

Compliance Berater

7 / 2022

Betriebs-Berater Compliance

30.6.2022 | 10. Jg
Seiten 225–276

EDITORIAL

Europäische ESG-Regulierung | I

Dr. Björn Schneider

AUFSÄTZE

Gemeinsam die Welt retten? | 225

Kartellrechtliche Herausforderungen bei Nachhaltigkeitskooperationen zwischen Wettbewerbern

Dr. Laura Stammwitz

Durchsuchungen des Bundeskartellamts | 230

Konvergenzen mit und Unterschiede zum EU-Recht und die behördliche Praxis nach der 10. GWB-Novelle

Dr. Marco Hartmann-Rüppel und Stephan Manuel Nagel

Konzernlösung des HinSchG-E – unionsrechtswidrig? | 237

Stephanie Kappen, Mina Cho und Bernhard Gaertner

„Employee Voice“ als Teil der Compliance-Kultur zur Verhinderung organisationaler Devianz | 243

Dr. Sven Raak-Stilb

MiCAR – Ein erster Überblick für Compliance-Beauftragte zur Krypto-Regulierung | 248

Anika Feger und Raphael S. Gollasch

Neobanken – Regelungslücke im Aufsichtsrecht? | 254

Prof Dr. Dieter Krimphove und René Knoblich

RECHTSPRECHUNG

BGH: Kartellbußgeldsache – Festsetzung der Geldbuße gegen eine juristische Person im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge | 258

BGH: Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung eines sozialen Netzwerks | 262

CB-BEITRAG

Dr. Marco Hartmann-Rüppel, RA, und Stephan Manuel Nagel, RA

Durchsuchungen des Bundeskartellamts

Konvergenzen mit und Unterschiede zum EU-Recht und die behördliche Praxis nach der 10. GWB-Novelle

Unternehmen sollten gut vorbereitet sein auf Durchsuchungen der Wettbewerbsbehörden, die sogenannten „Dawn Raids“. Dafür sind Geschäftsleitungen und Compliance Officers nicht nur aufgerufen, für eine hinreichende Schulung ihrer Mitarbeiter zu sorgen, sondern auch bei ihren Empfangsmitarbeitern Kontaktdaten von Personen zu hinterlegen, die unverzüglich anzurufen sind, sollten Beamte des Bundeskartellamts („BKartA“) oder der Europäischen Kommission („Kommission“) eine Durchsuchung durchführen wollen. Auch wenn die Unternehmen durch Kartellrechtsanwälte während der Durchsuchung begleitet werden, was standardmäßig erfolgen sollte, müssen ein paar allgemeine Grundsätze, aber auch die noch immer bestehenden wesentlichen Unterschiede der Durchsuchungen von BKartA und Kommission bekannt sein.

I. Einleitung

Die am 19.1.2021 in Kraft getretene 10. GWB-Novelle¹ hat die Unterschiede der Befugnisse des BKartA bei der Durchsuchung von Unternehmen (und Unternehmensvereinigungen) gegenüber den Kompetenzen der Kommission eingeebnet. Ziel dieser Novelle war u. a. die Umsetzung der sogenannten ECN+-Richtlinie² zur Angleichung der Kompetenzen der nationalen ECN-Wettbewerbsbehörden an die Kompetenzen der Kommission. Vor allem in Bußgeldverfahren bleiben Unterschiede aber bestehen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das BKartA Bußgelder auch gegen natürliche Personen (und Personenvereinigungen) verhängen kann. Bußgelder der Kommission können dagegen immer nur gegen Unternehmen (und Unternehmensvereinigungen) gerichtet sein.

II. Rechtsgrundlagen

1. Gesetzliche Grundlagen

Das Bundeskartellamt kann Durchsuchungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren wie auch von Bußgeldverfahren im Falle eines Anfangsverdachts wegen eines Kartellrechtsverstößes durchführen. Während das Verwaltungsverfahren überwiegend im GWB selbst geregelt ist, richtet sich das Bußgeldverfahren weitestgehend nach den Regelungen im OWiG und der StPO. Seit der 10. GWB-Novelle gibt es mit § 59b GWB eine neue Vorschrift, die speziell die Regeln für „Durchsuchungen“ im Verwaltungsverfahren festlegt.³ Im Bußgeldverfahren gelten nach § 46 Abs. 1 OWiG die Regelungen der StPO entsprechend. Nach § 46 Abs. 2 OWiG hat das BKartA im Bußgeldverfahren grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten. Durch § 82b Abs. 1 GWB sind darüber hinaus bei Durchsuchungen im Rahmen von

Bußgeldverfahren einzelne Regelungen des § 59b GWB (Abs. 3 S. 1, Abs. 5 S. 2 und 3) ebenfalls entsprechend anzuwenden.

Die Kompetenzen der Kommission sind in der VO 1/2003 geregelt. Nach deren Art. 20 Abs. 1 kann die Kommission zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben bei einem Anfangsverdacht alle erforderlichen Nachprüfungen bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vornehmen. Auf europäischer Ebene wird nicht zwischen Verwaltungs- und Bußgeldverfahren unterschieden. Nach Art. 20 Abs. 3 kann die Kommission einen Nachprüfungsauftrag erteilen, der durch den Generaldirektor der GD Wettbewerb unterzeichnet ist. In den meisten Fällen wird die Kommission allerdings (auch) eine Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 erlassen.

2. Einzelrechtsakt als konkrete Ermächtigung

Das BKartA benötigt für die Durchsuchung einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss des zuständigen AG Bonn. Dafür bedarf es regelmäßig eines begründeten Antrags der Kartellbehörde. Dieser wird in der Regel von der Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK) erstellt, die innerhalb des BKartA über die Durchführung der Durchsuchungen entscheidet. In dem Durchsuchungsbeschluss sind Rechtsgrundlage, Gegenstand und Zweck der Durchsuchung genannt, einschließlich der kartellrechtlichen Verstöße, für die ein Verdacht besteht. Lediglich bei Gefahr im Verzug können Durchsuchungen auch ohne richterliche Anordnung vorgenommen werden.

1 BGBl. 2021 Teil 1 Nr. 1 vom 18. Januar 2021, S. 2.

2 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. EU 2019, L11/3.

3 Inhaltlich entspricht die Vorschrift im Wesentlichen § 58 Abs. 4 GWB a. F.

Die Kommission stellt sich ihren „Durchsuchungsbeschluss“ selbst aus. Sie ist nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 befugt, Nachprüfungsentscheidungen zu erlassen, die die Unternehmen verpflichten, die Nachprüfungen der Kommission zu dulden.⁴ Die einzelne Entscheidung bezeichnet den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung, bestimmt den Zeitpunkt des Beginns der Nachprüfung und weist auf die in Art. 23 und Art. 24 vorgesehenen Sanktionen sowie auf das Recht hin, vor dem Gerichtshof Klage gegen die Entscheidung zu erheben.

Bei der Durchsuchung legen die Bediensteten der Kommission zusätzlich auch einen Nachprüfungsauftrag i. S. d. Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003 vor.⁵ Auch dort sind Gegenstand und Zweck der Nachprüfung bezeichnet. Zudem sind die Namen der beauftragten Bediensteten der Kommission (und etwaiger anderer von ihr ermächtigter Begleitpersonen) aufgeführt und es wird festgestellt, dass diesen die in Art. 20 Abs. 2 VO 1/2003 genannten Befugnisse übertragen wurden: Räumlichkeiten betreten, Geschäftsunterlagen prüfen, Kopien davon anfertigen, Räumlichkeiten versiegeln, von Mitarbeitern Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen verlangen (siehe im Einzelnen unter IV.).

III. Umfang der Durchsuchung

Sowohl im richterlichen Durchsuchungsbeschluss, den das BKartA vorlegt, als auch in der Nachprüfungsentscheidung der Kommission werden Gegenstand und Zweck der Durchsuchung genannt. Diese erlauben den Behördenvertretern die entsprechende Durchsuchung, allerdings nur in deren Rahmen.

Inhaltlich ist die Durchsuchung durch den jeweiligen Tatvorwurf begrenzt.⁶ Nach dem EuGH hat die Kommission in ihrer Nachprüfungsentscheidung zum Schutz der Verteidigungsrechte zumindest „möglichst genau anzugeben, wonach gesucht wird, und die Punkte aufzuführen, auf die sich die Nachprüfung beziehen soll.“⁷ Art und Inhalt der gesuchten Unterlagen müssen aber nicht vorab konkret benannt werden. Vielmehr darf sich die Durchsuchung grundsätzlich auf alle geschäftlichen Unterlagen (einschließlich elektronischer Daten) beziehen, da sie dazu dient, Informationen, die den Gegenstand und Zweck der Nachprüfung betreffen, zu finden und von solchen abzugrenzen, die einen solchen Bezug nicht haben. Unzulässig ist die gezielte Suche außerhalb des Durchsuchungszwecks.⁸

Die räumliche Begrenzung der Durchsuchung ergibt sich ebenfalls aus dem Durchsuchungsbeschluss bzw. der Nachprüfungsentscheidung selbst. Die unter einer (oder mehreren) Adresse(n) zu durchsuchenden Geschäftsräume des beschuldigten Unternehmens werden explizit bezeichnet. Jedenfalls im richterlichen Durchsuchungsbeschluss für das BKartA finden sich vorsorglich zumeist Ergänzungen, z. B. dass sich die Durchsuchung auch auf einzelne Personen bezieht (z. B. die für die Geschäftsführung, den Vertrieb und das Marketing verantwortlichen bzw. zuständigen Personen) sowie auf die von ihnen mitgeführten Gegenstände, von ihnen genutzte Kfz und etwaige in den Geschäftsräumen befindliche Privaträume.

IV. Kompetenzen der Behörden

Trotz Umsetzung der ECN+-Richtlinie gibt es nach wie vor wesentliche Unterschiede in den Befugnissen von BKartA und Kommission.

1. Unmittelbarer Zwang

Die Unterschiede zeigen sich schon bei der Frage der Durchsetzung von Durchsuchungshandlungen. So haben die Beamten des BKartA als Annexkompetenz zu § 105 StPO (i. V. m. §§ 82b Abs. 1 S. 1 GWB, 46 Abs. 1, 2 OWiG) das Recht, im Falle von Widerstand gegen Durchsuchungshandlungen unmittelbaren Zwang anzuwenden.

Dieses Recht räumt die VO 1/2003 der Kommission nicht ein. Die Kommission kann jedoch nach Art. 20 Abs. 6–8 VO 1/2003 zur zwangsweisen Durchsetzung von Durchsuchungshandlungen die Amtshilfe nationaler Behörden in Anspruch nehmen. In der Praxis ist daher grundsätzlich bei Durchsuchungen der Kommission in Deutschland jedenfalls zu Anfang zumindest ein Beamter des BKartA anwesend. Wird jedoch, wie faktisch immer der Fall, bei der Durchsuchung von Unternehmen kein Widerstand geleistet, ist es üblich, dass der Beamte des BKartA bereits nach kurzer Zeit wieder abzieht.

2. Sicherstellung / Beschlagnahme vs. Kopie

a) Bundeskartellamt

Ein maßgeblicher Unterschied bei Durchsuchungen des BKartA einerseits und der Kommission andererseits besteht darin, dass das BKartA Gegenstände und insbesondere Dokumente und IT-Hardware sicherstellen und beschlagnahmen darf, während die Kommission lediglich Kopien oder Abschriften von Dokumenten und elektronischen Daten anfertigen darf.

Das deutsche Durchsuchungsrecht unterscheidet in § 94 StPO und § 58 GWB zwischen Sicherstellung und Beschlagnahme. Während es sich bei der Sicherstellung um eine freiwillige Herausgabe der Gegenstände handelt, muss das BKartA die Gegenstände nach § 58 Abs. 1 GWB, § 94 Abs. 2 StPO beschlagnahmen, wenn sie nicht freiwillig herausgegeben werden. Eine Beschlagnahme bedarf grundsätzlich nach § 98 Abs. 1 StPO einer gerichtlichen Anordnung. Sollten Beamte ohne gerichtliche Anordnung Gegenstände beschlagnahmen, so müssen sie innerhalb von drei Tagen nach § 58 Abs. 2 GWB, § 98 Abs. 2 S. 1 StPO die gerichtliche Bestätigung beantragen, wenn das betroffene Unternehmen gegen die Beschlagnahme ausdrücklich Widerspruch erhoben hat. Der von der Beschlagnahme Betroffene kann nach § 58 Abs. 3 GWB, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO jederzeit die gerichtliche Entscheidung beantragen.

In der Praxis enthält der Durchsuchungsbeschluss des AG Bonn zum Teil bereits die Anordnung der Beschlagnahme der mit der Durchsuchung im Zusammenhang stehenden Gegenstände. Andernfalls wird auf die 3-Tages-Frist des § 98 Abs. 2 StPO hingewiesen. Dies gilt jedoch nicht für Zufallsfunde, die ggf. auf andere, vom Durchsu-

4 Für die Durchsuchung anderer Räumlichkeiten als den Geschäftsräumen des beschuldigten Unternehmens, insbesondere von Privaträumen, benötigt auch die Kommission eine nationale richterliche Genehmigung, Art. 21 Abs. 3 VO 1/2003.

5 Die Kommission kann auch nur einen einfachen Nachprüfungsauftrag nach Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003 erlassen. In diesen Fällen kontaktiert die Kommission in der Regel das Unternehmen vorab, um sicher zu gehen, dass die Kommissionsbeamten nicht umsonst anreisen müssen und dass die Unternehmen eine Durchsuchung vorbereiten; vgl. *Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker; Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, VO 1/2003, Art. 20 Rn. 24.

6 Vgl. *Krauß*, in: Kamann/Ohlhoff/Völker; Kartellverfahren und Kartellprozess, § 18 Rn. 33 m. w. N.

7 EuGH Ur. v. 22.10.2002 – C-94/00 – Roquette Frères, Rn. 48.

8 *Krauß*, in: Kamann/Ohlhoff/Völker; Kartellverfahren und Kartellprozess, § 18 Rn. 33; zu Zufallsfunden und privilegierten Unterlagen siehe IV.2.a) bzw. IV.3.

chungsbeschluss nicht umfasste Kartellrechtsverstöße hindeuten. Auch solche Zufallsfunde können die Kartellbeamten nach §§ 59b Abs. 5 S. 1, 108 Abs. 1 StPO beschlagnehmen, nur dass insoweit noch keine richterliche Anordnung vorliegt, diese vielmehr von der Behörde eingeholt werden muss.

Vor diesem Hintergrund sollten die Unternehmensvertreter jedenfalls gegen sämtliche Sicherstellungen zunächst Widerspruch einlegen, sodass die Beamten die Gegenstände beschlagnehmen müssen. Hierdurch wahren die betroffenen Unternehmen die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung nach § 98 Abs. 2 StPO. Es ist darauf zu achten, dass im Sicherstellungs- und Beschlagnahmeprotokoll des BKartA die „freiwillige Herausgabe“ der Gegenstände nicht als bejaht dokumentiert ist, vielmehr der Widerspruch gegen die Beschlagnahmen protokolliert wird.

Zudem ist es den Beamten nach §§ 59b Abs. 5 S. 1 GWB, 110 StPO gestattet, während der Durchsuchung Papiere sowie elektronische Speichermedien zu sichten. Dies betrifft auch ausgelagerte Server bzw. Daten in einer Cloud, soweit auf diese von einem Computer oder sonstigem Device aus zugegriffen werden kann, der bzw. das sich in den von der Durchsuchung betroffenen Räumlichkeiten befindet. Auch wenn sich die Daten auf Speichern außerhalb Deutschlands befinden, ist der Zugriff nach mittlerweile ganz überwiegender Auffassung grundsätzlich möglich, zumal das durchsuchte Unternehmen nunmehr eine Mitwirkungspflicht hat.⁹

Dokumente und Daten können vom BKartA auch vorläufig sichergestellt und zur weiteren Durchsicht bzw. fortgesetzten Durchsuchung nach Bonn mitgenommen werden. In diesem Fall gilt über § 120 Abs. 4 StPO die Regelung des § 98 Abs. 2 StPO entsprechend, d.h. die Beamten haben im Falle eines Widerspruchs innerhalb von drei Tagen eine richterliche Anordnung einzuholen und das betroffene Unternehmen kann jederzeit eine richterliche Entscheidung beantragen. Dies ist in der Praxis das übliche Vorgehen jedenfalls in Bezug auf elektronische Daten. Das BKartA fertigt Kopien ganzer Datenbestände an, um diese in Bonn zu prüfen. Nach Sichtung der Daten kann das BKartA relevante Daten beschlagnehmen und hat irrelevante Daten zu vernichten. Dem beschuldigten Unternehmen bzw. dessen Anwälten wird sodann eine CD mit den beschlaggenommenen Daten zur Verfügung gestellt. Im Gegensatz zu fortgesetzten Durchsuchungen durch die Kommission in Brüssel räumt das BKartA den Unternehmen und deren Anwälten nicht das Recht ein, bei der Sichtung der Daten in Bonn anwesend zu sein.

b) Kommission

Im Unterschied zum BKartA ist die Kommission nicht befugt, Gegenstände sicherzustellen oder zu beschlagnehmen. Sie kann jedoch nach Art. 20 Abs. 2 lit. c) VO 1/2003 Kopien oder Auszüge gleich welcher Art aus den untersuchten Unterlagen anfertigen und elektronische Daten kopieren. Zudem ist sie nach der Rechtsprechung des EuG berechtigt, ganze Datenbestände zu kopieren und zur fortgesetzten Durchsuchung nach Brüssel mitzunehmen.

In der Praxis beginnt die Kommission oft schon vor Ort mit der Sichtung der elektronischen Daten mithilfe der forensischen Software Nuix, wobei die Kommission grundsätzlich Stichwortsuchen durchführt. Die Kommission muss die Listen mit den Suchbegriffen nicht offenlegen. Die Unternehmensmitarbeiter bzw. die anwaltlichen Vertreter sind jedoch berechtigt, die Suchbegriffe mitzuschreiben, während sie die Beamten beobachten, was sie auch unbedingt tun sollten. Wenn die Beamten die elektronische Datensichtung und Suche bereits vor Ort beenden, fertigen sie von den aus ihrer Sicht relevanten

Daten Kopien auf drei CDs an und übergeben eine CD dem Unternehmen. Es ist üblich, dass sich die Kommission vorab die Daten von einem (anwaltlichen) Vertreter des Unternehmens freigeben lässt, der diese noch einmal auf Verwertungsverbote hin überprüft (siehe zum Legal Privilege unten A.IV.3). Zudem lässt die Kommission das Unternehmen bzw. dessen anwaltlichen Vertreter überprüfen, dass die angefertigten CDs identisch sind.

Große Datenmengen kopiert die Kommission jedoch, versiegelt die Datenträger und setzt die Durchsuchung in den Kommissionsgebäuden in Brüssel fort. Das Unternehmen und dessen anwaltliche Vertreter sind berechtigt, bei dieser fortgesetzten Durchsuchung in Brüssel anwesend zu sein. Auch hier werden abschließend drei CDs der von der Kommission zu den Akten genommenen Daten angefertigt und eine davon dem Unternehmen ausgehändigt.

3. Beschlagnahmeverbote: Verteidigerprivileg vs. Legal Privilege

Das BKartA darf solche Gegenstände nicht beschlagnehmen, die einem Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO unterliegen. Grundsätzlich ist zwar auch die Korrespondenz zwischen dem beschuldigten Unternehmen und seinen Anwälten nach § 97 Abs. 1 StPO geschützt; hier gibt es jedoch eine wesentliche Einschränkung: Nach § 97 Abs. 2 StPO ist nur solche Korrespondenz geschützt, die sich im Gewahrsam des Anwalts befindet. Nicht geschützt ist jedoch grundsätzlich anwaltliche Korrespondenz, die sich beim Unternehmen, das durchsucht wird, befindet. Eine Rückausnahme stellt insoweit das sog. Verteidigerprivileg nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 148 StPO dar. Korrespondenz mit einem Anwalt, der bereits zum Verteidiger bestellt wurde, unterliegt auch dann einem Beschlagnahmeverbot, wenn sie sich im Gewahrsam des beschuldigten Unternehmens befindet und den Gegenstand der Verteidigung betrifft. Allerdings kommt das Verteidigerprivileg bei kartellbehördlichen Durchsuchungen in aller Regel nicht zum Tragen. Dieses setzt nämlich voraus, dass ein Anwalt bereits in dem betreffenden Kartellverfahren zum Verteidiger bestellt wurde. Da Unternehmen jedoch vor einer Durchsuchung zumeist noch nicht wissen, dass ein Kartellverfahren gegen sie läuft, liegen zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich auch noch keine Verteidigerbestellungen in dem betreffenden Verfahren vor.

In der Praxis ist mithin davon auszugehen, dass selbst anwaltliche Korrespondenz zum Gegenstand des angeblichen Kartellrechtsverstößes nicht privilegiert ist und keinem Beschlagnahmeverbot unterliegt. Hierin unterscheidet sich das deutsche Verfahrensrecht maßgeblich von anderen Rechtsordnungen wie auch vom EU-Recht, in dem ein sog. Legal Privilege gilt. Die mangelnde Privilegierung von Anwaltskorrespondenz in Deutschland war immer schon rechtsstaatlich bedenklich. Dies gilt umso mehr nach der 10. GWB-Novelle, da den Unternehmen nunmehr Mitwirkungspflichten bei der Durchsuchung auferlegt sind und das BKartA weitreichende Fragerechte gegenüber den Unternehmensvertretern und -mitarbeitern hat (siehe hierzu sogleich A.IV.4). Hierdurch erfolgt zwar eine Angleichung der Kompetenzen des BKartA an diejenigen der Kommission in Umsetzung der ECN+-Richtlinie. Umgekehrt wurde aber im deutschen Verfahrensrecht kein Legal Privilege eingeführt, wie es im EU-Recht gilt. Dies führt zu einem noch größeren Ungleichgewicht der Kräfte zwischen dem beschuldigten Unternehmen und der

⁹ Zu möglichen Grenzen des Zugangs zu Daten auf ausländischen Speichermedien vgl. *Hegmann*, in: BeckOK StPO, 43. Ed. 2022, § 110 Rn. 16; *Bruns*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 8. Aufl. 2019, § 110 Rn. 8a, jeweils m. w. N.

Behörde, was im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf effektive anwaltliche Vertretung verfassungsrechtlich sehr fragwürdig ist.¹⁰

Eine praktische Folge dieser Rechtslage ist, dass anwaltliche Beratung zu Kartellrechtsverstößen gegenüber dem Mandanten oftmals nur mündlich erfolgen kann und das schriftliche Beratungsergebnis in den Räumen der Anwaltskanzlei aufbewahrt wird.

Auf EU-Ebene ist das Legal Privilege durch den EuGH anerkannt.¹¹ Korrespondenz zwischen einem Unternehmen und einem externen, in der EU zugelassenen Anwalt, die den untersuchten Vorwurf zum Gegenstand hat, unterliegt einem Beschlagnahme- und Verwertungsverbot. Voraussetzung ist also neben der Betroffenheit des Untersuchungsgegenstandes auch, dass der Anwalt in der EU zugelassen ist.¹² Dies mag einer der Gründe dafür sein, dass zahlreiche britische Kartellrechtsanwälte im Zuge des Brexits sich bspw. auch in Irland oder Brüssel als Anwälte zulassen ließen.¹³ Weitere Voraussetzung des Legal Privilege ist, dass es sich um Korrespondenz mit einem externen Anwalt handelt. Korrespondenz mit den Syndikusanwälten bzw. der Rechtsabteilung des Unternehmens ist mithin auch im EU-Recht nicht vom Legal Privilege geschützt.^{14,15}

4. Mitwirkungs- und Auskunftspflichten

a) Kommission

Jedenfalls soweit eine Nachprüfungsentscheidung der Kommission (anders bei einem schlichten Nachprüfungsauftrag, siehe oben II.2.) vorliegt, ist das Unternehmen verpflichtet, die Durchsuchung zu dulden, wie sich aus Art. 20 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003 ergibt. Diese Pflicht geht jedoch nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte über eine bloße Duldung hinaus; das Unternehmen ist vielmehr zu einer aktiven Mitwirkung verpflichtet.¹⁶

So ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 VO 1/2003, dass das Unternehmen auf Anforderung der Kommission aktiv die Unterlagen und Daten vorzulegen hat, die die Kommission verlangt. Es sind Räume, Schränke und Schubladen zugänglich zu machen bzw. zu öffnen, es sind der Kommission Angaben über das IT-System zu machen, Passwörter und Zugangscodes mitzuteilen, E-Mail-Accounts bestimmter Mitarbeiter vollständig zur Verfügung zu stellen sowie verschlüsselte Dateien zu entschlüsseln. Hiervon umfasst ist auch die Einrichtung von IT-Sperren durch das Unternehmen, sodass die Mitarbeiter keinen Zugang mehr zu ihren E-Mail-Accounts haben, um einer Verdunklung vorzubeugen.

Werden solche IT-Sperren trotz Aufforderung durch die Kommission nicht effektiv eingerichtet, kann dies wegen Behinderung der Durchsuchung nach Art. 23 Abs. 1 lit. c) VO 1/2003 zu hohen Bußgeldern von bis zu 1% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes der Unternehmensgruppe führen. So umging bspw. die IT-Abteilung des tschechischen Unternehmens EPH die angeordneten IT-Sperren, indem sie verhinderte, dass für gesperrte E-Mail-Postfächer bestimmte E-Mails von dem vorgeschalteten Server an diese weitergeleitet und somit der Kenntnisnahme durch die Kommissionsbeamten entzogen wurden. Zudem setzte sie, insoweit fahrlässig handelnd, die Passwörter für die Accounts der Mitarbeiter auf das allgemein bekannte Ursprungspasswort zurück, sodass die Mitarbeiter die Sperrung umgehen konnten. Das von der Kommission hierfür verhängte Bußgeld in Höhe von 2,5 Mio. EUR gegen EPH wurde vom EuG bestätigt.¹⁷

Zudem sind die Unternehmensmitarbeiter und -vertreter nach Art. 20 Abs. 2 lit. e) VO 1/2003 verpflichtet, auf Nachfrage der Kommission

Tatsachen und Unterlagen zu erläutern, die mit dem Gegenstand und Zweck der Nachprüfung im Zusammenhang stehen. Die Interviews mit den Unternehmensmitarbeitern und -vertretern muss die Kommission protokollieren.¹⁸ In der Praxis sollte ausdrücklich Wert auf ein Protokoll gelegt und dieses im Anschluss an die Vernehmung auf Korrektheit geprüft werden.

Begrenzt werden die Mitwirkungs- und Auskunftspflichten zum einen durch den in der Nachprüfungsentscheidung konkretisierten Gegenstand der Untersuchung. Eine weitere Grenze stellt das oben (A.IV.3) dargestellte Legal Privilege dar. Zuletzt gibt es ein – allerdings stark eingeschränktes – Recht, sich nicht selbst in Form eines Geständnisses zu belasten.

Die Unionsgerichte erkennen im Kartellverfahren keinen allgemeinen „nemo tenetur“ Grundsatz¹⁹ an. Ein solcher wird von den Unionsgerichten nur natürlichen Personen zugebilligt, nicht jedoch Unternehmen.²⁰ In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass im EU-Kartellrecht – im Gegensatz zum deutschen Recht – ausschließlich Unternehmen Beschuldigte sein können, nicht dagegen die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Die Frage, ob der „nemo tenetur“-Grundsatz dennoch gilt, wenn das Unternehmen, gegen das die Kommission ermittelt, ausnahmsweise eine natürliche Person ist, ist bislang noch nicht richterlich entschieden worden.

Trotz der mangelnden Geltung des „nemo tenetur“ Grundsatzes ziehen die europäischen Gerichte bestimmte Grenzen. So müssen die Unternehmen nur Tatsachenfragen der Kommission beantworten und ggf. die in ihrem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich darauf beziehen, übermitteln.²¹ Ein Unternehmen ist auch nicht verpflichtet, solche „Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu

10 So auch *Giese et al.*, NZKart 2021, 2020, 646, 649 f.; Nagel/Hillmer, DB 2021, 494, 495; zur bisherigen Entscheidungspraxis auch *Kallfaß*, in: Bien et al., Die 10. GWB-Novelle, 2021, §§ 81–86 Rn. 284 f.

11 Std. Rspr., hergeleitet aus der EMRK und der Grundrechtcharta der EU; vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. EU 2011 C 308/6 Rn. 51 ff. unter Verweis insbesondere auf EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – 155/79 – AM & S/Kommission, Rn. 21 ff.

12 EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – 155/79 – AM & S/Kommission, Rn. 25.

13 Vgl. allgemein für britische Anwälte: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/britisches-anwalte-ziehen-wegen-brexits-nach-irland-15729907.html>; <https://www.juve.de/markt-und-management/addleshaw-goddard-und-bird-bird-gehen-nach-dublin/>; letzte Aufrufe 1.6.2022.

14 EuGH, Urt. v. 14.9.2010 – C-550/07 P – Akzo Nobel Chemicals/Akros Chemicals, Rn. 40 ff.

15 Zum Legal Privilege in den USA und UK vgl. z.B. *Nietsch*, CCZ 2019, 49 ff.

16 Vgl. (noch zur Vorgänger-VO Nr. 17) EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – 46/87 und 227/88 – Hoechst/Kommission, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 17.10.1989 – 85/87 – Dow Benelux/Kommission, Rn. 42; EuGH, Urt. v. 17.10.1989 – 97-99/87 – Dow Chemical Ibérica u. a./Kommission, Rn. 28; vgl. dazu auch *Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, VO 1/2003, Art. 20 Rn. 6.

17 EuG, Urt. v. 26.11.2014 – T-272/12 – EPH/Kommission.

18 Dies hat der EuGH (Urt. v. 6.9.2017 – C-413/14 P – Intel/Kommission, Rn. 91) jedenfalls für Befragungen nach Art. 19 VO 1/2003 eindeutig festgestellt; es gibt keinen Grund, dies für Befragungen im Rahmen von Durchsuchungen nach Art. 20 VO 1/2003 anders zu sehen.

19 „Nemo tenetur se ipsum accusare“ bedeutet „niemand ist dazu verpflichtet, sich selbst anzuklagen“; vgl. hierzu ausführlich *Fritzsche/Bernhard*, NZKart 2021, 599, 599 f.

20 EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 – Orkem/Kommission, Rn. 27 ff.

21 EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 – Orkem/Kommission, Rn. 34.

erbringen hat“²². Letztlich läuft die Rechtsprechung des EuGH auf ein „Geständnisverweigerungsrecht“ hinaus.²³ Aber auch die Grenze zwischen Geständnis und Antwort auf eine Tatsachenfrage ist nicht klar definiert und muss im Einzelfall beurteilt werden. So sollen z.B. Fragen nach Ort und Zeit bestimmter Treffen mit anderen Unternehmen beantwortet werden müssen, ebenso die Frage, welche Informationen an andere Unternehmen weitergegeben wurden; nicht beantwortet werden müssen dagegen Fragen nach dem Zweck einzelner Maßnahmen oder nach dem mit diesen Treffen verfolgten Ziel.²⁴ Aufgrund der Schwierigkeiten der Abgrenzung von zu beantwortenden Tatsachenfragen und Wertungen bzw. einem Geständnis ist daher auf jeden Fall dazu zu raten, dass bei Befragungen durch die Kommission stets ein Rechtsanwalt zugegen ist.

b) Bundeskartellamt

Während vor der 10. GWB-Novelle im Durchsuchungsrecht des BKartA nach der StPO die Unternehmen lediglich verpflichtet waren, Durchsuchungen passiv zu dulden, es also keine Pflichten zur aktiven Mitwirkung gab, die Aussage- und Auskunftsverweigerungsrechte nach §§ 52 ff. und § 55 StPO sowie der „nemo tenetur“ Grundsatz nach § 136 Abs. 1 StPO uneingeschränkt galten, hat sich dies in Umsetzung der ECN+-Richtlinie grundlegend geändert.²⁵

Es ist nunmehr danach zu unterscheiden, ob das BKartA gegen das betroffene Unternehmen ein Kartellverwaltungs- oder ein Kartellbußgeldverfahren führt.

Nach § 59b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB dürfen die Kartellbeamten im Verwaltungsverfahren (in dem allerdings Durchsuchungen eher selten sind) von allen Vertretern oder Mitarbeitern des Unternehmens Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen könnten, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten, verlangen. Die Unternehmensvertreter und -mitarbeiter sind entsprechend zur Mitwirkung verpflichtet. Sie müssen nach § 59b Abs. 3 S. 2 GWB auch Tatsachen offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit gegen sie oder andere herbeizuführen, falls die Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert oder nicht zu erwarten ist. Eine Einschränkung gilt nur insoweit, als die Auskünfte nicht gegen die befragte Person oder gegen Angehörige i. S. d. § 52 Abs. 1 StPO in einem Strafverfahren, in einem Verfahren nach dem GWB oder in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren verwendet werden dürfen.

Insoweit ist es also aufgrund der ECN+-Richtlinie zu einer deutlichen Kompetenzerweiterung des BKartA und einer Anpassung an die Ermittlungsbefugnisse der Kommission gekommen. Wie bereits oben erläutert (A.IV.3), ist jedoch nicht gleichzeitig ein Legal Privilege eingeführt worden, was zu einer deutlichen Waffenungleichheit zwischen Unternehmen und Behörde führt. Ob von den nunmehr in § 59b Abs. 3 GWB geregelten Mitwirkungs- und Auskunftspflichten auch – wie im EU-Recht – die Pflicht zur Einrichtung von IT-Sperren umfasst ist, ist bislang noch nicht entschieden worden, liegt aber aufgrund der Anpassung an das europäische Recht nahe.

Die Mitwirkungs- und Auskunftspflichten nach § 59b Abs. 3 S. 1 GWB gelten zwar grundsätzlich gemäß § 82b Abs. 1 S. 1 GWB auch im Bußgeldverfahren. Eine wichtige Ausnahme macht jedoch § 82b Abs. 1 S. 2 GWB im Hinblick auf Auskunftspflichten natürlicher Personen. Insoweit soll im Bußgeldverfahren nämlich im Hinblick auf Auskünfte durch natürliche Personen das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO gemäß § 59 Abs. 4 GWB entsprechend anwendbar sein. Die Unternehmensmitarbeiter bzw. -vertreter kön-

nen also die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder Angehörige i. S. d. § 52 Abs. 1 StPO in die Gefahr bringen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Allerdings sieht § 59 Abs. 4 S. 2 GWB hiervon wiederum eine Rückausnahme vor. Das Auskunftsverweigerungsrecht sei nicht entsprechend anzuwenden, wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und die Kartellbehörde der natürlichen Person im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat.

Trotz dieser Einschränkungen der Auskunftspflicht bestehen grundlegende rechtsstaatliche Bedenken gegen die jedenfalls im deutschen Recht neuen Regelungen.

Zwar dürfen Auskünfte der natürlichen Personen im Verwaltungsverfahren nicht ohne deren Zustimmung in Straf-, Bußgeld- und GWB-Verfahren gegen sie selbst oder Angehörige i. S. d. § 52 Abs. 1 StPO verwendet werden. Hierdurch erfolgt aber nicht der rechtsstaatlich gebotene effektive Schutz der Beschuldigten und Zeugen, so dass diese Regelung nur schwerlich mit dem „nemo tenetur“ Grundsatz vereinbar sein dürfte.²⁶ Nur die Auskünfte selbst dürfen nicht verwendet werden. Die Auskünfte können jedoch den Behörden als Grundlage für weitere Ermittlungen dienen, im Rahmen derer andere Beweismittel gegen die Auskunft gebende Person bzw. deren Angehörige gesammelt werden, die dann ggf. gegen diese Personen verwendet werden. Einem solchen Vorgehen wäre nur durch eine Anwendung einer „fruit of the poisonous tree“-Doktrin²⁷ zu begegnen.

Hinzu kommt, dass die Auskunft gebenden Personen nicht nur dem Risiko einer Straf- oder Bußgeldverfolgung ausgesetzt sind. Sollten sie an dem Kartellrechtsverstoß beteiligt gewesen sein, wäre die arbeitsrechtliche Konsequenz grundsätzlich eine außerordentliche und fristlose Kündigung, schon um ein effizientes und glaubhaftes Compliance-Management-System im Unternehmen nicht zu gefährden. Zudem sind auch natürliche Personen Adressaten möglicher Schadensersatzansprüche der Kartellgeschädigten²⁸, auch wenn sich diese in der Praxis grundsätzlich an die beteiligten Unternehmen und nicht an die ausführenden natürlichen Personen wenden werden. Schließlich ist

22 EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 – Orkem/Kommission, Rn. 35. Diese zur damaligen VO 17 ergangene Rechtsprechung hat heute unter VO 1/2003 noch immer Gültigkeit, vgl. EuG, Urt. v. 6.9.2013 – T-289/11 – Deutsche Bahn AG, Rn. 82.

23 Vgl. hierzu nur *Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, VO 1/2003 Vorbem. Art. 17–22, Rn. 25 ff. m. w. N.

24 EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 – Orkem/Kommission, Rn. 38. Dagegen hat das EuG (Urt. v. 20.2.2001 – T-112/98, Rn. 71 – Mannesmannröhren-Werke) festgestellt, dass die Fragen, „welche Themen besprochen und Entscheidungen angenommen wurden und welche Art von Unterlagen [das Unternehmen] vor und nach der Zusammenkunft erhalten“ hat, unzulässig waren, weil „solche Fragen geeignet [sind], [das Unternehmen] dazu zu zwingen, [seiner] Beteiligung an einer rechtswidrigen, gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstoßenden Vereinbarung einzugestehen.“

25 Vgl. zu den erweiterten Auskunftspflichten auch *Nagel/Hillmer*, DB 2021, 494, 494 f.

26 So schon *Nagel/Hillmer*, DB 2021, 494, 495.

27 Vgl. *Gänswein/Hiéramente*, NZKart 2017, 502, 507 m. w. N.

28 Zumindest hat das OLG Düsseldorf im *Dornbracht*-Fall die zivilrechtliche (Außen-)Haftung eines Geschäftsführers nach § 830 Abs. 2 BGB bejaht, auch wenn ein solches Ergebnis aus rechtssystematischen Gründen kritisch zu sehen ist, vgl. zum Streitstand nur *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33a GWB, Rn. 36 ff. m. w. N.; das potentielle Risiko einer Haftung aus § 826 BGB besteht in jedem Fall.

nach langem Instanzenzug durch die Arbeits- und ordentliche Gerichtsbarkeit aufgrund eines abgeschlossenen Vergleichs im Fall thyssenkrupp wegen des Schienenkartells immer noch nicht entschieden, inwieweit Unternehmen die an dem Kartellrechtsverstoß beteiligten Mitarbeiter für erlittene Bußgelder und Schadensersatzverpflichtungen persönlich in Regress nehmen können.²⁹

Diese Überlegungen gelten entsprechend für das Bußgeldverfahren, in dem eine Nichtverfolgungszusage der Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen ausreichen soll, damit die natürliche Person kein Auskunftsverweigerungsrecht mehr hat, solange lediglich eine Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren droht. Jedenfalls der Wortlaut lässt offen, ob die beschriebenen arbeits- und zivilrechtlichen Risiken zur Aufrechterhaltung des Auskunftsverweigerungsrechts ausreichen, weil eben nicht nur eine Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren droht. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht klar ist, wann eine Nichtverfolgungszusage durch das BKartA nach pflichtgemäßem Ermessen abgegeben wurde und insbesondere, wie mit der gegebenen Auskunft umzugehen ist, wenn die Kartellbehörde bei Abgabe der Nichtverfolgungszusage ihr Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt hat. Ein weiteres Problem ergibt sich dadurch, dass das BKartA trotz Erteilung einer Nichtverfolgungszusage nicht gehindert ist, die erlangten Informationen an Wettbewerbsbehörden anderer Staaten weiterzugeben, die auch Verfahren gegen natürliche Personen führen können; diese wären an eine Nichtverfolgungszusage des BKartA nicht gebunden.

Vor dem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, der Aufklärungspflicht durch einzelne natürliche Personen ein umfassendes Beweisverwendungsverbot im Sinne einer „fruit of the poisonous tree“-Doktrin für die von ihnen erteilten Aussagen anzuwenden, das unabhängig von der Wirksamkeit der Nichtverfolgungszusage ist und auch eine Weitergabe an andere Wettbewerbsbehörden verhindert.³⁰

5. Versiegelung

Die Kommission hat nach Art. 20 Abs. 2 lit. d) VO 1/2003 das Recht, betriebliche Räumlichkeiten und Bücher oder Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß zu versiegeln, wie es für die Nachprüfung erforderlich ist. Das entsprechende Versiegelungsrecht des BKartA findet sich in § 59 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. § 82b Abs. 1 S. 1 GWB.

Insbesondere die Versiegelung von Räumlichkeiten beim Unternehmen ist bei behördlichen Durchsuchungen von hoher Relevanz. So dauern Durchsuchungen durch die Kommission grundsätzlich mehrere Tage, teilweise Wochen an (das Bundeskartellamt ist oft schneller, weil es Dokumente mitnimmt und sämtliche elektronischen Daten kopiert und nicht vor Ort mit der Sichtung beginnt).

Für gewöhnlich reservieren sich die Beamten einen Raum, um dort Asservate sowie ihre IT-Ausrüstung zu lagern. Dieser Raum wird, wenn die Beamten abends die Unternehmensräumlichkeiten verlassen, versiegelt. Der Bruch eines solchen Siegels kann zu hohen Bußgeldern von bis zu 1% des gesamten Vorjahresumsatzes der betroffenen Unternehmensgruppe nach Art. 23 Abs. 1 lit. e) VO/EU Nr. 1/2003 bzw. § 81 Abs. 2 Nr. 10 GWB führen. In Deutschland ist der Siegelbruch zudem nach § 136 Abs. 2 StGB strafbar und kann mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe geahndet werden.

Die Schwelle für einen Siegelbruch ist niedrig. Behördliche Siegel zeigen im Falle von Manipulation ein Wasserzeichen. So musste die seinerzeitige E.ON AG, vom EuGH bestätigt,³¹ ein Bußgeld i.H.v. 38 Mio. EUR für ein gebrochenes Siegel zahlen, das zwar nicht

zerrissen war, aber dessen Sicherheitsfolie den bei Beschädigungen auftauchenden Schriftzug „VOID“ zeigte und welches – wie sich anhand von Klebespuren feststellen ließ – leicht verrutscht war. Es bestand Einigkeit, dass keine Person den versiegelten Raum betreten hatte. Außerdem musste die Kommission nicht beweisen, ob ein Unternehmensmitarbeiter oder -vertreter für das Erscheinen des „VOID“-Schriftzugs und das Verrutschen des Siegels verantwortlich war. Der EuGH erachtete den Beweis einer Zuwiderhandlung durch den Bruch des Siegels als erbracht an. Die insoweit beweiselastete E.ON konnte hingegen nicht beweisen, dass das Siegel fahrlässig von einem Dritten oder wegen Ablaufs des Mindesthaltbarkeitsdatums des Siegels (ja, Siegel haben tatsächlich Mindesthaltbarkeitsdaten) oder aufgrund seismischer Aktivitäten beschädigt wurde. Nach Auffassung des EuG und des EuGH reichte der bloße Umstand, dass das Siegel das Wasserzeichen zeigte und verrutscht war, für das Bußgeld aus.

In der Praxis hängt die Kommission mittlerweile große Plakate in der Nähe des Siegels auf, die dazu auffordern, Abstand zu halten. Die Anbringung der Siegel wie auch die Entfernung am nächsten Tag erfolgt im Beisein von Unternehmensvertretern. Die Unversehrtheit der Siegel wird nach Anbringung fotografisch dokumentiert. Jedem Unternehmen ist dringend zu raten, das Siegel über Nacht bewachen zu lassen und weiträumig abzusperrern. Vorsicht sei jedoch geboten mit Blick auf Vorschläge wie z.B. eine Tür mit sieben Siegeln zu verschließen. Der Gedanke dahinter ist ein Beweis der Mangelhaftigkeit des Siegels, falls ein Siegel das Wasserzeichen zeigen sollte, die anderen Siegel aber halten. Vor dem Hintergrund, dass hierzu bislang keine Rechtsprechung vorliegt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass hierdurch das Risiko eines Bußgelds wegen Siegelbruchs nicht minimiert, sondern vielmehr versiebenfacht wird, weil Kommission und Gerichte den Bruch eines von sieben Siegeln ausreichen lassen.

V. Rechtsfolgen bei Verstößen

Wie bereits erwähnt, werden Behinderungen von Durchsuchungen sowohl der Kommission als auch des BKartA mit Bußgeldern von bis zu 1% des Vorjahresumsatzes der gesamten betroffenen Unternehmensgruppe geahndet. Hierunter fallen die mangelnde oder unvollständige Vorlage angeforderter Unterlagen, die mangelnde Duldung der Nachprüfung (einschließlich Verletzung von Mitwirkungspflichten), unrichtige oder irreführende Antworten auf Tatsachenfragen bzw. die Verweigerung von Antworten sowie der Siegelbruch – siehe hierzu im Einzelnen Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 sowie § 81 Abs. 2 Nr. 9 bis 11 GWB.

Zudem können Kommission und Bundeskartellamt die Duldung von Durchsuchungen mit Zwangsgeldern von bis zu 5% des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes der Unternehmensgruppe pro Tag der mangelnden Duldung durchsetzen, Art. 24 Abs. 1 lit. e) VO 1/2003 und § 59b Abs. 5 Satz 2 i. V. m. §§ 82b Abs. 1 Satz 1, 86a GWB.

29 Vgl. zum Streitstand für die Organhaftung *Stancke*, BB 2020, 1667 ff.; eine Regressierbarkeit von Kartellbußen bei Organen oder Mitarbeitern aus Gründen des europarechtlichen „*effet utile*“ der Art. 101, 105 AEUV ablehnend LG Saarbrücken, Urt. v. 15.9.2020, BeckRS 2020, 32440, Rn. 122 ff.

30 Überzeugend insofern *Fritzsche/Bernhard*, NZKart 2021, 599, insb. 604 f.

31 EuGH, Urt. v. 22.11.2012 – C-89/11 P – E.ON/Kommission.

VI. Rechtsschutz

Der Durchsuchungsbeschluss für das BKartA kann durch Einlegung der einfachen Beschwerde beim AG Bonn angefochten werden. Die Beschwerde wird nicht dadurch unzulässig, dass die Durchsuchung abgeschlossen wird. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens gelten die Beschwerdevorschriften der §§ 63 ff. GWB.

Im Bußgeldverfahren gelten über § 46 Abs. 1 OWiG die Beschwerdevorschriften der StPO (§§ 306–310, 311a) entsprechend. Gegen einzelne Maßnahmen während der Durchsuchung ist nach § 62 Abs. 1 OWiG nur dann Beschwerde möglich, wenn sie selbständige Bedeutung haben und nicht nur der Aufklärung dienen, vielmehr in den Rechtskreis einzelner Personen eingreifen (z. B. die körperliche Durchsuchung von Personen oder die Beschlagnahme von Dokumenten).³¹

Gegen eine Nachprüfungsentscheidung der Kommission steht dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV bei EuGH zu. Einzelne Durchsuchungsmaßnahmen können dagegen grundsätzlich nicht selbstständig angefochten werden. Lediglich nachträglich im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen die Bußgeld- oder Untersagungsentscheidung der Kommission können einzelne Maßnahmen gerügt werden.³²

VII. Zusammenfassung

Mit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle und der damit einhergehenden Umsetzung der ECN+-Richtlinie hat das BKartA weitreichende Kompetenzen für Durchsuchungen sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Bußgeldverfahren erhalten, sie sind denen der Kommission angeglichen. Gleichwohl gibt es noch Unterschiede, die es im Fall der Durchsuchung zu beachten gilt. Unternehmen sollten gewappnet sein – durch Schulungen, durch einen Verhaltensleitfaden für den

Empfangsbereich, durch die Bestimmung eines „Dawn-Raid“-Verantwortlichen und durch Hinterlegung der Kontaktdaten ihrer Kartellrechtsanwälte.

AUTOREN



Dr. Marco Hartmann-Rüppel, *Dipl.-Volksw.*, ist Rechtsanwalt und Partner im Hamburger und Brüsseler Büro von Taylor Wessing. Er leitet deren deutsche und internationale Competition, EU and Trade-Praxis. Er berät zum deutschen und europäischen Kartellrecht, mit besonderem Schwerpunkt auf behördliche Kartellverfahren, Fusionskontrolle, kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren sowie präventiver Compliance.



Stephan Manuel Nagel, *LL. M. (EUI)* ist Rechtsanwalt und Partner im Düsseldorfer Büro von Taylor Wessing im Bereich Kartellrecht. Zu seinen Beratungsschwerpunkten gehören Compliance-Management-Systeme, kartellrechtliche Compliance sowie die Begleitung behördlicher Durchsuchungen und Verfahren.

³¹ Vgl. *Kurz*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5. Aufl. 2018, § 62 Rn. 4 ff.
³² Vgl. EuG, Urt. v. 10.4.2018 –T-274/15 – Alcogroup und Alcodis/Kommission, Rn. 71 ff.