

eines verführten Zusammenschlusses hat auch die Europäische Kommission erkannt und gewisse Klauseln als zulässig erachtet, welche mit dem Unternehmenskaufvertrag und dessen Durchführung in wesentlichem und untrennbarem Zusammenhang stehen.

Jedenfalls vermieden werden müssen die vertragliche Einräumung von Rechten, welche es dem Erwerber ermöglichen, dass Zielunternehmen seinen Wünschen entsprechend zu lenken. Hierbei kann die Judikatur zum The-

ma *Gun Jumping* als Richtlinie herangezogen werden. Auch ist darauf zu achten, dass bei der Formulierung der *Conduct of Business Clauses* der Eindruck vermieden wird, dass der Erwerber potentiell zur Lenkung des Targets befähigt ist, da schon die potentielle Möglichkeit zur Ausübung solcher Rechte den Vollzug bzw die Durchführung eines Zusammenschlusses iSv Art 7 FKVO oder § 17 KartG 2005 bewirkt.

Die Bedeutung kartellrechtlicher Compliance im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist bei ihren Ermittlungen gemäß § 12 WettbG ermächtigt, durch Hausdurchsuchungen Beweismittel zu sichern, die sie in ihrem Bußgeldantrag vor dem Kartellgericht verwerten kann. Immer häufiger macht die Bundeswettbewerbsbehörde von dieser Ermächtigung Gebrauch, weil schriftlichen Beweismittel erfahrungsgemäß eine große Rolle im kartellrechtlichen Verfahren spielen und andere Ermittlungsinstrumente regelmäßig keinen vergleichbaren Erfolg versprechen. In der Praxis treten dabei immer wieder ähnlich gelagerte Probleme auf, die sich durch gute Vorbereitung der betroffenen Unternehmen vermeiden lassen. In diesem kurzen Beitrag werden einige der häufigsten praktischen Fragestellungen und (präventiven) Maßnahmen seitens der betroffenen Unternehmen behandelt.¹

Von Georg Rihs / Anastasios Xeniadis²

I. Einleitung

Kartellrechtliche Untersuchungen sind für betroffene Unternehmen unangenehm und naturgemäß zumeist – dies ist auch beabsichtigt – sehr überraschend. Deshalb ist es im vitalen Interesse von Unternehmen, eine Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden möglichst schnell und effizient abzuwickeln, um den Eingriff in den geschäftlichen Betrieb so gering wie möglich zu halten. Eine Hausdurchsuchung stellt einen „Stressfaktor“

für das betroffene Unternehmen dar, der durch gute Vorbereitung gemeistert werden kann.

Die richtige Reaktion auf Hausdurchsuchungen kann betroffenen Unternehmen unnötige Unannehmlichkeiten und Kosten ersparen. (Potentiell) betroffene Unternehmen sollten sich bereits im Vorfeld von Hausdurchsuchungen mit präventiven Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften auseinandersetzen und entsprechende *Codes of Conduct* für den Fall einer Hausdurchsuchung entwickeln.

Große Bedeutung kommt der Klärung der Verantwortlichkeiten bei Hausdurchsuchungen zu. Kartellverstöße ziehen nicht selten einen nachhaltigen Imageverlust des betroffenen Unternehmens sowie drastische und mitunter sogar wirtschaftlich drückende Bußgeldzahlungen nach sich. Im Fall einer Hausdurchsuchung gilt es für die betroffenen Unternehmen, rasch und flexibel zu reagieren, um den drohenden Schaden sowie die rechtlichen Risiken (Bußgeldzahlungen) zu minimieren. Im Folgenden werden einige allgemeine Gedanken zu Prävention und Sofortmaßnahmen geäußert, die für die betroffenen Unternehmen im Fall einer Hausdurchsuchung ein entscheidendes Mehr an Rechtssicherheit bringen können.

1 Eine ausführliche und umfassende Darstellung der europarechtlichen und innerstaatlichen Befugnisse der Europäischen Kommission und der Bundeswettbewerbsbehörde, der Rechtsfolgen von Kartellverstößen und der grundrechtlichen Implikationen erfolgt in einem gesonderten Beitrag: *Harsdorf/Rihs/Xeniadis*, Hausdurchsuchungen im kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren, in *Matousek/Müller/Tbanmer*, Jahrbuch des Kartell- und Wettbewerbsrecht (2011) 169.

2 Der Beitrag gibt ausschließlich die Privatmeinung der Autoren und nicht notwendigerweise die Ansicht der Bundeswettbewerbsbehörde wieder.

II. Prävention

2.1 Kartellrechtliches *Compliance* Programm

Unter *Compliance* ist die Vorsorge bzw Gewährleistung der Einhaltung rechtlicher oder regulatorischer Vorschriften durch die Geschäftsführung zu verstehen.³ Geschäftsführer bzw Vorstände oder Alleinunternehmer sind im Zuge ihrer Tätigkeit zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet.⁴ Vor allem in kartellrechtlich risikogeneigten Branchen kann dieser Sorgfaltsmaßstab die Entwicklung und Implementierung von *Compliance*-Maßnahmen haftungsrechtlich sinnvoll erscheinen lassen.⁵ Die Einrichtung einer wirksamen *Compliance* ist für Organe von Unternehmen ratsam, um etwaigen Schadenersatzansprüchen des Unternehmens gegen die Organe vorzubeugen. Ansprüche des Unternehmens gegen die Organe im Zusammenhang mit fehlender bzw mangelnder *Compliance* können in Österreich etwa auf § 25 GmbHG oder § 84 AktG gestützt werden. Ein kartellrechtliches *Compliance* Programm als Teil des unternehmerischen Risikomanagements hilft Unternehmen bei der Prävention von und der Vorbereitung auf Hausdurchsuchungen durch die Wettbewerbsbehörde.

Der Sinn und Zweck von *Compliance* besteht darin, der Geschäftsleitung und den Mitarbeitern eines Unternehmens bei der Einhaltung der kartellrechtlichen Regelungen und Vorschriften zu helfen. Konkret soll damit präventiv Schaden (zB in Kartellbußen, Schadenersatzzahlungen aufgrund von *Private Enforcement* und Reputationsverlust) vom Unternehmen abgewendet werden, indem Mitarbeiter über die bestehenden internen und externen Regelungen informiert und Verstöße unternehmensintern aufgedeckt und sanktioniert werden. Wegen der raschen Entwicklung und der steigenden Zahl von einzuhaltenden Normen sowie den wirtschaftlichen Verflechtungen der Unternehmen ist die Einhaltung und Sicherstellung von *Compliance* eine zentrale unternehmerische Daueraufgabe. Ein *Compliance* Programm kann entweder von dem Unternehmen selbst unter Verwendung der eigenen Rechtsabteilung erstellt oder an einen externen Rechtsanwalt ausgelagert werden. Auch eine Kombination beider Systeme ist möglicherweise sinnvoll und aufgrund der nachfolgend erwähnten Gründe oftmals sogar ratsam. Vorteil der Erstellung im

Unternehmen ist, dass dieses am besten über die tatsächlichen Abläufe und Entscheidungsverläufe im Unternehmen Bescheid weiß. Die Beiziehung externer Rechtsanwälte dagegen ermöglicht den Zugriff auf spezialisierte kartellrechtliche Expertise und ein „unbefangenes“ Auditing durch einen „außenstehenden“ Dritten. Im Rahmen eines *Compliance* Programms sind auch angemessene Sanktionen für Zuwiderhandlungen gegen die internen Unternehmensvorschriften vorzusehen, wobei diese jedoch so auszubilden sind, dass sie nicht Mitarbeiter von der Meldung kartellrechtswidriger Vorgänge abschrecken. Mit anderen Worten: es sollte einem Mitarbeiter möglich sein, einen Fehler oder bedenklichen Vorgang zu melden, ohne mit einer Kündigung rechnen zu müssen, weil ansonsten kartellrechtlich bedenkliche Vorgänge geheim gehalten und erst im Zuge einer Hausdurchsuchung entdeckt werden. Des Weiteren sind Mitarbeiter darauf hinzuweisen, dass auch kartellrechtswidrige Maßnahmen *anderer* Unternehmen umgehend an diesen Ansprechpartner zu melden sind.⁶

2.2 Bedeutung von präventiv wirkender Information und Schulung

Im Mittelpunkt eines kartellrechtlichen *Compliance* Programms sollte die Vorbeugung gegen kartellrechtswidrige Vorgänge stehen: Verstöße gegen das Kartellrecht sollen von Anfang an verhindert werden, weil damit das Risiko von Hausdurchsuchungen deutlich minimiert wird. Zu diesem Zweck soll den Mitarbeitern Inhalt und Zweck von Kartellverboten im Rahmen von Schulungen vermittelt und sollen die Mitarbeiter bezüglich der gesetzlichen Sanktionen von Verstößen sensibilisiert werden. Zusätzlich zu Schulungen empfiehlt es sich, im Unternehmen Ansprechpartner für kartellrechtliche Zweifelsfragen zu nominieren (zB in der Rechtsabteilung), die Mitarbeiter im Tagesgeschäft rechtlichen Rat geben und Verträge rasch auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit überprüfen können. In diesem Zusammenhang sollte seitens der verantwortlichen Organe sichergestellt werden, dass Mitarbeiter sich bei Zweifelsfragen umgehend mit diesem Ansprechpartner in Verbindung setzen und nicht etwa aus Sorge vor beruflichen Nachteilen darauf verzichten. Kurz gesagt steht die Schaffung eines auch von der Unternehmensführung mitgetragenen Klimas der Rechtskonformität im Vordergrund, bei

3 Vgl etwa *Petsche* in *Petsche/Mair* (Hrsg), Handbuch Compliance (2011) 2.

4 Zur kartellrechtlichen Compliance als Konsequenz dieses Sorgfaltsmaßstabs vgl etwa auch *Urlesberger/Haid*, Compliance Programme, *ecolex* 2007, 363.

5 So etwa *Ahammer*, Compliance und Risikomanagement, in *Barbist/Arhammer* (Hrsg), Compliance in der Unternehmenspraxis (2009) 35 (61).

6 Zu beachten ist nämlich, dass gemäß Art 21 der VO 1/2003 sowie § 12 WettbG eine Hausdurchsuchung auch bei Unternehmen durchgeführt werden darf, gegen die sich nicht der Verdacht eines vermuteten Wettbewerbsverstoßes richtet, sofern der Verdacht gegeben ist, dass die für einen Kartellverstoß relevanten Unterlagen vermutlich in den Räumlichkeiten des zu durchsuchenden Unternehmens vorgefunden werden können; vgl *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006) Rz 542.

der es nicht als unkollegial angesehen wird, wenn Mitarbeiter kartellrechtlich fragwürdige Vorgangsweisen melden. Wichtig ist in der Praxis, dass die Schulungsmaßnahmen im Rahmen des *Compliance* Programms so einfach wie möglich gehalten werden, weil von Mitarbeitern – in aller Regel Nichtjuristen – nicht erwartet werden kann, dass diese tatsächlich jede Spezialfrage des Kartellrechts kennen und beurteilen können. Im Gegenteil: Ein zu kompliziertes *Compliance* Programm kann hemmend auf das unternehmerische Hauptgeschäft wirken, indem Mitarbeiter verunsichert werden und wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen vermeiden. Die Lösung kartellrechtlicher Zweifelsfragen ist Aufgabe der Rechtsabteilung des Unternehmens bzw externer, vom Unternehmen beauftragter Rechtsanwälte.

2.3 Simulation (*Mock Dawn Raids*)

Als Vorbereitung für Hausdurchsuchungen können nachgestellte Hausdurchsuchungen (sogenannte *Mock Dawn Raids*) durch Rechtsanwälte (oder örtlich unbekannte Mitarbeiter der Rechtsabteilung) dienen. Ziel einer solchen Untersuchung ist es, zu prüfen, wie die Mitarbeiter und der externe Rechtsanwalt auf die Stresssituation einer Hausdurchsuchung reagieren und ob belastende Dokumente gefunden werden. Anhand solcher Scheinuntersuchungen sollen aber auch bestehende Ablaufpläne für Untersuchungen getestet werden; hierbei ist es von besonderem Interesse, wie Mitarbeiter auf das Auftauchen der vermeintlichen Beamten reagieren. Die Einübung von richtigen Verhaltensweisen bei Durchsuchungen stellt einen Baustein bei der Krisenbewältigung im Unternehmen dar. Allerdings dürfen diese Personen nicht behaupten oder den Anschein erwecken, Amtspersonen zu sein, und sollten sich bei *Mock Dawn Raids* nach kurzer Zeit (aber jedenfalls vor Durchsuchung von individuellen Arbeitsplätzen der Mitarbeiter des Unternehmens) als Privatpersonen zu erkennen geben. Das Risiko, dass ein Mitarbeiter die Presse, Mitbewerber oder Kunden benachrichtigt, ist sonst zu groß. Eine Falschmeldung könnte einen unangenehmen und unnötigen Imageschaden verursachen. Zudem besteht die Gefahr, dass Mitarbeiter im Verhalten der „Beamten“ eine strafrechtlich relevante Amtsanmaßung iSd § 314 StGB sehen. Dies, weil die betroffenen Mitarbeiter sonst im Gegensatz zum Unternehmen –, das den *Mock Dawn Raid* in Auftrag gegeben hat –, nichts vom Übungscharakter der Untersuchung wissen, der Untersuchung vorab nicht zugestimmt haben und sich dieser eben nur unterwerfen, weil sie davon ausgehen, dass es sich bei den Rechtsanwälten um echte Beamte einer Wettbewerbsbehörde handelt.

Ein Defizit bei den derzeit gängigen *Mock Dawn Raids* in Österreich ist, dass diese die Reaktion der externen

Rechtsanwälte oft nicht wirklich prüfen. Wenn der *Mock Dawn Raid* von derselben Kanzlei durchgeführt wird, die gemäß dem *Compliance* Programm auch bei echten Hausdurchsuchungen hinzugezogen werden würde, ist keine Kritik an den eigenen Kollegen zu erwarten. Es erscheint ratsam, dass ein *Mock Dawn Raid* durch eine Drittkanzlei erfolgt, wenn man auch die Reaktion des Rechtsanwaltsteams, das schließlich bei Hausdurchsuchungen im Ernstfall hinzu gerufen wird, überprüfen will. So ist bei einer nachgestellten Hausdurchsuchung insbesondere zu testen, ob der Rechtsanwalt innerhalb einer angemessenen kurzen Zeit erscheint, in der Lage ist, den Untersuchungsgegenstand der Hausdurchsuchung zu verstehen (und bei Bedarf entsprechende Schritte einzuleiten) und für eine vernünftige und reibungslose Abwicklung der Hausdurchsuchung im Zusammenwirken mit der jeweiligen Wettbewerbsbehörde zu sorgen.

2.4 Bestellung eines (kartellrechtlichen) *Compliance Officers*

Um einen effizienten Ablauf einer Hausdurchsuchung sicherzustellen, sollten die Verantwortlichkeiten im Unternehmen bereits im Zuge der Einrichtung des *Compliance* Programms – und nicht erst während einer laufenden Hausdurchsuchung – festgesetzt werden. Es soll also klar sein, wer innerhalb des Unternehmens von der Hausdurchsuchung informiert werden soll und danach das Unternehmen als Durchsuchungsbeauftragter gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde vertritt. Auch sollte im Reaktionsplan vorgegeben sein, welcher Rechtsanwalt informiert werden soll, damit dieser während der Hausdurchsuchung anwesend ist. Es versteht sich von selbst, dass für die genannten Personen Ersatzpersonen zu nominieren sind, falls jemand – aus welchem Grund auch immer – am Tag der Hausdurchsuchung nicht anwesend oder unabhkömmlich ist. Schließlich ist es auch ratsam, einen Kommunikationsbeauftragten einzusetzen, der im Fall einer Hausdurchsuchung die Kommunikation nach Innen gegenüber den eigenen Mitarbeitern und nach Außen (Presse, Kunden etc) abwickelt. Da eine Hausdurchsuchung naturgemäß für Nervosität sorgt, sollte es Aufgabe des Kommunikationsbeauftragten sein, die relevanten Mitarbeiter kurz über die Hausdurchsuchung zu informieren und zu verhindern, dass Unterlagen vernichtet werden bzw externe Personen von Mitarbeitern über die Hausdurchsuchung in Kenntnis gesetzt werden.

2.5 *Compliance* Programm als „mildernder Umstand“ bei der Bußgeldfestsetzung?

Aus Sicht der Europäischen Kommission und der Bundeswettbewerbsbehörde ist es zwar begrüßenswert, dass

Unternehmen Maßnahmen ergreifen, um Zuwiderhandlungen ihrer Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft zu verhindern. Die Europäische Kommission ist allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht verpflichtet, dies als mildernden Umstand im Rahmen der Bemessung des Bußgeldes für den Verstoß zu berücksichtigen.⁷ Auch kann ein hochqualitatives *Compliance* Programm Verstöße gegen das Kartellrecht bzw daraus resultierende Hausdurchsuchungen nicht immer verhindern. Schließlich kann kein *Compliance* Programm vermeiden, dass Mitarbeiter fahrlässig oder vorsätzlich die unternehmensinternen Kontrollmechanismen umgehen. Deshalb ist es ratsam, bereits im Rahmen des *Compliance* Programm einen Reaktionsplan für den Fall einer Hausdurchsuchung zu erarbeiten.

III. Reaktion auf Hausdurchsuchungen

3.1 Rechtsgrundlagen von Hausdurchsuchungen durch die Bundeswettbewerbsbehörde

Rechtsgrundlage für Hausdurchsuchungen durch die zuständigen Behörden (in Österreich: die Bundeswettbewerbsbehörde sowie die Europäische Kommission) sind § 12 WettbG bei österreichischen Untersuchungen sowie Art 20 bzw Art 21 VO (EG) 1/2003⁸ bei europäischen Untersuchungen. Die Bundeswettbewerbsbehörde wird bei der Durchführung von Hausdurchsuchungen auf Anordnung des Kartellgerichts nach Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde für das Kartellgericht⁹ oder aufgrund einer Nachprüfungsentscheidung der Kommission für die Europäische Kommission¹⁰ tätig. Die Verfahrensvorschriften für die Vorgangsweise bei Hausdurchsuchungen nach dem WettbG unterscheiden sich von jenen für Hausdurchsuchungen auf Grundlage der VO (EG) 1/2003.¹¹ Der Rechtsschutz unterscheidet sich je nachdem, ob die Bundeswettbewerbsbehörde aufgrund einer Nachprüfungsentscheidung durch die Europäische Kommission (Art 20 VO [EG] 1/2003) – dann

ist das Europäische Gericht zur Überprüfung der Entscheidung und der einzelnen, darauf gestützten Maßnahmen zuständig – oder aufgrund einer Anordnung durch das Kartellgericht in Folge eines Antrages der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 12 Abs 1 WettbG) tätig wird: Die Anordnung einer Hausdurchsuchung durch das Kartellgericht erfolgt in beiden Fällen mit Beschluss.¹² Gegen diesen Beschluss steht das Rechtsmittel des Rekurses an den Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht zu. Dieser Rekurs hat allerdings (natürlich) keine aufschiebende Wirkung, dh er kann erst nach Durchführung der Hausdurchsuchung erfolgen.¹³

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist zur Anfertigung von Abschriften (auch in elektronischer Form) befugt.¹⁴ Das WettbG enthält keine ausdrücklichen Regelungen über den Inhalt des Beschlusses, mit dem die Hausdurchsuchung angeordnet wird. Analog zu den Nachprüfungsentscheidungen der Europäischen Kommission¹⁵ wird jedoch davon auszugehen sein, dass dieser Beschluss Gegenstand und Zweck der Hausdurchsuchung bezeichnen muss. Der Hausdurchsuchungsbefehl muss den Organen des betroffenen Unternehmens bei österreichischen Hausdurchsuchungen gemäß § 12 WettbG spätestens innerhalb von 24 Stunden nach der Hausdurchsuchung zugestellt werden. Die Hausdurchsuchung wird durch die Bundeswettbewerbsbehörde

7 Siehe zB EuGH 28.6.2005, C-189/02 P ua, *Dansk Rørindustri A/S ua/Kommission*, Rn 373; EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05, *BASF und UCB/Kommission*, Slg 2007, II-4949, Rn 52; EuG 13.7.2011, T-138/07, *Schindler Holding Ltd ua/Kommission*, Rn 282;

8 VO (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 1 vom 4.1.2003, S 1.

9 § 12 Abs 1 WettbG.

10 § 12 Abs 2 WettbG.

11 Vgl dazu ausführlich im Einzelnen insb die Bekanntmachung der Europäischen Kommission „Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003“, veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf.

12 Im Regelfall wird der Hausdurchsuchungsbefehl des Kartellgerichts bei europäischen Hausdurchsuchungen nicht in Vollzug gesetzt, weil Unternehmen die Hausdurchsuchung basierend auf der Nachprüfungsentscheidung der Europäischen Kommission zu dulden haben.

13 § 12 Abs 3 WettbG.

14 Ob im Zuge einer Hausdurchsuchung die Beschlagnahme von Dokumenten zulässig ist, ist strittig. *Solé* spricht sich für die Zulässigkeit von Beschlagnahmen aus und begründet diese Ansicht mit einer analogen Anwendung auch jener Bestimmungen der StPO, auf die § 12 WettbG nicht unmittelbar verweist, und führt die Effizienz der Ermittlungsmaßnahmen als Ziel der Bestimmungen für diese Ansicht ins Treffen: *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006) Rz 550. Es gibt jedoch auch Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber einen derart weitreichenden Eingriff in die Grundrechtssphäre des untersuchten Unternehmens nicht wollte: siehe etwa die ParlMat zu § 12 WettbG, BGBl I 2002/62, EB zu RV 1005 BlgNR 21. GP, 24, wonach der Eingriff in die Sphäre der betroffenen Unternehmen „möglichst klein gehalten werden“ sollte und „auch hier [gemeint: bei Ermittlungen wegen Verstößen gegen das österreichische Kartellrecht, Anm] keine Beschlagnahme stattfindet“. Im Sinne des effektiven Kartellrechtvollzugs wird man jedoch mitunter ohne Beschlagnahmen nicht das Auslangen finden, wenn bspw ein Unternehmen die Passwörter der PCs nicht zur Verfügung stellt und die elektronischen Daten vor Ort nicht einsehbar sind, sondern nur mit forensischen Spezialgeräten/Spezialsoftware in den Räumlichkeiten des BKA oder LKA eingesehen und gesichert werden können. In diesem Sinne könnte eine planwidrige Lücke vorliegen, die der Gesetzgeber – basierend auf dem damaligen Stand der Technik – nicht vorhergesehen und berücksichtigt hat. Dies insbesondere auch, weil es der Bundeswettbewerbsbehörde – im Gegensatz zur Kommission – an einer Möglichkeit fehlt, über Unternehmen ein gesondertes (vom Nachweis des Kartellverstoßes unabhängiges) Bußgeld zu verhängen.

15 Siehe Art 20 Abs 4 VO(EG) 1/2003.

durchgeführt, die ihrerseits Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes um Amtshilfe ersuchen kann.¹⁶ Hinzuweisen ist darauf, dass die Europäische Kommission im Fall der (unzulässigen) Weigerung der Duldung von Hausdurchsuchungen bzw Behinderung oder Vornahme unzulässiger Handlungen, etwa eines Siegelbruchs, Geldbußen verhängen kann – eine Befugnis, die der Bundeswettbewerbsbehörde bei Ermittlungen wegen Verstößen gegen das österreichische KartG nach der geltenden Rechtslage nicht zukommt. Die Europäische Kommission hat von dieser Befugnis bereits mehrfach Gebrauch gemacht und empfindliche Geldbußen für Behinderungen bzw Siegelbruch verhängt.¹⁷

3.2 Rolle der Belegschaft bei Hausdurchsuchungen

Unmittelbar vor Durchführung der vom Kartellgericht angeordneten Hausdurchsuchung (§ 12 Abs 1 KartG) sind die Organe des betroffenen Unternehmens zu den Voraussetzungen und Erfordernissen der Hausdurchsuchung zu befragen. Die Befragung der Organe zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung kann im Fall einer Gefährdung des Ermittlungserfolgs und bei Gefahr im Verzug unterbleiben.¹⁸ Sinn und Zweck der Befragung ist es, festzustellen, welche Unterlagen Gegenstand der behördlichen Ermittlungshandlungen sind¹⁹ und ob das Unternehmen bereit ist, diese ohne Hausdurchsuchung herauszugeben. Unternehmensorgane bzw betroffene Mitarbeiter haben das Recht, der Hausdurchsuchung in ihrem Bereich beizuwohnen.²⁰ Zusätzlich haben sie das Recht, eine Vertrauensperson beizuziehen. Die Inhaber geschäftlicher Unterlagen sind gemäß § 12 Abs 5 WettbG berechtigt, die Durchsuchung oder Einsichtnahme in diese Unterlagen nicht zu gestatten. In diesem Fall ist die Bundeswettbewerbsbehörde ver-

pflichtet, die Unterlagen „auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern“. Rechtsfolge dieser Maßnahme ist, dass eine Durchsuchung der bzw Einsichtnahme in diese Dokumente zunächst unzulässig ist und die Unterlagen dem Kartellgericht vorgelegt werden müssen. Es ist davon auszugehen, dass das durchsuchte Unternehmen dem Kartellgericht angeben muss, welche Unterlagen konkret der BWB nicht zur Einsicht übergeben werden sollen. Dieses Begehren ist vor dem Kartellgericht für jedes Dokument gesondert zu begründen. Das Kartellgericht entscheidet durch den Senatsvorsitzenden, ob und in welchem Umfang die Unterlagen eingesehen und Abschriften hergestellt werden dürfen bzw ob diese an den Inhaber zurückgestellt werden müssen. Gegen diese Entscheidung kann Rekurs erhoben werden. Der Rekurs hat allerdings keine aufschiebende Wirkung.

Bei Hausdurchsuchungen aufgrund Art 20 VO(EG) 1/2003 kann das betroffene Unternehmen grundsätzlich einen Rechtsanwalt verständigen. Die Versiegelung, zu deren Durchführung die Bundeswettbewerbsbehörde bei der Anwendung des europäischen Verfahrensrechts (VO [EG] 1/2003) berechtigt ist, stellt abhängig von ihrem Umfang eine Beeinträchtigung des Betriebes dar. Derartige Maßnahmen sind daher laut Bekanntmachung der Europäischen Kommission auf das unbedingt Notwendige zu beschränken. Gegen die Nachprüfungsanordnung und die Maßnahmen der Europäischen Kommission auf Grundlage dieser Anordnung ist das Rechtsmittel der Klage zur Nichtigerklärung durch das Europäische Gericht²¹ zulässig.²²

3.3 Grundsatz des *Legal Privilege*

Das *Legal Privilege* („Anwaltsprivileg“) ist ein Rechtsinstitut, dass der EuGH *praeter legem* in seiner ständigen Rechtsprechung im Kartellverfahren der Europäischen Kommission anerkannt hat. Demnach ist es der Europäischen Kommission verwehrt, in Schriftstücke Einsicht zu nehmen, die im Rahmen der Korrespondenz eines Unternehmens mit seinem (externen) Rechtsanwalt zur Ausübung der Verteidigungsrechte des Unternehmens ausgefertigt wurden.²³ Allerdings ist diese Ausnahme von den Nachprüfungsbefugnissen der Europäischen Kommission nach der Rsp eng auszulegen: Allgemeine rechtliche Beratungen (Memos) durch Rechtsanwälte, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit

16 § 14 WettbG.

17 ZB Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30.1.2008, C(2008) 377 endg, bestätigt durch EuG 15.12.2010, Rs T-141/08, *E.ON/Kommission*; Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24.5.2011, C(2011) 3640 endg, *Lyonnaise des Eaux/Suez Environnement*.

18 § 12 Abs 5 WettbG.

19 Vgl die ParlMat zum WettbG, BGBl I 2002/62, EB zur RV 1005 BlgNR 21. GP, 24.

20 § 12 Abs 4 WettbG iVm § 142 Abs 2 StPO idF BGBl 1975/631; nach den ParlMat sind eben nicht nur die Organe des betroffenen Unternehmens – Geschäftsführer und Vorstand – sondern wohl jeweils die von der Durchsuchung unmittelbar Betroffenen aufzufordern, der Untersuchung beizuwohnen: vgl die ParlMat zur Nov des EWR-WettbG BGBl 1994/627, AB 1752 BlgNR 18. GP, 3. Das bedeutet wohl, dass etwa Sachbearbeiter, deren Arbeitsplatz durchsucht wird, einen Rechtsanspruch auf Anwesenheit bei den Untersuchungshandlungen haben, sofern sie am Tag der Hausdurchsuchung anwesend sind oder aufgrund der Hausdurchsuchung ins Büro kommen. Der betroffene Mitarbeiter kann sich diesbezüglich von einem Kollegen vertreten lassen. Die Bundeswettbewerbsbehörde muss aber nicht auf das Erscheinen dieser Mitarbeiter warten.

21 Siehe Art 263 AEUV.

22 Vgl etwa die Klage, eingereicht am 22.6.2010, registriert zu Rs T-274/10, *Suez Environnement und Lyonnaise des eaux France/Kommission*, veröffentlicht im ABl C 234 vom 28.8.2010, 78.

23 Vgl EuGH 18.5.1982, Rs C- 155/79, *AM & S Europe/Kommission*, Slg 1982, 1575 Rn 18 ff.

einer Ermittlung der Europäischen Kommission stehen, sind nicht erfasst.²⁴ Weiters lässt der Umstand allein, dass ein Schriftstück Gegenstand einer Besprechung mit einem Rechtsanwalt war, dieses nicht unter das *Legal Privilege* fallen. Vorbereitende Unterlagen fallen unter das *Legal Privilege*, wenn sie noch nicht mit einem Rechtsanwalt ausgetauscht bzw nicht erstellt worden sind, um als solche einem Rechtsanwalt übermittelt zu werden, sofern sie ausschließlich erstellt worden sind, um im Rahmen der Ausübung der Verteidigungsrechte eine rechtliche Beratung eines Rechtsanwalts anzufordern.²⁵ In diesem Zusammenhang hat die Europäische Kommission in ihrem *Best Practices*-Handbuch ausführlich zu ihrer Auslegung des *Legal Privilege* Stellung genommen.²⁶

In Österreich ist das *Legal Privilege* nicht anerkannt. Das bedeutet, dass die Bundeswettbewerbsbehörde berechtigt ist, auch Anwaltskorrespondenz einzusehen, wenn sie sich bei der Ausübung ihrer Befugnisse (allein) auf § 12 WettbG stützt und nicht hilfsweise für die Europäische Kommission auf Grundlage der VO 1/2003 tätig wird. Im Zusammenhang mit dem *Legal Privilege* sollten Unternehmen darauf achten, dass verteidigungsrelevante Korrespondenz mit externen Rechtsanwälten im Unternehmen ausdrücklich als solche gekennzeichnet und gesondert aufbewahrt wird, um im Fall einer Hausdurchsuchung gemäß VO (EG) 1/2003 vor Nachprüfungen durch die Europäische Kommission „sicher“ zu sein.

IV. Aufarbeitung

4.1 *Debriefing* der Mitarbeiter

Nach erfolgter Hausdurchsuchung sollte unbedingt ein *Debriefing* erfolgen, bei dem alle relevanten Mitarbeiter so schnell wie möglich über die Vorkommnisse bei der Hausdurchsuchung befragt werden und alle Informationen (Kommentare der Behördenmitarbeiter, Hinweise auf mögliche Zeugen, allenfalls aufgefundene kartellrechtlich bedenklichen Unterlagen etc) zentral gesammelt werden. Bei dieser Gelegenheit sollten erste Befragungen der betroffenen Mitarbeiter zum Untersuchungsgegenstand der Hausdurchsuchung erfolgen bzw die Mitarbeiter sollten aufgefordert werden, ihnen bekannte Wettbewerbsverstöße offen zu legen. Ziel des *Debrie-*

ing ist, dass sich der Durchsuchungsbeauftragte des Unternehmens so schnell wie möglich ein Bild davon machen kann, ob ein Wettbewerbsverstoß durch das Unternehmen vorliegt. Zu diesem *Debriefing* empfiehlt es sich, den externen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, weil dieser eine erste Risikoabschätzung abgeben kann und das weitere Vorgehen gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde zu besprechen ist, dh volle Kooperation bis hin zu einem Kronzeugenantrag, passive Kooperation oder Konfrontationskurs (letzteres ist in der Regel wenig zielführend für das Unternehmen, wird aber bei dauerlicherweise trotzdem nicht selten praktiziert).

4.2 Weitere Vorgangsweise im Verfahren

Die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung als Milderungsgrund (§ 30 zweiter Satz KartG) kommt Unternehmen zugute, die sich gegenüber der Kartellbehörde kooperativ verhalten, sie bei ihren Aufgaben unterstützen und damit im Ermittlungsverfahren einen spürbaren Beitrag zur Aufklärung der Zuwiderhandlung leisten. Die vom betreffenden Unternehmen gelieferten Informationen und sein sonstiges Verhalten müssen als Zeichen einer echten Zusammenarbeit angesehen werden können.²⁷ In Anlehnung an die europäische Praxis von Europäischer Kommission und Gerichtshof können Reduktionen je nach Zeitpunkt und Grad der Mitwirkung von bis zu 50% von der sonst zu verhängenden Geldbuße erfolgen. Mehrere Unternehmen, die gleichermaßen zur Aufklärung beitragen, sind gleich zu behandeln, sonst ist nach dem Aufklärungsbeitrag abzustufen.

4.3 Kronzeugenantrag?

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist abzuklären, welche Intensität die Kooperation mit der Bundeswettbewerbsbehörde haben soll und ob allenfalls sogar ein Kronzeugenantrag gestellt werden sollte.²⁸ Eine solche Entscheidung über die Intensität der Kooperation mit der Bundeswettbewerbsbehörde hat so rasch wie möglich zu erfolgen, weil Kronzeugenanträge erfahrungsgemäß zeitkritisch sind. Als Gegenleistung für die uneingeschränkte Offenlegung aller Informationen über ein

24 Dies gilt auch für die Korrespondenz mit Syndikusanwälten des Unternehmens, deren Position nach Ansicht des EuGH nicht mit jener externer Anwälte vergleichbar ist: Vgl dazu EuGH 14.9.2010, Rs C-550/07 P, *Akzo Nobel*, Rn 58.

25 EuGH 14.9.2010, Rs C-550/07 P, *Akzo Nobel*, Rn 123.

26 Bekanntmachung der Europäischen Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl C 308 vom 20.10.2011, S 6, Rn 51 ff.

27 Nowak in *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Kartellrecht² (2009) zu Art 23 VerfVO Rz 42 mwN in der Rsp des EuGH.

28 Zur Vorgangsweise beim Stellen eines Kronzeugenantrags vgl das Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 WettbG („leniency program“), veröffentlicht auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde, <http://www.bwb.gv.at/SiteCollectionDocuments/BWBleniency.pdf>. Ende November 2011 wurde ein überarbeitetes Handbuch der BWB veröffentlicht, in welchem Entwicklungen der Rsp des Kartellobergerichtes und der Europ. Gerichte Eingang gefunden haben.

geheimes Kartell kann dem Kronzeugen Straffreiheit (oder erheblicher Nachlass der Geldbußenhöhe, sofern der Behörde der Sachverhalt bereits bekannt ist) gewährt werden. Den Kartellteilnehmern wird auf diese Weise ein Anreiz gegeben, geheime Kartellabsprachen – zum Beispiel über Preise oder Aufteilung von Märkten – im Austausch für Bußgeldfreiheit oder Reduktion bei

der Kartellbehörde anzuzeigen. Sofern sich während der Hausdurchsuchung oder im Zuge von deren Aufarbeitung zeigt, dass der Wettbewerbsverstoß eine über Österreich hinausgehende Tragweite hat, ist auch zu prüfen, ob bei anderen Wettbewerbsbehörden im Ausland Kronzeugenanträge einzubringend sind, um dort ebenfalls eine Bußgeldbefreiung oder Reduktion zu erreichen.

Schlussbetrachtung

Im Vordergrund einer sorgfältigen und vorausschauenden Geschäftsführung sollte im Sinne der Präventionsmaxime die Vorbeugung und Vermeidung von Verstößen gegen das Kartellrecht stehen. *Compliance* Programme, die Maßnahmen zur Schulung der Mitarbeiter, zur Prävention und zur Aufdeckung von Kartellverstößen beinhalten, stellen zwar für sich keinen „Milderungsgrund“ im Fall von Kartellverstößen dar – sie wären dann eben offensichtlich nicht effizient genug –, demonstrieren allerdings die Bereitschaft der Unternehmensorgane, die kartellrechtlichen Vorschriften ernst zu nehmen (und entlasten diese damit uU von allfälligen zivil- bzw gesellschaftsrechtlichen Haftungen für das kartellrechtswidrige Verhalten ihrer Mitarbeiter). Hausdurchsuchungen stellen für Unternehmen regelmäßig eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar. Sie stören den Betriebsablauf und bergen das Risiko der Feststellung eines Kartellverstoßes. Im Rahmen

einer Hausdurchsuchung sollten betroffene Unternehmen die Rechtsgrundlage der Hausdurchsuchung (Hausdurchsuchungsbefehl) prüfen und versuchen, den Verfahrensgegenstand bzw vermuteten Kartellrechtsverstoß, aufgrund dessen ermittelt wird, zu identifizieren. Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, dass die Bundeswettbewerbsbehörde bzw die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Befugnisse tätig werden. Zu diesem Zweck ist eine möglichst lückenlose Dokumentation der von den Behörden eingesehenen Unterlagen und gesammelten Informationen erforderlich und die Beiziehung eines entsprechenden Rechtsanwaltes als Rechtsbeistand zu empfehlen. Nach Abschluss der Hausdurchsuchung sollten die Informationen über die Hausdurchsuchung rasch gesammelt werden. Dies dient der Aufbereitung der Grundlagen für die Entscheidung, ob allenfalls ein Kronzeugenantrag zur Erlangung (weitgehender) Straffreiheit eingebracht werden soll.

Modernizing the Principles of Antimonopoly Regulation as a Reflection of Modern Economic Trends

As part of a research recently completed by the authors¹, theoretical studies and the present practice of enforcement and investigation of antimonopoly cases in the USA and the EC – that allow to identify several principal positions, on which the modern system of antimonopoly regulation is based, – were summarized. These principles will be described in the following article.

By Irina Knyazeva / Olga Lukashenko

market players are changing dramatically, which is a reaction to the new challenges of economic globalization,

The modern stage of economic development generates game-changing conditions and incentives for activities of economic agents. The structures of relations between

1 Knyazeva I., Lukashenko O. Transformation of Antimonopoly Policy into the Policy of Protection of Competition in Modern Economic Conditions : a monograph – Novosibirsk, Russia, 2011.