

17. Kapitel

Dawn Raids: Ablauf und Verhalten bei kartellbehördlichen Durchsuchungen

Literatur: *De Crozals/Jürgens* Dawn Raids durch die Kartellbehörden – Ablauf, Grenzen und Handlungsoptionen, CCZ 2009, 92; *Gildhoff/Zumdick* Strafrechtliche Risiken für Unternehmen und deren Rechtsanwälte bei Mock Dawn Raids, BB 2012, 1178; *Grave/Barth* Von „Dawn Raids“ zu „eRaids“ – Zu den Befugnissen der Europäischen Kommission bei der Durchsuchung elektronischer Daten, EuZW 2014, 369; *Herrmann/Soiné* Durchsuchung persönlicher Datenspeicher und Grundrechtsschutz, NJW 2011, 2922; *Peters* Anwesenheitsrechte bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme, NZWiSt 2017, 465; *Saller* Vorgehensweise des Bundeskartellamtes bei der Sicherstellung von IT-Asservaten im Rahmen einer Unternehmensdurchsuchung im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, CCZ 2012, 189; *Seeliger/Gänswein* E-Raids – IT-Durchsuchungen von Unternehmen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt, BB 2014, 1027; *Seitz/Berg/Lohrberg* WuW 2007, 716; *Stocker* Zufallsfunde im Kartellverfahren, BB 2012, 1172; *Vollmer* Der Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, WuW 2006, 235; *Weitbrecht/Weidenbach* Achtung, Dawn Raid! Die Rolle des Anwalts bei Durchsuchungen, NJW 2010, 2328; *Wissmann/Dreyer/Witting* Kartell- und regulierungsbehördliche Ermittlungen im Unternehmen und Risikomanagement, 2008; *Yomere* Die Novellierung des Kartellbußgeldverfahrens durch die 8. GWB-Novelle, WuW 2013, 1988; *Zerbes/El-Ghazi* Zugriff auf Computer: Von der gegenständlichen zur virtuellen Durchsuchung, NSTZ 2015, 425.

I. Überblick

Kartellbehördliche Durchsuchungen können in Deutschland von der Kommission als europäischer Kartellbehörde und vom Bundeskartellamt als nationaler Kartellbehörde durchgeführt werden.¹ Durchsuchungen sind für die Kartellbehörden ein zentrales Instrument, um Kartellrechtsverstöße aufzudecken und aufzuklären. Anlass für die Durchsuchungen ist normalerweise ein **Kronzeugenantrag**, in dem kartellrechtswidrige Verhaltensweise geschildert und die daran beteiligten Unternehmen genannt werden. Die Ausführungen im Kronzeugenantrag begründen den für die Durchsuchung notwendigen Anfangsverdacht, der es den Kartellbehörden ermöglicht, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken bzw. eine Nachprüfung anzuordnen. Üblicherweise finden die Durchsuchungen unangekündigt statt und beginnen früh morgens zum Geschäftsbeginn (in der Regel zwischen 8:30 Uhr und 10:00 Uhr). Daher stammt auch der Begriff „Dawn Raid“ (wörtlich „Überfall im Morgengrauen“), der sich bei Durchsuchungen wegen Kartellrechtsverstößen etabliert hat.

Für Durchsuchungen gilt ganz generell, dass sie für die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen in der Regel **unerwartet** kommen. Bei Durchsuchungen durch Kartellbehörden gilt das in besonderem Maße. Dies liegt daran, dass die betroffenen Unternehmen (anders als beispielsweise bei Insolvenzdelikten oder strafrechtlich rele-

¹ Theoretisch können kartellbehördliche Durchsuchungen auch durch die Landeskartellbehörden durchgeführt werden. Hier fehlt es aber in den meisten Fällen an der Zuständigkeit nach § 48 Abs. 2 GWB.

vanten Verhaltensweisen, über die zuvor in der Presse berichtet wurde), bis zur Durchsuchung nicht damit rechnen, dass gegen sie ermittelt wird. Zum einen hat die Geschäftsführung häufig selbst keine Kenntnis von den vorgeworfenen Verhaltensweisen oder jedenfalls deren Qualifikation als Kartellverstoß. Zum anderen erhalten die am Kartellverstoß beteiligten Unternehmen keine Hinweise über die bei der Kartellbehörde gestellten Kronzeugenanträge, die zur Durchsuchung geführt haben. Diese werden von den Kartellbehörden streng geheim gehalten. Auch die Kronzeugen sind insoweit zur absoluten Geheimhaltung verpflichtet. Die Unternehmen halten sich daran schon aus eigenem Interesse, da sie ansonsten ihren Status als Kronzeuge und damit auch das Privileg des Bußgelderlasses verlieren können (dazu 14. Kap.).

- 3 Um die Identität des Kronzeugen zu schützen, ist es durchaus üblich, dass die Durchsuchung auch beim Kronzeugen stattfindet. Für gewöhnlich stimmt die Kartellbehörde dieses Vorgehen im Vorfeld der Durchsuchung mit dem Kronzeugen ab. Er kann sich daher auf die Durchsuchungssituation einstellen und vorbereiten. Gleichzeitig birgt die Durchsuchung beim Kronzeugen für diesen ein deutlich geringeres Risiko, da er durch den Kronzeugenantrag in der Regel ohnehin kein Bußgeld zu befürchten hat. Für die übrigen Unternehmen stellt die Durchsuchung dagegen eine äußerst **kritische Ausnahmesituation** dar. Aufgrund des Überraschungseffekts und der fehlenden Routine der Mitarbeiter können hier viele **Fehler** geschehen, die für das Unternehmen und seine Verteidigung weitreichende und schwerwiegende Folgen haben können. Richtiges Verhalten während der Durchsuchung entscheidet deshalb ganz wesentlich über die Erfolgsaussichten im weiteren Verfahren.
- 4 Der Ablauf der Durchsuchung und die jeweiligen Ermittlungsbefugnisse der Beamten unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht, abhängig davon, ob die Durchsuchung von der Kommission oder vom Bundeskartellamt durchgeführt wird. Diese Unterschiede haben u.a. Einfluss auf die Verhaltensregeln während der Durchsuchung.

II. Durchsuchungen durch die Kommission

1. Ermächtigungsgrundlage

- 5 Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission sind in Kapitel 5 (= Art. 17 ff.) der VO 1/2003 geregelt. Für Durchsuchungen sind insbesondere Art. 20 f. VO 1/2003 relevant. Dort werden die sog. „**Nachprüfungsbefugnisse**“ der Kommission geregelt, weshalb eine von der Kommission im Rahmen ihrer Nachprüfungsbefugnisse durchgeführte Durchsuchung auch als „Nachprüfung“ bezeichnet wird (ausführlich zu den einzelnen Nachprüfungsbefugnissen vgl. 8. Kap. Rn. 31 ff.). Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission sind sehr weitreichend und erstrecken sich nach Art. 20 Abs. 1 VO 1/2003 grundsätzlich auf alle Nachprüfungen, die zu Erfüllung der ihr durch die VO 1/2003 übertragenen Aufgaben erforderlich sind. Nachprüfungen der Kommission können daher nicht nur bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV erfolgen, sondern beispielsweise auch im Rahmen einer Sektorenuntersuchung nach Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003.²

² Bechtold/Bosch/Brinker Art. 17 VO 1/2003 Rn. 7.

Nach Art. 20 Abs. 2 VO 1/2003 sind die Kommissionsbeamten und die von ihr ermächtigten Begleitpersonen insbesondere befugt, 6

- alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel im Unternehmen zu betreten,
- Geschäftsunterlagen jeglicher Form zu prüfen und zu kopieren,
- Geschäftsräume und Unterlagen für die Dauer der Nachprüfung zu versiegeln,
- Unternehmensmitarbeiter bezüglich der mit der Nachprüfung im Zusammenhang stehenden Tatsachen oder Unterlagen zu befragen und ihre Auskünfte zu Protokoll zu nehmen.

Zusätzlich ist die Kommission gem. Art. 21 Abs. 1 VO 1/2003 ermächtigt, andere 7 Räumlichkeiten oder Transportmittel (zum Beispiel die Wohnung des Unternehmensvorstandes oder das Auto eines Mitarbeiters) zu durchsuchen, wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass sich dort Beweismittel für einen schweren Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV befinden.

Die Kommission ist nicht verpflichtet, sich zunächst auf Grundlage eines Prüfungsauftrages nach Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003 um eine freiwillige Aufklärung durch das betroffene Unternehmen zu bemühen.³ Sie kann vielmehr unmittelbar Nachprüfungsmaßnahmen vornehmen, die das Unternehmen zu dulden hat (Art. 20 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003). Bei dieser Form der Nachprüfung handelt es sich im Ergebnis um eine Durchsuchung und die damit üblicherweise einhergehenden Ermittlungsmaßnahmen. Möchte die Kommission solche Nachprüfungsmaßnahmen vornehmen, muss sie die Nachprüfung durch Entscheidung anordnen (nach Art. 20 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003). Diese sog. **Nachprüfungsentscheidung** setzt einen Anfangsverdacht voraus⁴ und unterliegt bestimmten Formvorschriften. Insbesondere muss die Entscheidung den Zweck und Gegenstand der Nachprüfung möglichst genau bezeichnen, damit das betroffene Unternehmen seine konkreten Mitwirkungspflichten erkennen kann.⁵ Die Nachprüfungsentscheidung muss dazu grundsätzlich über die wesentlichen Merkmale der behaupteten Zuwiderhandlung informieren, indem sie den ihrer Ansicht nach relevanten Markt und die Natur der behaupteten Wettbewerbsbeschränkungen sowie das Ausmaß der vermuteten Verwicklung des betroffenen Unternehmens angibt.⁶ Sie muss aber nicht notwendigerweise eine genaue Abgrenzung des relevanten Marktes, die exakte rechtliche Qualifizierung der vermuteten Zuwiderhandlungen oder den Zeitraum beschreiben, in dem die Zuwiderhandlungen begangen sein sollen.⁷ Verfahrenstechnisch muss die Kommission vor Erlass der Nachprüfungsentscheidung die Wettbewerbsbehörde des Mitgliedstaates anhören, in dessen Hoheitsgebiet die Durchsuchung vorgenommen werden soll (Art. 20 Abs. 4 S. 3 VO 1/2003). Hohe Anforderungen werden an diese Anhörung nicht gestellt. Sie kann informell und telefonisch erfolgen.⁸

Die Nachprüfungsentscheidung setzt **keine richterliche Zustimmung** voraus.⁹ Mit 9 Blick auf den Schutz von Geschäftsräumen gegen behördliche Eingriffe entschied der EuGH, dass das fundamentale Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung nicht in

3 *EuGH* 26.6.1980 – 136/79, Rn. 8–16 – National Panasonic.

4 Immenga/Mestmäcker/Hennig VO 1/2003 Art. 20 Rn. 7.

5 *EuGH* 25.6.2014 – C-37/13 P, Rn. 34 – Nexans and Nexans France.

6 *EuGH* 22.10.2002 – C-94/00, Rn. 81 – Roquette Frères.

7 *EuGH* 25.6.2014 – C-37/13 P, Rn. 36–37 – Nexans and Nexans France.

8 *EuGH* 23.9.1986 – 5/85, Rn. 24 – AKZO Chemie.

9 *EuGH* 18.6.2015 – C 583/13 P, Rn. 25 ff. – Deutsche Bahn.

dem Ausmaße für Unternehmen anzuerkennen sei, wie für Privatpersonen.¹⁰ Folglich sei die Kommission ungeachtet der Schutzbereiche der Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) nicht verpflichtet, eine gerichtliche Genehmigung vor einer Durchsuchung einzuholen.¹¹ Das Fehlen einer gerichtlichen Genehmigung stellt somit keinen Verfahrensfehler dar.

- 10 Soll die Durchsuchung auf Grundlage von Art. 21 VO 1/2003 (auch) in „**anderen Räumlichkeiten**“ (insbesondere Privatwohnungen) stattfinden, müssen für die Nachprüfungsentscheidung zusätzliche Anforderungen erfüllt sein. Grund hierfür ist der massive Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen natürlichen Personen, der mit dieser Form der Nachprüfung einhergeht. Voraussetzung ist zunächst ein begründeter Verdacht eines besonders schweren Verstoßes gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV. Ein solcher begründeter Verdacht liegt vor, wenn es „glaubhaft konkrete Hinweise“ auf die Verwirklichung des Verbotes nach Art. 101 oder Art. 102 AEUV gibt.¹² Der begründete Verdacht muss in der Nachprüfungsentscheidung geschildert werden (Art. 21 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003). Darüber hinaus muss die Nachprüfungsentscheidung vorab durch das zuständige mitgliedstaatliche Gericht genehmigt werden (Art. 21 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003). Das Gericht darf insoweit allerdings nur prüfen, ob die Nachprüfungsentscheidung echt ist und die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen weder willkürlich noch unverhältnismäßig sind (Art. 21 Abs. 3 S. 2 VO 1/2003). Die Notwendigkeit der Nachprüfung darf das Gericht nicht in Frage stellen, die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Nachprüfungsentscheidung bleibt dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten (Art. 21 Abs. 3 S. 4, 5 VO 1/2003).

2. Vorgehen der Kommission und Mitwirkungspflicht des Unternehmens

- 11 Wenn die Kommission eine Durchsuchung durchführt, erscheinen die Kommissionsbeamten üblicherweise **morgens** (häufig an einem Dienstag, wegen der Anreise am Vortag) zu Beginn der üblichen Geschäftszeiten (normalerweise zwischen 8:00 und 9:00 Uhr) und verlangen Zutritt zu den Geschäftsräumen. Das Unternehmen muss dann im weiteren Verlauf die von der Nachprüfungsentscheidung umfassten Nachprüfungsmaßnahmen der Kommission **dulden** (Art. 20 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003). Duldet das Unternehmen die Nachprüfung entgegen der rechtlichen Verpflichtung nicht, kann die Kommission zwar nach Art. 23 Abs. 1 lit. c) VO 1/2003 ein **Bußgeld** bis zu einem Höchstbetrag von 1 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes festsetzen und ein **Zwangsgeld** verhängen, dessen Höhe für jeden Tag des Verzugs bis zu 5 % des Tagesumsatzes reichen kann (Art. 24 Abs. 1 lit. e) VO 1/2003).¹³ Die Kommissionsbeamten haben allerdings keine Befugnis, unmittelbaren Zwang auszuüben.¹⁴ Während der Durchsuchung hat die Kommission daher keine Möglichkeit, die Nachprüfungsmaßnahmen selbst zwangsweise durchzusetzen.
- 12 Die Kommission kann sich bei der Durchsuchung allerdings von Beamten des Bundeskartellamts begleiten lassen (Art. 20 Abs. 5 VO 1/2003). In der Praxis macht die Kommission von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch. Die Beamten des Bundes-

10 *EuGH* 17.10.1989 – 97/87, Rn. 14 – Dow Chemicals Iberica.

11 *EuGH* 18.6.2015 – C 583/13 P, Rn. 18–27 – Deutsche Bahn.

12 *Bechtold/Bosch/Brinker* Art. 21 VO 1/2003 Rn. 4.

13 Ausführlich dazu Wiedemann/Hellmann § 46 Rn. 123 ff.

14 Loewenheim/Meessen/Nowak *VerfVO* Art. 20 Rn. 81.

kartellamts haben dann häufig einen Durchsuchungsbeschluss dabei,¹⁵ der **zwangsweise durchgesetzt** werden kann (dazu unter Rn. 31 ff.). Sofern sich ein Unternehmen der Nachprüfung widersetzt oder dies jedenfalls zu erwarten ist, kann die Kommission zur zwangsweisen Durchsetzung der Nachprüfungsentscheidung auch Amtshilfe durch den Mitgliedstaat anfordern (Art. 20 Abs. 6 VO 1/2003). In Deutschland erfolgt diese **Amtshilfe** durch Polizeibeamte. Bei den Unterstützungshandlungen der Polizei handelt es sich um Vollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht zur Durchsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Entscheidung.¹⁶

Nach der Anmeldung am Empfang gesteht die Kommission dem Unternehmen in der Regel eine **kurze Wartezeit** zu, um internen und/oder externen Rechtsbeistand hinzuzuziehen.¹⁷ Auf das Eintreffen externer Rechtsanwälte wartete die Kommission allenfalls dann, wenn deren zeitnahes Erscheinen garantiert werden kann. 13

Während der sich anschließenden Durchsuchung suchen die Kommissionsbeamten üblicherweise vor allem nach physischen und elektronischen Dokumenten sowie elektronischer Kommunikation (z.B. E-Mails, Chatnachrichten), die als Beleg für die in der Nachprüfungsentscheidung geschilderten Vorwürfe dienen könnten. Darüber hinaus werden die Beamten mit Unternehmensmitarbeitern sprechen, um sich beispielsweise den Inhalt von Unterlagen erläutern zu lassen (zu diesen einzelnen Nachprüfungsmaßnahmen sogleich im Detail unter Rn. 37 ff.). Mit Blick auf diese Nachprüfungsmaßnahmen trifft das Unternehmen eine über die bloße Duldungspflicht hinausgehende **aktive Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht**.¹⁸ Diese folgt aus Art. 20 Abs. 2, 4 und Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003. Danach kann die Kommission von allen Vertretern oder Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens Erläuterungen zu Tatsachen und Unterlagen verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen (Art. 20 Abs. 2 lit. e) VO 1/2003). Bei Verstößen gegen diese Pflicht kann die Kommission gegen das Unternehmen eine **Geldbuße** bis zu einem Höchstbetrag von 1 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes festsetzen. Gleiches gilt, wenn die entsprechenden Fragen der Kommissionsbeamten unrichtig oder irreführend beantwortet werden oder wenn in Bezug auf Tatsachen, die mit dem Gegenstand und Zweck der Nachprüfungsentscheidung in Zusammenhang stehen, eine vollständige Antwort nicht erteilt oder verweigert wird (Art. 23 Abs. 1 lit. d) VO 1/2003). Eine entsprechende Geldbuße kann darüber hinaus auch schon dann verhängt werden, wenn die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden (Art. 23 Abs. 1 lit. c) VO 1/2003). In der Praxis kommt es bei Durchsuchungen durch die Kommission immer wieder zu Verstößen gegen die Mitwirkungspflicht. In den Fällen einer offensichtlichen Behinderung der Durchsuchung hat die Kommission dabei schon öfter von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Bußgelder zu verhängen.¹⁹ Die Kommission darf allerdings keine Bußgelder androhen, um dadurch Zugeständnisse der betroffenen Unternehmen zu 14

15 Bechtold/Bosch/Brinker VO 1/2003 Art. 20 Rn. 17.

16 Immenga/Mestmäcker/Hennig VO 1/2003 Art. 20 Rn. 83.

17 *Kommission* Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, Rn. 6 (nachfolgend: Explanatory note).

18 *EuGH* 25.6.2014 – C-37/13 P, Rn. 34 – Nexans and Nexans France; 21.9.1989 – verb. Rs. 46/87 und 227/88, Rn. 31 – Hoechst; *EuG* 11.12.2003 – T-59/99, Rn. 124 – Ventouris Group Enterprises; Immenga/Mestmäcker/Hennig VO 1/2003 Art. 20 Rn. 6.

19 *Kommission* 28.3.2012 – COMP/39.793 – EPH u.a. (Bußgeld: 2,5 Mio. EUR); 7.10.1992 – IV/33.791 – CSM NV (Bußgeld: 3 000 ECU); 17.12.1992 – IV/32.447 – Mewac (Bußgeld: 4 000 ECU).

erlangen, die über die Grenzen ihrer Kooperationspflicht hinausgehen.²⁰ Anstelle eines eigenständigen Bußgelds wegen eines Verstoßes gegen die Mitwirkungspflicht kann die Kommission das Verhalten auch als strafschärfenden Umstand bei der Bußgeldbemessung für den eigentlichen Kartellverstoß werten.²¹

- 15 Am Ende der Durchsuchung nehmen die Kommissionsbeamten nur potentiell relevante Beweismittel mit. Dies ist der Kommission nur möglich, weil sie die Beweismittel – anders als das Bundeskartellamt – schon während der Durchsuchung inhaltlich prüft. Dieser Vorgang benötigt Zeit. Es ist deshalb in der Praxis nicht ungewöhnlich, dass eine Durchsuchung der Kommission **mehrere Tage** andauert. Um eine Manipulation an den potentiell relevanten Beweismitteln durch Unternehmensmitarbeiter in dieser Zeit zu verhindern, werden Unterlagen häufig in Räumen aufbewahrt, die die Kommission bis zum nächsten Tag **versiegelt** (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. d) VO 1/2003). Auch potentiell relevante Räumlichkeiten, die bisher noch nicht untersucht wurden, können von den Beamten zum Schutz vor Manipulation versiegelt werden. Dazu bringen die Kommissionsbeamten an den Türen ein Sicherheitssiegel an, das sich bei einem Bruch verfärbt. Dadurch kann festgestellt werden, ob der versiegelte Raum bis zur Rückkehr der Beamten von einer Person betreten wurde. Wird das Siegel erbrochen (sic!), kann gegenüber dem Unternehmen eine Geldbuße von bis zu 1 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängt werden. Von dieser Möglichkeit hat die Kommission in der Vergangenheit schon öfter Gebrauch gemacht und dabei drastische Geldbußen verhängt.²² Die Kommission muss dazu nicht darlegen, dass die versiegelten Räumlichkeiten auch tatsächlich betreten oder Unterlagen entwendet wurden.²³

3. Typische Nachprüfungsmaßnahmen während der Durchsuchung

- 16 Die typischen Nachprüfungsmaßnahmen der Kommission während der Durchsuchung umfassen die Suche nach physischen und elektronischen Dokumenten sowie die Befragung von Unternehmensmitarbeitern.²⁴ Diese Maßnahmen und ihre Vornahme in der Durchsuchungssituation werden nachfolgend näher beschrieben.

a) Physische Dokumentensuche

- 17 Ein wesentlicher Bestandteil der Durchsuchung ist die Dokumentensuche. Die konkrete Befugnis der Kommissionsbeamten, die mit der Nachprüfung zusammenhängenden Geschäftsunterlagen zu durchsuchen, ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2 lit. b) VO 1/2003. Nach Art. 20 Abs. 2 lit. c) VO 1/2003 ist es den Kommissionsbeamten außerdem gestattet, Kopien oder Auszüge von den Geschäftsunterlagen anzufertigen. Originaldokumente darf die Kommission nicht mitnehmen.
- 18 Welche Geschäftsunterlagen die Beamten durchsehen dürfen, ergibt sich aus der Nachprüfungsentscheidung. Nur diejenigen Unterlagen, die im Zusammenhang mit

20 *EuG* 6.12.2013 – T-289/11, Rn. 90 – Deutsche Bahn.

21 *Kommission* 13.9.2006 – COMP/38.456, Rn. 340 f. – Bitumen (Bußgelderhöhung um 10 %); *EuG* 5.12.2006 – T-357/06, Rn. 209–256 – Koninklijke Wegenbouw Stevin.

22 *EuGH* 22.11.2012 – C-89/11 – E.ON Energie (Bußgeld: 38 Mio. EUR); *Kommission* 24.5.2011 – COMP/39.796 – Suez Environment (Bußgeld: 8 Mio. EUR).

23 *EuG* 15.12.2010 – T-141/08, Rn. 86 – E.ON Energie

24 In ihrer Explanatory Note, s. Rn. 13 schildert die Kommission die von ihr aus den Nachprüfungsbefugnissen abgeleiteten und bei Durchsuchungen routinemäßig ergriffenen Maßnahmen.

dem Untersuchungsgegenstand stehen, dürfen von der Kommission durchsucht werden. So ist die Kommission nicht befugt, anhand eines vermuteten Kartellverstößes in einem wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich die Nachprüfung für alle wirtschaftlichen Tätigkeitsbereiche ohne weitere Anhaltspunkte zu rechtfertigen. Vielmehr ist sie verpflichtet, ihre Durchsuchungen auf diejenigen Tätigkeiten zu beschränken, die mit den in der Nachprüfungsentscheidung angeführten Industriezweigen im Zusammenhang stehen. Die Kommission darf jedoch Informationen, die während der Durchsuchung auftauchen und keinen Bezug zum Nachprüfungsgegenstand haben, zur Kenntnis nehmen und sie als Anlass für weitere Ermittlungen nutzen.²⁵ Nach Auffassung des EuGH würde ein Verwertungsverbot bei solchen „**Zufallsfunden**“ die Kommission bei der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgabe behindern, über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Markt zu wachen.²⁶ Unzulässig ist dagegen das gezielte Suchen nach belastenden Unterlagen, die keinen Bezug zum Nachprüfungsgegenstand aufweisen (sog. **fishing expeditions**; s. dazu unter Rn. 27).

b) IT-Suche

Aufgrund der Digitalisierung von Prozessen und der Kommunikation in Unternehmen, rücken Papierakten und Schriftstücke immer stärker in den Hintergrund. Dementsprechend liegt der Fokus von Durchsuchungsmaßnahmen mittlerweile im IT-Bereich. Die Kommissionsbeamten interessieren sich vor allem für elektronische Daten auf Mailservern sowie für Office-Dokumente (insbesondere Word-Dokumente). Zunehmend stärker in das Visier der Ermittler geraten außerdem Daten auf Smartphones sowie soziale Chatdienste. 19

Für die IT-Suche stützt sich die Kommission auf dieselbe Nachprüfungsbefugnis, wie für die Dokumentensuche (Durchsuchung von Geschäftsunterlagen gem. Art. 20 Abs. 2 lit. b) VO 1/2003). Um die IT-Suche durchführen zu können, sieht sich die Kommission – neben der Einsetzung eigener **IT-Spezialisten** – als berechtigt an, auch die IT-Abteilung des betreffenden Unternehmens zu involvieren, um Zugriff auf elektronische Daten zu erhalten. Dies begründet die Kommission damit, dass die Mitwirkungspflicht des Unternehmens auch die Einräumung von Administratorrechten oder die vorläufige Sperrung gewisser E-Mail Accounts umfasse.²⁷ Die Kommission geht ferner davon aus, dass sie zur Durchsuchung der **gesamten IT-Infrastruktur** des betreffenden Unternehmens berechtigt ist.²⁸ Dies beinhaltet nach Auffassung der Kommission den Zugriff auf Server, Computer, Laptops, Tablets und Smartphones sowie Speichermedien einschließlich CDs, USB-Schlüssel, externer Festplatten, und „Clouds“, deren Durchsuchung mit Stichwörtern, die Wiederherstellung von Daten sowie das Anfertigen von elektronischen oder physischen Kopien.²⁹ 20

Für die IT-Suche spielen die IT-Spezialisten der Kommission eine eigene, für Durchsuchungen entwickelte **Suchsoftware** mit dem Namen Nuix auf das IT-System des Unternehmens auf, die am Ende der Durchsuchung wieder gelöscht wird. Häufig verlangen die Beamten zuvor die vorübergehende **Sperrung von E-Mail-Konten** einzelner Mitarbeiter, um Änderungen an diesen Konten während der Durchsuchung zu verhindern. 21

²⁵ Stöcker BB 2012, 1172, 1173.

²⁶ EuGH 18.6.15 – C-583/13 P, Rn. 59 – Deutsche Bahn.

²⁷ Kommission Explanatory note, Rn. 11.

²⁸ Kommission Explanatory note, Rn. 10.

²⁹ Kommission Explanatory note, Rn. 9f.

Mit der eingesetzten Suchsoftware ist die Kommission in der Lage, auch umfangreiche Datenbestände in relativ kurzer Zeit zu durchforsten. Die Suche erfolgt anhand von **Suchbegriffen** und Suchbegriffskombinationen, die die Kommission vor der Durchsuchung anhand der Informationen aus dem Kronzeugenantrag zusammengestellt hat. Unternehmensvertreter dürfen bei der IT-Suche anwesend sein. Die Kommission teilt allerdings nicht mit, welche Suchbegriffe sie verwendet. Sie ist der Auffassung, dass die Suchbegriffe nur Hilfsmittel zur Auffindung möglicherweise beweisrelevanter Dokumente seien.³⁰ Dem Unternehmen werden von der Kommission deshalb nur die am Ende der Suche als relevant eingestuften Dokumente zugänglich gemacht. Dieses Vorgehen wird z.T. kritisiert, da sich das Unternehmen dadurch nicht vergewissern kann, ob die Suchbegriffe einen Zusammenhang zu dem in der Nachprüfungsentscheidung angegebenen Durchsuchungsgegenstand aufweisen. Diese Prüfung kann das Unternehmen nur mit Blick auf die Resultate der IT-Suche vornehmen.

- 22 Die Mitwirkungspflicht des Unternehmens (dazu oben unter Rn. 11 ff.) gilt auch für die IT-Suche. Dies bedeutet, dass das Unternehmen ggf. **Administratorenrechte** zur Verfügung stellen und Fragen zum IT-System beantworten muss.
- 23 Im Zusammenhang mit der IT-Suche stellt sich die Frage, inwiefern die Ermittlungsbefugnisse der Kommission durch die Rechte der betroffenen Mitarbeiter eingeschränkt werden. Die Durchsuchungsbefugnisse der Kommissionsbeamten sind auf Geschäftsunterlagen beschränkt (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. b) VO 1/2003).³¹ Die Kommission ist daher grundsätzlich nicht befugt, Unterlagen nichtgeschäftlicher Art (d.h. insbesondere **private Daten und Korrespondenz der Unternehmensmitarbeiter**) einzusehen oder zu prüfen.³² In der Praxis trifft dieser Grundsatz v.a. dann auf Schwierigkeiten, wenn die Nutzung des beruflichen E-Mail-Kontos für private Angelegenheiten vom Unternehmen gestattet oder geduldet wurde. In diesen Situationen ist damit zu rechnen, dass sich auf dem E-Mail-Konto des Mitarbeiters sowohl private als auch geschäftsbezogene Korrespondenz befindet. Das Unternehmen kann in diesen Fällen die Prüfung von Unterlagen allerdings nicht allein durch den Verweis darauf verhindern, dass diese auch private Korrespondenz enthalten. Es bestehe zumindest eine Vermutung für den geschäftlichen Charakter der E-Mails auf dem betrieblichen E-Mail Konto.³³ Unzulässig ist die Nachprüfung aber jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem feststeht, dass es sich um private E-Mails handelt.
- 24 Ein weiteres Problem, das sich bei der IT-Suche stellt, ist der Zugriff auf Daten, die sich auf **Servern außerhalb der EU** befinden. Vor allem international ausgerichtete Unternehmen greifen häufig auf Datenserver zu (beispielsweise im Rahmen von „Cloud“-Dienstleistungen), die sich (jedenfalls auch) außerhalb der EU befinden können. Dies wirft die Frage auf, ob die Kommission auf die dort gespeicherten elektronischen Daten zugreifen darf. Die Kommission bejaht dies, sofern das Unternehmen selbst vom durchsuchten Standort aus Zugriff auf die Daten hat. Begründet wird dies u.a. mit der Notwendigkeit effektiver Nachprüfungsbefugnisse.³⁴

³⁰ Seeliger/Gänswein BB 2014, 1027, 1030.

³¹ EuG 6.12.2013 – T-289/11, Rn. 80 – Deutsche Bahn.

³² EuG 14.11.2012 – T-135/09, Rn. 40 – Nexans and Nexans France; 6.9.2013 – T-289/11, T-290/11 und T-521/11, Rn. 80 – Deutsche Bahn; Immenga/Mestmäcker/Hennig VO 1/2003 Art. 20 Rn. 49; Wiedemann/Dieckmann § 42 Rn. 40.

³³ Grave/Barth EuZW 2014, 369, 372 m.w.N.; Wiedemann/Dieckmann § 42 Rn. 40.

³⁴ ECN Recommendation on the power to collect digital evidence including by forensic means, 18.11.2013, Rn. 5; kritisch dazu Grave/Barth EuZW 2014, 369, 374.