susan Zhu, Lindsey Strang

Muss man sich das gefallen lassen? Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Ermittlungsmaßnahmen in den USA und der EU – Teil 2

Es handelt sich um die Fortsetzung des Beitrags aus Heft 5/2020 des Compliance-Beraters. Im ersten Teil haben sich die Autoren insbesondere mit schriftlichen Auskunftsverlangen sowie der Befragung von Mitarbeitern auseinandergesetzt. Zudem wurden Verteidigungsmöglichkeiten für Unternehmen gegen ausufernde Maßnahmen aufgezeigt. Der zweite Teil beschäftigt sich mit Durchsuchungen durch Kartellbehörden und Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen.

I. Einführung

Es ist früher Vormittag, Sie sind In-House Counsel eines international tätigen Unternehmens und bekommen soeben einen aufgeregten Anruf: An mehreren Standorten des Unternehmens in verschiedenen Ländern stehen Beamte vor der Tür und verlangen Einlass für eine Durchsuchung. In dieser Situation waren Sie noch nie. Was muss ich nun beachten? In-House Counsel und externe Berater großer internationaler Unternehmen sind mit kartellrechtlichen Risiken regelmäßig gut vertraut. Sie sind es gewohnt, Ratschläge zu erteilen zu zahlreichen Themen wie beabsichtigten Zusammenschlüssen unter Wettbewerbern oder Beschwerden anderer, das Unternehmen verstoße gegen das Kartellrecht. Allerdings gibt es wohl kaum Situationen, in denen es wichtiger ist, schnellen und kompetenten Rat zu erteilen, als bei einer unangekündigten Durchsuchung der Geschäftsräume durch Kartellbehörden, sogenannten „dawn raids“. Der Gedanke an so einen aufgeregten Anruf, der von einer Horde von Ermittlungspersonen berichtet, die Zugang zu Computern und Aktenschränken verlangt, ist auch für den erfahrensten Juristen alarmierend. Dies erst Recht, wenn Ermittler nicht nur einen Standort durchsuchen, sondern gleich mehrere in verschiedenen Ländern. Kompetenter Rat ist in diesen Situationen Gold wert. Fehler aufgrund schlechter Vorbereitung und falscher Reaktionen können für das Unternehmen sehr teuer werden. Auf der anderen Seite können bereits zu diesem frühen Zeitpunkt die richtigen Weichen gestellt werden für ein drohendes Kartellverfahren, das sich regelmäßig über Jahre ziehen kann, sowie für sich anschließende Schadensersatzforderungen mutmaßlich geschädigter Opfer eines Kartells.

II. Durchsuchungen bei Unternehmen (Dawn Raids)

Zur Erlangung von Informationen zwecks Verfolgung von Kartellver-

stößen können sowohl das United States („U.S.“) Department of Justice („DOJ“) als auch die Europäische Kommission („Kommission“) betriebliche Räumlichkeiten oder auch andere Örtlichkeiten durchsuchen. Die Voraussetzungen für derartige Ermittlungsmaßnahmen unterscheiden sich jedoch.

1. Durchsuchungen und Beschlagnahmen in den USA

In den USA sind unangekündigte Durchsuchungen zur Erlangung von Beweisen für Kartellverstöße eher unüblich. Derartige Durchsuchungen werden in der Regel von Beamten des DOJ und des FBI durchgeführt und sind nur zulässig, wenn es einen ausreichenden Grund für eine solch invasive Maßnahme gibt. Dies kann z.B. die Sorge sein, dass Dokumente vernichtet oder vorenthalten werden. In den USA werden Dokumente in der Regel eher durch eine (im ersten Teil des Beitrags beschriebene) Grand Jury Subpoena herausverlangt.

a) Voraussetzungen und Beschränkungen

Staatlich angeordnete Durchsuchungen erfordern in den USA einen Durchsuchungsbefehl. Durch diesen werden bundesstaatliche Vollzugsbeamte berechtigt, ohne Zustimmung des betreffenden Unternehmens Räumlichkeiten zu betreten und nach Beweisen für einen konkreten mutmaßlichen (strafrechtlichen) Kartellverstoß zu suchen. Durchsuchungsbefehle bedürfen nach dem vierten Zusatzartikel zur amerikanischen Verfassung („Fourth Amendment“) eines hinreichenden Verdachts („probable cause“).¹ U.S.-Vollzugsbeamte müssen für den Erlass eines Durchsuchungsbefehls einen Richter mittels genü-

1 Vierter Zusatzartikel zur U.S.-Verfassung: „Haussuchungs- und Haftbefehle dürfen nur bei Vorliegen eines eidlich oder eidesstattlich erhärteten Rechtsgrundes ausgestellt werden und müssen die zu durchsuchende Örtlichkeit und die in Gewahrsam zu nehmenden Personen oder Gegenstände genau bezeichnen.“

gend eidesstattlich versicherter Angaben davon überzeugen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit („fair probability“), d. h. mehr als ein reiner Verdacht besteht, dass die Durchsuchung Beweise für die mutmaßliche Straftat hervorbringen wird. Das Fourth Amendment enthält zudem eine „particularity“-Anforderung: Der Durchsuchungsbefehl muss einen begrenzten Anwendungsbereich haben. Er berechtigt die Vollzugsbeamten nur zur Durchsuchung bestimmter Örtlichkeiten nach bestimmten Gegenständen. Die eidesstattliche Versicherung der Vollzugsbeamten, in der die Grundlage für den hinreichenden Verdacht anzugeben ist, wird unter Verschluss bei Gericht eingereicht und dem betroffenen Unternehmen in der Regel nicht zugänglich gemacht.

Vollzugsbeamte müssen dem betroffenen Unternehmen den Durchsuchungsbefehl vor dessen Vollzug zur Einsicht vorlegen. Unternehmen sollten daher für jede Betriebsstätte einen Vertreter benennen, der im Falle einer Durchsuchung dafür verantwortlich ist, Einsicht in das Dokument zu verlangen, den Durchsuchungsbefehl zu prüfen und externe Kartellanwälte hinzuzuziehen. Der Vertreter sollte die Vollzugsbeamten bitten, mit der Durchsuchung zu warten, bis die Anwälte vor Ort sind. Allerdings sind die Beamten nicht gesetzlich verpflichtet, auf den Rechtsbeistand zu warten, und können die Bitte zurückweisen. Der Unternehmensvertreter darf zwar versuchen, die Vollzugsbeamten zu den Orten zu führen, an denen sie wahrscheinlich die gesuchten Dokumente auffinden können. Er muss jedoch letztlich dem Verlangen der Beamten nachgeben und Beschlagnahmen zulassen. Dies auch dann, wenn die Beamten Dokumente beschlagnahmen, die scheinbar außerhalb des Gegenstands des Durchsuchungsbefehls liegen. Behindern Mitarbeiter den Vollzug eines Durchsuchungsbefehls, kann dies zu strafrechtlichen Konsequenzen wegen Behinderung der Justiz führen („obstruction of justice“).

b) Wie können sich Unternehmen verteidigen? Anfechtung von Durchsuchungsbefehlen

Unternehmen, gegen die ein Durchsuchungsbefehl erlassen wurde, können die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung anfechten. Dazu müssen sie nachweisen, dass die Durchsuchung nicht den Anforderungen des Fourth Amendment genügt. In den meisten Fällen bedeutet dies, dass belegt werden muss, dass entweder (1) der Durchsuchungsbefehl nicht durch einen hinreichenden Verdacht gerechtfertigt ist (z. B. wenn der Beamte in seiner eidesstattlichen Versicherung falsche Angaben gemacht oder keine ausreichenden Beweise vorgebracht hat); (2) der Durchsuchungsbefehl nicht genau genug gefasst war (z. B. eine zu allgemeine Beschreibung der zu durchsuchenden Örtlichkeit und der zu beschlagnahmenden Gegenstände) oder (3) der Durchsuchungsbefehl nicht ordnungsgemäß vollzogen wurde (z. B. wenn die Beschlagnahme den Anwendungsbereich des Durchsuchungsbefehls überschritten hat). Es gibt zahlreiche Urteile hierzu in nicht kartellbezogenen Kontexten, die allesamt ebenso im kartellrechtlichen Kontext eine Präzedenzwirkung haben. Kartellrechtliche Durchsuchungen unterliegen in den Vereinigten Staaten den gleichen Regeln wie andere strafrechtliche Durchsuchungen.

Allgemein gesprochen ist eine rechtliche Grundlage für die Anfechtung eines Durchsuchungsbefehls am wahrscheinlichsten deshalb gegeben, weil der Durchsuchungsbefehl nicht genau genug gefasst ist. Dies gilt insbesondere, wenn er keine eindeutigen Angaben enthält zum mutmaßlichen Kartellverstoß, den betroffenen Produkten, dem Zeitrahmen oder den zu beschlagnahmenden Dokumenten. Im Bereich der Wirtschaftskriminalität vertreten die U. S.-Gerichte allerdings für gewöhnlich die Auffassung, dass eine gewisse Breite bei der

Beschreibung der zu beschlagnahmenden Unterlagen aufgrund der Natur des Verbrechens erforderlich ist. „Beweismittel“ sind hier in der Regel elektronisch gespeicherte Dokumente und nicht leicht identifizierbare Schmuggelware wie Waffen oder Drogen.²

Ein kürzlich vor dem U. S. District Court für den Southern District of New York verhandelter Fall ist hier aufschlussreich: In der Rechtsache *United States v. Wey*³ gab das Gericht dem Antrag des Beschuldigten auf Nichtzulassung von Beweisen statt. Diese wurden bei Durchsuchungen seiner Wohnung und der Büroräume seiner Beratungsfirma wegen Betrugsverdachts beschlagnahmt. Die dem Beschuldigten zum Zeitpunkt der Durchsuchung präsentierten Durchsuchungsbefehle waren dem Gericht in einigen wesentlichen Aspekten nicht detailliert genug: Sie führten die untersuchten Straftaten nicht auf⁴ und enthielten zu weit gefasste, allgemeine Kategorien der zu beschlagnahmenden Gegenstände (z. B. alle Finanzunterlagen, Notizen, Vermerke usw. mit Bezug zum untersuchten Unternehmen). Für das Gericht war so nicht ersichtlich, wie überhaupt *irgendein* sich im Büro befindliches Dokument *nicht* in den Untersuchungsgegenstand der Durchsuchungsbefehle fallen würde. Zusätzlich war kein Zeitrahmen angegeben für die Durchsuchung.

Auch ein Durchsuchungsbefehl, der allem Anschein nach rechtmäßig ist, kann angefochten werden, wenn Gegenstände beschlagnahmt werden, zu deren Beschlagnahme der Untersuchungsgegenstand des Durchsuchungsbefehls nicht berechtigt. Bezieht sich ein Durchsuchungsbefehl beispielsweise auf eine bestimmte Abteilung des Unternehmens, deren Dokumente gesondert aufbewahrt werden, sollte ein Unternehmensvertreter die Vollzugsbeamten auf die gesonderte Aufbewahrung hinweisen und sie nachdrücklich ersuchen, bei der Beschlagnahme den Untersuchungsgegenstand des Durchsuchungsbefehls nicht zu überschreiten.⁵ Wird der Anwendungsbereich des Durchsuchungsbefehls dennoch von den Vollzugsbeamten überschritten, kann zu einem späteren Zeitpunkt rechtlich gegen den Vollzug des Durchsuchungsbefehls vorgegangen werden.

Eine Ausnahme zur Regel, dass Vollzugsbeamte Unterlagen und Gegenstände nicht über den Anwendungsbereich des Durchsuchungsbefehls hinaus beschlagnahmen dürfen, ist die „plain view“-

2 Siehe *United States v. Wuagneux*, 683 F.2d 1343, 1349 (11th Cir. 1982).

3 *United States v. Wey*, 256 F.Supp.3d 355 (S. D. N. Y. 2017).

4 Zwar wurden die Taten in den dem Richter vorgelegten zugrundeliegenden eidesstattlichen Versicherungen beschrieben. Allerdings waren diese dem Durchsuchungsbefehl, der dem Verdächtigen präsentiert wurde, nicht beigelegt. Daher reichte dies für das Gericht nicht.

5 Unternehmensvertreter dürfen die Vollzugsbeamten auch dazu anhalten, nicht die Unterlagen von In-House Counsel zu beschlagnahmen. Viele oder sogar die meisten dieser Unterlagen sind nach U. S.-amerikanischem Recht durch das „attorney-client privilege“ geschützt. In den meisten Fällen werden Vollzugsbeamte allerdings zur Beschlagnahme großer Datenmengen ein Image des Computers erstellen und dabei in Kauf nehmen, dass sie im Zuge dessen unweigerlich auch einige privilegierte Materialien einbehalten, die zum Zeitpunkt der Beschlagnahme nicht ohne Weiteres als solche erkennbar waren. In den meisten Fällen wird dem Unternehmen erlaubt, die beschlagnahmten Unterlagen nach der Beschlagnahme auf das Anwaltsprivileg hin zu prüfen. Die nicht geschützten Unterlagen werden vom Unternehmen gesondert zusammengefasst und eine Auflistung der einbehaltenen geschützten Unterlagen erstellt („privilege log“). In manchen Fällen beauftragt die Regierung ein sogenanntes „Taint Team“, eine Gruppe von Bundesbeamten oder Staatsanwälten, die nicht mit der Untersuchung befasst sind, damit, die beschlagnahmten Unterlagen auf das Anwaltsprivileg hin zu überprüfen. Dieser Ansatz wird jedoch nicht mehr bevorzugt, da er auf Kritik der Gerichte gestoßen ist, siehe z. B. *United States v. SDI Future Health, Inc.*, 464 F. Supp. 2d 1027 (D. Nev. 2006).

Doktrin. Vollzugsbeamte sind hiernach zur Beschlagnahme von Beweisen für weitere Verbrechen berechtigt, auf die sie beim Vollzug eines rechtmäßigen Durchsuchungsbefehls stoßen, ohne gezielt danach gesucht zu haben. Die Anwendung dieser Doktrin auf die Durchsuchung digitaler Informationen ist nicht eindeutig definiert, sodass Gerichte in unterschiedlichen Bundesstaaten sie oft unterschiedlich auslegen. Ob Vollzugsbeamte digitale Beweise für eine Straftat, auf die sie während einer rechtmäßigen Durchsuchung von Computerdateien zufällig stoßen, einbehalten (und verwenden) dürfen, hängt von verschiedenen Faktoren ab und wird – je nach Rechtsordnung – unterschiedlich gehandhabt. Das Berufungsgericht des Ninth Circuit nahm in einer Entscheidung im Jahr 2009 an, dass „eine zu weitreichende Beschlagnahme, ein inhärenter Bestandteil elektronischer Durchsuchungen ist“ und wählte einen restriktiven Ansatz.⁶ Nach einer Überprüfung schwächte das Gericht seine strengen Anforderungen für die Anwendung von Durchsuchungsbefehlen auf elektronische Suchen allerdings ab zu nunmehr nur noch empfohlenen Leitlinien.⁷ Vollzugsbeamte haben daher hinsichtlich der Nutzung digitaler Informationen weiterhin einen erheblichen Spielraum, selbst wenn die gefundenen belastenden Unterlagen über den Gegenstand des Durchsuchungsbefehls hinausgehen.

c) Ausschluss unrechtmäßig erlangter Beweismittel

Wie auch bei anderen Straftaten können infolge einer unrechtmäßigen Durchsuchung bei kartellrechtlichen Ermittlungen beschlagnahmte Unterlagen von der Verwertung ausgeschlossen werden. Sie dürfen somit in einem Verfahren nicht mehr als Beweismittel verwendet werden. Wie vorstehend erwähnt, wurden erst kürzlich in einem Verfahren aus dem Bereich Wirtschaftskriminalität unrechtmäßig erlangte Beweismittel von einem Gericht nicht zugelassen.⁸

2. Nachprüfungen der Europäischen Kommission

Art. 20 und 21 der VO Nr. 1/2003 enthalten spezielle Bestimmungen für Nachprüfungen der Kommission. Art. 20 hat dabei Nachprüfungen in den Räumlichkeiten von Unternehmen zum Gegenstand, während Art. 21 Nachprüfungen in „anderen Räumlichkeiten“ betrifft. Wie bei Auskunftsverlangen gibt es zwei mögliche Nachprüfungsmaßnahmen: einen „einfachen“ schriftlichen Nachprüfungsauftrag nach Art. 20 Abs. 3 VO Nr. 1/2003 und eine formelle Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VO Nr. 1/2003.

a) Rechtlicher Rahmen und Beschränkungen

Nachprüfungsmaßnahmen der Kommission erfordern einen Anfangsverdacht. Der Kommission müssen hinreichend ernsthafte Indizien vorliegen, die den Verdacht eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln begründen.⁹ Im Prinzip gelten dieselben Anforderungen wie für Auskunftsverlangen (siehe hierzu den ersten Teil des Beitrags). Oftmals erhält die Kommission durch Kronzeugenanträge ausreichende Informationen. Ein einfacher schriftlicher Nachprüfungsauftrag nach Art. 20 Abs. 3 VO Nr. 1/2003 begründet keine Duldungspflicht. Das betroffene Unternehmen kann die Nachprüfung daher verweigern. Die Kommission wird dann jedoch höchstwahrscheinlich eine formelle Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 VO Nr. 1/2003 anordnen. Auf einer formellen Nachprüfungsentscheidung gemäß Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 beruhende Nachprüfungen müssen geduldet werden. Das EuG bestätigte eine Geldbuße dafür, dass das durchsuchte Unternehmen fahrlässigerweise Mitarbeitern weiterhin Zugriff auf ein gesperrtes E-Mail-Konto ermöglichte und eingehende E-Mails auf einen Server umgeleitet wurden.¹⁰

Die Kommission muss für beide Nachprüfungsmaßnahmen neben anderen Angaben auch den Gegenstand und Zweck der Nachprüfung genau bezeichnen (vgl. Art. 20 Abs. 3 und 4 VO Nr. 1/2003). Diese Pflicht zur Angabe der konkreten Gründe ist nicht nur eine Grundvoraussetzung, um die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Sphäre des betroffenen Unternehmens zu belegen. Sie ermöglicht es den betroffenen Unternehmen insbesondere, den Umfang ihrer Kooperationspflicht zu verstehen und gleichzeitig ihre Verteidigungsrechte zu wahren.¹¹ Das EuG stellte hierzu fest, die Kommission müsse

„in einer Nachprüfungsentscheidung außerdem eine Beschreibung der wesentlichen Merkmale der behaupteten Zuwiderhandlung geben, indem sie den ihrer Ansicht nach relevanten Markt und die Natur der behaupteten Wettbewerbsbeschränkungen bezeichnet, sie muss erläutern, wie das von der Nachprüfung betroffene Unternehmen in die Zuwiderhandlung verwickelt sein soll, wonach gesucht wird und auf welche Punkte sich die Nachprüfung beziehen soll, und sie muss angeben, welche Befugnisse die Kontrolleure der Gemeinschaft haben.“¹²

Nur wenn der begründete Verdacht besteht, dass Bücher oder sonstige Geschäftsunterlagen, die sich auf den Gegenstand der Nachprüfung beziehen und als Beweismittel für einen *schweren* Kartellverstoß von Bedeutung sein könnten, in anderen Räumlichkeiten aufbewahrt werden, kann die Kommission eine Nachprüfung in anderen Räumlichkeiten einschließlich Privaträumen anordnen (vgl. Art. 21 Abs. 1 VO Nr. 1/2003). Die Durchsuchung dieser Räumlichkeiten erfordert eine Durchsuchungsanordnung des mitgliedstaatlichen Gerichts (vgl. Art. 21 Abs. 3 VO Nr. 1/2003).

Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission sind in Art. 20 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 abschließend aufgelistet.¹³ Die Kommission ist nicht zur Beschlagnahme von Dokumenten befugt. Sie darf lediglich Kopien anfertigen. Dokumente, die dem Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant unterliegen, dürfen nicht kopiert und bereits erst gar nicht eingesehen werden.¹⁴ Nur die Kommunikation mit unabhängigen Rechtsanwälten wird durch das Anwaltsprivileg geschützt (nicht hingegen mit In-House Counsel). Dieses ist zudem auf Rechtsrat und Verteidigungskommunikation im Zusammenhang mit Kartellverfahren beschränkt. Werden prinzipiell geschützte Unterlagen jedoch bei Dritten gefunden, ist der Schutz aufgehoben.

Während der Durchsuchung erlangte Informationen dürfen nur für die Zwecke verwertet werden, die in der Nachprüfungsanordnung genannt sind. Die Kommission darf sich nicht auf Beweise stützen, die sie zwar während einer Nachprüfung erlangt hat, sich aber nicht auf den Gegenstand oder Zweck der Nachprüfung beziehen. Es ist ihr allerdings nicht verwehrt, Ermittlungen anzustellen zur Überprüfung oder Vervollständigung von Informationen, die sie zufällig während

6 United States v. Comprehensive Drug Testing, 579 F.3d 989 (9th Cir. 2009).

7 United States v. Comprehensive Drug Testing, 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010).

8 United States v. Wey, 256 F.Supp.3d 355 (S. D. N. Y. 2017).

9 Vgl. EuG, 20.6.2018 – T-325/16, Rn. 36 – České dráhy/Kommission.

10 Vgl. EuG, 26.11.2014 – T-272/12 – Energetický a průmyslový Holding u. EP Investment Advisors/Kommission.

11 EuGH, 25.6.2014 – C-37/13, Rn. 34 – Nexans u. Nexans France/Kommission.

12 EuG, 8.3.2007 – T-339/04, Rn. 59 – France Télécom/Kommission, m. w. N.

13 Siehe auch EuG, 8.3.2007 – T-339/04, Rn. 57 ff. – France Télécom/Kommission.

14 Vgl. EuG, 17.9.2007 – T-125/3, Rn. 86 – Akzo Nobel Chemicals u. Akros Chemicals/Kommission.

einer früheren Nachprüfung erlangt hat, falls diese Informationen auf das Vorliegen eines den Wettbewerbsregeln zuwiderlaufenden Verhaltens hindeuten („discovery by chance“).¹⁵

Sofern die Kommission klar angibt, welchem Verdacht sie nachzugehen beabsichtigt, muss sie dem Adressaten einer Nachprüfungsentscheidung weder alle ihr vorliegenden Informationen und Beweise über die mutmaßliche Zuwiderhandlungen mitteilen, noch muss sie eine detaillierte rechtliche Würdigung dieser Zuwiderhandlungen vornehmen.¹⁶ Sobald jedoch Gerichte zur Überprüfung angerufen werden, müssen sie beurteilen können, ob zum Zeitpunkt der Nachprüfungsentscheidung hinreichend ernsthafte Indizien für den Verdacht einer Zuwiderhandlung vorlagen. Dies insbesondere, wenn das Unternehmen bestimmte Umstände darlegt, die dies in Frage stellen.¹⁷ Um festzustellen, dass ein Beschluss nicht willkürlich ergangen ist, kann das Gericht allerdings auch nur die Begründung daraufhin prüfen, ob die Vermutungen, denen die Kommission nachzugehen beabsichtigt, und die Punkte, auf die sich die Nachprüfung beziehen soll, hinreichend genau bestimmt sind.¹⁸

b) Wie können sich Unternehmen verteidigen? Anfechtung von Nachprüfungsentscheidungen

Aus der Art und Weise, wie eine Nachprüfung durchgeführt wird, d.h. durch Handlungen nach Erlass der Nachprüfungsentscheidung, lässt sich nicht schlussfolgern, dass die Nachprüfungsentscheidung an sich unrechtmäßig war.¹⁹ Ist der Adressat einer Nachprüfungsentscheidung der Auffassung, die Kommissionsbeamten haben rechtswidrig gehandelt, muss er im Grundsatz die finale, das Verfahren beendende Entscheidung abwarten.²⁰ Daher haben mehrere Rechtsmittelführerinnen in jüngst eingereichten Rechtsmitteln vorgetragen, Art. 20 VO Nr. 1/2003 verstoße gegen Grundrechte (Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention), weil kein wirksamer Rechtsbehelf gegen den Ablauf einer Nachprüfung möglich ist.²¹ Mit einem Urteil des EuG hierzu ist zeitnah zu rechnen.

In der Rechtssache Nexans stellte das EuG fest, die Kommission habe das Vorliegen hinreichend ernsthafter Indizien nicht nachgewiesen, um eine Nachprüfung zur Gesamtheit der Stromkabel und des dazugehörigen Materials anzuordnen. Es waren nur bestimmte Kabel betroffen.²² In einer neueren Entscheidung zu Beförderungsdiensten für den Schienenpersonenverkehr erklärte das EuG eine Nachprüfungsentscheidung für nichtig, soweit es darin um andere Strecken und andere Formen der Zuwiderhandlung ging, für die keine hinreichend ersthaften Indizien für einen Verdacht vorlagen.²³

In der Sache Deutsche Bahn teilte die Kommission ihren Ermittlungspersonen vor der Durchführung einer (ersten) Nachprüfung mit, dass ein weiterer Vorwurf gegen eine Tochtergesellschaft des Unternehmens vorlag.²⁴ Der EuGH urteilte, dass der in der Nachprüfungsentscheidung genannte Gegenstand der Nachprüfung in diesem Fall auch Angaben zum weiteren Vorwurf erfassen muss. Daher verletzte das Fehlen eines Hinweises darauf die Begründungspflicht und die Verteidigungsrechte des betreffenden Unternehmens.²⁵ Die bereits über den weiteren Vorwurf informierten Ermittler beschlagnahmten auch Unterlagen außerhalb des Gegenstands der ersten Nachprüfungsentscheidung. Der EuGH erklärte zwei in der Folge ergangene Nachprüfungsentscheidungen für nichtig. Diese beruhten zumindest teilweise auf den neu (und rechtswidrig) im Rahmen der ersten Nachprüfung erlangten Informationen.²⁶ Inzwischen verweisen mehrere andere Unternehmen in Rechtsmitteln auf diese Entscheidung.²⁷

In zwei Urteilen vom 12.7.2018²⁸ wies das EuG Klagen der Unternehmen Prysmian und Nexans zurück. Die Unternehmen argumentierten, die Kommission habe durch das Kopieren aller auf den Festplatten vorhandenen Dokumente, ohne zu wissen, ob sie für den Fall relevant sind, gegen Art. 20 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 verstoßen. Die Kommission habe zudem den Wortlaut der Nachprüfungsentscheidung missachtet und den räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der Nachprüfungsentscheidung verletzt. Die kopierten Dateien wurden erst später in den Räumlichkeiten der Kommission in Brüssel geprüft anstatt sofort in den Räumlichkeiten der Unternehmen.²⁹ Beide Unternehmen haben Rechtsmittel gegen die Entscheidung des EuG eingelegt, über die noch nicht entschieden wurde.³⁰ In mehreren vor dem EuG parallel anhängigen Klagen rügen die Klägerinnen die fehlerhafte Begründung von Nachprüfungsentscheidungen sowie uferlos weite und unspezifische Beschreibungen des Gegenstands von Nachprüfungen („fishing expedition“). Zudem wird gerügt, dass Nachprüfungsentscheidungen weder ein Schlussdatum noch eine maximale Dauer für die Nachprüfung vorsahen. Die Klägerinnen argumentieren ferner, dass es für eine Nachprüfung an ausreichenden Indizien fehlte.³¹

15 Vgl. EuGH, 17.10.1989 – C-85/87, Rn. 19 – Dow Benelux NV/Kommission.

16 Vgl. EuGH, 25.6.2014 – C-37/13, Rn. 35 – Nexans u. Nexans France/Kommission; siehe auch EuG, 6.9.2013 – T-289/11, Rn. 170 – Deutsche Bahn/Kommission; 20.6.2018 – T-325/16, Rn. 38 – České dráhy/Kommission.

17 Vgl. EuG, 20.6.2018 – T-325/16, Rn. 48 f. – České dráhy/Kommission; siehe auch 14.11.2012 – T-135/09, Rn. 72 – Nexans u. Nexans France/Kommission.

18 Vgl. EuG, 20.6.2018 – T-325/16, Rn. 51 – České dráhy/Kommission; EuG, 25.11.2014 – T-402/13, Rn. 91 – Orange/Kommission.

19 Vgl. EuGH, 17.10.1989 – C-85/87, Rn. 49 – Dow Benelux NV/Kommission; EuG, 17.9.2007 – T-125/3, Rn. 55 – Akzo Nobel Chemicals u. Akros Chemicals/Kommission.

20 Nur wenn eine Handlung eine separate Entscheidung der Kommission darstellt, ist sie rechtsmittelfähig.

21 Am 28.4.2017 erhobene Klagen: T-249/17 – Casino, Guichard-Perrachon u. EMC Distribution/Kommission; T-255/17 – Les Mousquetaires u. ITM Entreprises/Kommission; T-254/17 – Intermarché Casino Achats/Kommission.

22 EuG, 14.11.2012 – T-135/09, Rn. 72 – Nexans u. Nexans France/Kommission; siehe auch Rechtsmittel beim EuGH, 25.6.2014 – C-37/13.

23 EuG, 20.6.2018 – T-325/16, Rn. 73 ff. – České dráhy/Kommission, Rechtsmittel ist beim EuGH anhängig – C-538/18.

24 EuGH, 18.6.2015 – C-583/13, Rn. 61 – Deutsche Bahn/Kommission.

25 Vgl. EuGH, 18.6.2015 – C-583/13, Rn. 64 – Deutsche Bahn/Kommission.

26 EuGH, 18.6.2015 – C-583/13, Rn. 66 – Deutsche Bahn/Kommission.

27 Siehe EuG, 20.6.2018 – T-621/16 – České dráhy/Kommission; EuGH, 30.1.2020 – C-538/18. Siehe auch EuG, 10.4.2018 – T-274/15 – Alcodis/Kommission.

28 EuG, 12.7.2018 – T-475/14 – Prysmian/Kommission; EuG, 12.7.2018 – T-449/14 – Nexans u. Nexans France/Kommission.

29 Vgl. EuG, 12.7.2018 – T-475/14, Rn. 34 ff. – Prysmian/Kommission; EuG, 12.7.2018 – T-449/14, Rn. 34 ff. – Nexans France u. Nexans/Kommission.

30 Rechtsmittel von Prysmian, Prysmian Cavi e Sistemi eingereicht am 24.9.2018 – C-601/18 P; Rechtsmittel von Nexans und Nexans France eingereicht am 24.9.2018 – C-606/18 P. Generalanwältin Kokott folgt dem EuG in ihren Schlussanträgen vom 12. März 2020.

31 Vgl. Klage vom 4.7.2018 – T-415/18 – Silgan Closures und Silgan Holdings/Kommission; am 28.4.2017 erhobene Klagen: T-249/17 – Casino, Guichard-Perrachon u. EMC Distribution/Kommission; T-254/17 – Intermarché Casino Achats/Kommission.

III. Vergleichende Analyse und Fazit

Vergleicht man die Durchsuchungsbefugnisse der beiden Wettbewerbsbehörden, werden Unterschiede deutlich. Die Europäische Kommission hat weitere Befugnisse zur Durchsuchung von Räumlichkeiten. Es reicht – wie für Auskunftsverlangen – ein Anfangsverdacht. In den USA bestehen vergleichsweise hohe Anforderungen für Durchsuchungen, nämlich ein hinreichender Verdacht („probable cause“). Anders als das DOJ ist die Kommission allerdings nicht berechtigt, Dokumente zu beschlagnahmen. Sie kann lediglich Kopien anfertigen und – für einen begrenzten Zeitraum – bestimmte Räumlichkeiten oder Dokumente versiegeln.

Rechtsmittelfälle gegen unverhältnismäßige oder sonst unrechtmäßige Durchsuchungen gibt es in den USA speziell beim Vorwurf kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen kaum. Es gelten aber die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze. Ein als unrechtmäßig empfundener Durchsuchungsbefehl kann angefochten werden. Erfolgsaussichten bestehen z.B. dann, wenn der Durchsuchungsbefehl nicht genau genug gefasst ist. In der EU gibt es dagegen eine recht umfangreiche Fallpraxis. In manchen Fällen erklärten europäische Gerichte Nachprüfungsentscheidungen der Kommission für nichtig. Unternehmen, die von Untersuchungsmaßnahmen der Kommission betroffenen sind, sollten daher prüfen, ob die Kommission in ihrem Fall nicht zu weit geht.

AUTOREN



Dr. Christian Steinle ist Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz in Stuttgart. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist insbesondere das deutsche und europäische Kartellrecht. Er verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission.



Susan Zhu ist Rechtsanwältin der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in New York. Sie ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.



Dr. Lukas Aberle ist Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz in Stuttgart. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist insbesondere das deutsche und europäische Kartellrecht. Er verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission.



Lindsey Strang ist Rechtsanwältin der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in Washington, DC. Sie ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.



Nicholas E. O. Gaglio ist Rechtsanwalt in der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in New York. Er ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.