



19. Competition Talk der BWB

Zum Thema: Hausdurchsuchungen

Am 26.11.2015 fand zum ersten Mal außerhalb Wiens ein Competition Talk der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) statt. Diesmal führte es die BWB in die steirische Landeshauptstadt Graz, wo in den Räumlichkeiten des Hotels Weitzer der bereits 19. Competition Talk zum Thema "Hausdurchsuchungen" abgehalten wurde.

Einleitung

Generaldirektor Dr. Thanner begrüßte die zahlreich erschienenen Gäste, sprach die Eröffnungsworte und übergab anschließend an Mag. Philipp Maunz, welcher als Moderator durch die Veranstaltung führte.

Die Redner waren Ass.-Prof. Mag. Dr. Viktoria Robertson, MJur (Karl-Franzens-Universität Graz), Dr. Axel Reidlinger (Rechtsanwalt) und Dr. Anastasios Xeniadis, LL.M. (BWB)



Impulsreferate

I. Das erste Referat übernahmen Dr. Anastasios Xeniadis (BWB) und Dr. Axel Reidlinger in Doppelconférence. Dr. Xeniadis führte zunächst aus, dass die BWB in den letzten 4-5 Jahren ihren Schwerpunkt bei Ermittlungshandlungen zusehends auf Hausdurchsuchungen gelegt hat. Dies deshalb, weil andere Ermittlungsinstrumente – wie etwa Einvernahmen und Auskunftsverlangen – als weniger zielführend erachtet wurden, um kartellrechtliche Verstöße aufzudecken, da Verstöße üblicherweise nicht freiwillig eingestanden werden bzw. die Unternehmen durch solche Ermittlungsinstrumente auch gewarnt werden, dass Ermittlungen laufen.

Dr. Xeniadis führte weiter aus, dass die BWB auch Rückenstärkung durch das Kartellobergericht (vgl. 16 Ok 5/11) bekam, welches bestätigte, dass eine Gleichrangigkeit unter den Ermittlungsinstrumenten herrsche. Die BWB müsse daher nicht vorab andere Ermittlungsinstrumente einsetzen, bevor sie eine Hausdurchsuchung beantragen könne. Selbst wenn Beweise oder Indizien für Zuwiderhandlungen bereits vorlägen, sei die BWB berechtigt, zusätzliche Beweise zu erheben und Auskünfte einzuholen, insb. solche, die es ermöglichen, das Ausmaß der Zuwiderhandlung, deren Dauer oder den Kreis der daran beteiligten Unternehmen genauer zu bestimmen.

Dr. Xeniadis erinnerte sich, dass es anfangs Schwierigkeiten in der Durchführung von Hausdurchsuchungen und erheblichen Widerstand seitens der Unternehmen gab. In letzter Zeit wurden die Unternehmen und auch die Anwälte kooperativer, was auch damit im Zusammenhang stand, dass beide Seiten sich besser kennenlernten und auch professioneller wurden.

Auch Dr. Reidlinger führte daraufhin aus, dass er sich an die *"erste Hausdurchsuchung der Neuzeit"* im Juni 2011 noch gut erinnern konnte. Davor gab es zwar bereits fast 10 Jahre das BWB-Ermittlungsinstrument Hausdurchsuchung, jedoch wurden in dieser Zeit nur höchstens fünf Hausdurchsuchungen durchgeführt. Im Vergleich: Alleine in den letzten viereinhalb Jahren führte die BWB 90 Hausdurchsuchungen durch. *"Eine beachtliche Zahl"*, so Dr. Reidlinger.

Dr. Reidlinger gab jedoch auch zu bedenken, dass es sich bei einer Hausdurchsuchung um einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre eines Unternehmens handle und es daher wichtig sei, grundrechtliche Voraussetzungen einzuhalten und genau prüfen zu lassen. Er unterstrich, dass sich die Stimmung bei den Hausdurchsuchungen aber sehr gewandelt habe. *"Obwohl es sich hierbei immer um einen ernsten Vorgang handle, sei ein sehr korrekter Umgang seitens der BWB zu beobachten. Es hat sich in den letzten 4 Jahren eine vernünftige Praxis entwickelt"* führte Dr. Reidlinger aus.

Als Tipps an die anwesenden Kollegen aus der Praxis erklärte Dr. Reidlinger, dass im Falle einer Hausdurchsuchung eine Kette an Maßnahmen eingehalten werden sollte. Zunächst sollte sowohl der Vorstand/Geschäftsführer, als auch ein Rechtsanwalt des Vertrauens verständigt werden. *"Es sei wichtig, stets Ruhe zu bewahren und Provokationen gegenüber den Mitarbeitern der Behörde zu vermeiden. Eine Hausdurchsuchung dauert oft mehrere Tage, da ist oft die erste halbe Stunde entscheidend für den weiteren Verlauf"*, so Dr. Reidlinger weiter.

Dr. Xeniadis übernahm wieder das Wort und fügte hinzu, dass auch der Rechtsschutz bei Hausdurchsuchungen stark sei. Ein Hausdurchsuchungsbefehl würde immer durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht und nicht durch die BWB ausgestellt (anders beispielsweise: Europäische Kommission und fast alle anderen europäischen Wettbewerbsbehörden). Die BWB stelle hier nur einen Antrag an das KG, diese prüfe den begründeten Verdacht und die Verhältnismäßigkeit, anschließend erlasse es den HD-Befehl oder weise den Antrag ab. Das Kartellgericht prüfe hier genau, und es habe in der Vergangenheit auch schon HD-Anträge der BWB abgelehnt.

Die Unternehmen könnten auf zwei Arten gegen Hausdurchsuchungen vorgehen. Zum einen gebe es bei exzessivem Handeln durch Mitarbeiter der BWB die sogenannte Maßnahmenbeschwerde, welche an das Bundesverwaltungsgericht zu richten sei. Bisher waren jedoch keine der Beschwerden erfolgreich, die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der BWB-Mitarbeiter wurde stets bestätigt.

Auf der anderen Seite könnten die Unternehmen inhaltlich gegen den Hausdurchsuchungsbefehl mittels Rekurs an den OGH als Kartellobergericht vorgehen. Gegenstand ist der vom HD-Befehl erteilte Ermächtigungsrahmen. Auch hier war bisher noch kein Rechtsmittel erfolgreich.

Dr. Reidlinger gab zu bedenken, dass es sehr wohl auch Rechtsschutzlücken gibt. Zum einen habe man aus den Verfahren zur Überprüfung der BWB-Hausdurchsuchung bei der Spar-Gruppe gesehen, dass mögliche „einfache Rechtsverletzungen“ des BWB-Durchsuchungsteams (Fehler bei Zustellung des HD-Befehls, Verstoß gegen Pflicht zur einleitenden Befragung) nicht mit einer Maßnahmenbeschwerde des Unternehmens an das BVerwG bekämpft werden könnten (VwGH iS Spar), weil diese nur bei Exzess zulässig sei. Auch der OGH als KOG war für die Geltendmachung solcher Fehler nicht zuständig, weil sich ein Rekurs gegen den HD-Befehl nicht gegen die tatsächliche Durchführung der HD richten konnte.

Dr. Xeniadis entgegnete, dass der Verfassungsgerichtshof kein verfassungsrechtliches Problem und somit keine Rechtsschutzlücke erkannt habe, wodurch er keinen Bedarf gesehen hatte, den Fall aufzugreifen.

Weiters plädierte Dr. Reidlinger zum Schutz der Korrespondenz zwischen Unternehmen und ihren Anwälten vor Einsichtnahme durch die BWB für eine gesetzliche Anerkennung des international respektierten „Anwaltsprivilegs“ (vgl. EuGH 2010, Akzo Nobel, C-550/07 P). Ebenfalls reformbedürftig sei nach Dr. Reidlinger auch der Umstand, dass bei Hausdurchsuchungen kein ausreichender Rechtsschutz gegen Erfassung von Unterlagen, die außerhalb des Anwendungsbereichs des HD-Befehls liegen würden – sog. „Out-of-scope-Dokumente“ gegeben sei.

Dr. Xeniadis ergänzte, dass Hausdurchsuchungen nicht nur bei Unternehmen, die eines Kartellrechts-Verstoßes verdächtig sind, sondern auch bei Dritten durchgeführt werden könnten. Es dürfe auch nach Informationsquellen gesucht werden, die noch nicht bekannt sein würden. Auch abgeschlossene Verhaltensweisen könnten untersucht werden (16 Ok 3/14). Ebenfalls könnten „verjährte“ Beweisunterlagen ausreichend sein, wenn sich kein Hinweis auf eine nachfolgende Distanzierung vom dort dokumentierten Verstoß ergäbe.

Den Ablauf einer Hausdurchsuchung erklärte Dr. Xeniadis folgendermaßen: Vorab fragen die Mitarbeiter der BWB allenfalls nach, ob das Unternehmen einer freiwilligen Nachschau zustimmen will. Bei Ablehnung eines solchen Vorschlags kommt es zur Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls. Die BWB müsse nicht auf das Erscheinen einer Vertrauensperson (z.B. Rechtsanwalt) warten. Auch könnten alle für die BWB relevanten Unterlagen kopiert werden. Der OGH führte nämlich dazu aus, dass das bloße Kopieren von Daten keine Beschlagnahme sei.

Dr. Reidlinger ergänzte, dass die Beiziehung eines Rechtsanwalts zur Hausdurchsuchung und – nach Möglichkeit (bei Bereitschaft der BWB) – das Warten auf dessen Eintreffen vor dem Beginn der Durchsuchung ratsam sei. Auch sollte nicht unüberlegt in eine freiwillige Nachschau eingewilligt werden, da dann kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehe. Eine freiwillige Nachschau könne aber als Kooperation mit der BWB gewertet werden, so dass jeweils im Einzelfall die Vor- und Nachteile abzuwägen sind.

Abschließend wurde die Schlussbesprechung bei Hausdurchsuchungen thematisiert, wo Dr. Xeniadis erklärte, dass die für die BWB relevanten Unterlagen nach der Sichtung kopiert, gestempelt und in einer gemeinsamen Sitzung mit dem Unternehmensleiter und dem Rechtsanwalt besprochen würden. Sinn sei es aber nicht jedes einzelne Dokument zu diskutieren. Man sollte sich auch in jeder Phase überlegen, ob nicht eine weitergehende Kooperation mit der BWB ratsam sei. Allen voran könnte man beispielsweise im Falle weiterer Hausdurchsuchungen bei anderen Unternehmen als Kronzeuge fungieren und bei Vorrangigkeit ohne oder mit einer geringeren Geldbuße rechnen können. Weiters könnte das Unternehmen im Rahmen eines Settlements das Verfahren beschleunigen und beenden.

II. Der zweite Vortrag wurde von Ass.-Prof. Dr. Viktoria Robertson, MJur gehalten, welche das Thema E-discovery im Kartellrecht, deren rechtliche Rahmenbedingungen sowie praktische Fragen dazu näher erläuterte.

„Electronic discovery“ bzw. „digital evidence gathering“ bedeute die Sicherstellung elektronischer/digitaler Beweise, zB in E-Mails, elektronischen Dokumenten, Messenger-Protokollen und anderen Quellen. *„Diese Art der Sicherstellung eröffnet herausragende Möglichkeiten im Zuge kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen“*, führte Prof. Robertson weiter aus.

Da es sich hierbei um ein Spannungsfeld der Interessen handle, würden sich auch immer wieder neue Rechtsfragen entwickeln, etwa: Darf die Wettbewerbsbehörde meine E-Mails durchsuchen? Wie sieht es mit dem Grundrechtsschutz aus? Sind Daten auf einer Cloud vor Zugriff geschützt? Darf forensische Software verwendet werden? Können Smartphones, Tablets, PCs von MitarbeiterInnen durchsucht werden? Sind private Geräte von MitarbeiterInnen vor Zugriff geschützt? Dürfen gelöschte Dokumente durchsucht werden?

Obwohl zahlreiche Rechtsfragen zur e-discovery noch offen seien, ließen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen aus unterschiedlichen Rechtsquellen ablesen. Einerseits Art. 20 Verordnung 1/2003 zur Durchführung der Art. 101 & 102 AEUV, weiters §§ 12, 14 WettbG, Art. 7 EU-Grundrechtecharta, Art. 8 EMRK sowie Gerichtsurteile, zB OGH, VwGH, EuG, EGMR und auch *soft law*.

Auch hat sich die Europäische Kommission dazu in einer *„Explanatory Note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003“* geäußert.

Ebenso ging das European Competition Network (ECN) mit der *„Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, including by Forensic Means“* und das International Competition Network (ICN) mit dem *„Anti-Cartel Enforcement Manual: Kapitel 3, Digital Evidence Gathering“*, auf dieses Thema ein.

Das ICN Anti-Cartel Enforcement Manual wies darauf hin, dass es weltweit sowohl rechtliche als auch technische Herausforderungen im Zusammenhang mit e-discovery gäbe. Beispielsweise die Befugnis zur digitalen Beweisaufnahme, den Umgang mit gesetzlich privilegierten und privaten digitalen Informationen sowie der physische Zugang zu digitalen Informationen. Bei Letzterem stellte sich auch die Frage, ob der Speicherort außerhalb des durchsuchten Unternehmens vom Durchsuchungsbefehl umfasst sei.

Dazu gäbe es derzeit zwei Zugänge, nämlich einerseits den *„Access approach“*, unter welchem nach dem Zugriffsprinzip auf all jene Daten zugegriffen werden kann, auf welche auch das zu untersuchende Unternehmen zugreifen kann, und andererseits den *„Location approach“*, unter welchem nur auf jene Daten zugegriffen wird, welche am Ort der Hausdurchsuchung lokal gespeichert sind.

Ein weiterer Problembereich laut Manual sei die Verwendung digitaler Beweise bei Gericht sowie große Datenmengen, welche eine Herausforderung für die Behörden darstellen würden.

Auch die ECN Recommendation unterstreiche die herausragende Rolle der IT auch bei Wettbewerbsbehörden. Alle ECN-Behörden könnten derzeit digitale Beweise aufnehmen, die Ausgestaltung variere jedoch.

Prof. Robertson schloss ihren Vortrag mit einem Überblick über die Rechtsprechung zur e-discovery:

Demnach zitierte sie den OGH als KOG in der Rechtssache Spar (16 Ok 8/13 & 16 Ok 9/13, 14. Februar 2014), wonach Spar die Übermittlung von IT-Daten verweigerte. Das Kartellgericht erweiterte den Hausdurchsuchungsbefehl auf jenen Standort, an dem die Daten gespeichert waren.

Ebenfalls in der Rechtssache Spar zitierte sie den VwGH (2014/04/0046 bis /0051, 22. April 2015), wo die Frage zu klären war, ob die e-discovery rechtlich gedeckt war. Der Hausdurchsuchungsbefehl des Kartellgerichts ordnete explizit „die Sicherstellung von physischen und elektronischen Kopien“ an, § 11a (1) Z 2 WettbG umfasse auch elektronische Unterlagen („Access approach“). Die Hausdurchsuchungsbefehle ordneten die Sicherstellung (auch) von elektronischen Kopien an, daher war auch der Einsatz von forensischer Software gedeckt (insb in Zusammenschau mit § 14 Abs 2 WettbG).

Des Weiteren verwies sie auf zwei Rechtssachen vor dem Europäischen Gericht (EUG 2012, *Nexans*, T-135/09 und *Prysmian*, T-140/09), in welchen Parteien (erfolglos) versuchten, rechtlich gegen die e-discovery-Methoden der Europäischen Kommission vorzugehen, sowie auf die EGMR-Rechtsprechung zu straf- und kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen (EGMR 2012, *Robathin v Österreich*, Rs 30457/06; EGMR 2015, *Vinci v Frankreich*, Rs 63629/10 & 60567/10). In diesen Rechtssachen betonte der EGMR einerseits die Notwendigkeit der Beachtung insb. von Art. 8 EMRK (Recht auf Privatsphäre), erkannte aber andererseits e-discovery als notwendiges Untersuchungsinstrument im Rahmen kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen an.

III. Nach einer Diskussionsrunde leitete Generaldirektor Dr. Thanner das Ende der Veranstaltung ein und bekräftigte die Wichtigkeit solcher Informations- und Präventionsveranstaltungen wie den Competition Talk. Prävention sei ein sehr wichtiges Instrument um vor kartellrechtswidrigem Verhalten zu schützen. Immer wichtiger würde in diesem Zusammenhang auch die Compliance in den Unternehmen werden. Es sei jedoch wichtig, dass die Compliance qualitätsvoll durchgeführt werde, nur dann sei diese auch effektiv.

Zum Abschluss wandte sich Dr. Thanner aktuellen Themen zu, mit denen sich die BWB derzeit beschäftige. Zum einen war die Zielpunkt-Insolvenz im Fokus seiner Ausführungen. Diese betreffe über 2.500 Mitarbeiter. Es wurden bereits Gespräche mit diversen Teilnehmern geführt um in einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise bestmögliche Lösungen zu erarbeiten. Auch würde es wenn nötig ein weiteres Monitoring in der Branche geben, um die Entwicklungen zu beobachten.

Zum anderen sprach Dr. Thanner den Glückspielsektor an, wo derzeit die Übernahme der Casinos Austria durch Novomatic in Vorbereitung stehe. Auch hier würden bereits intensive Gespräche mit allen Teilnehmern geführt um den Markt bestmöglich kennenzulernen.

Der dritte Bereich betraf den Online-Handel, welcher nach wie vor im Fokus der BWB stehe. Dr. Thanner merkte hier an, dass man in einem einfachen Selbstversuch nur ein beliebiges Produkt auf einer Online-Preisvergleichsseite eingeben müsste um zu sehen, dass oft mehrere Anbieter über einen langen Zeitraum hinweg den exakt identen Preis hätten. Dies könne ein Hinweis auf Preisabsprachen sein. Zuletzt erwähnte Dr. Thanner auch den Mediensektor, welcher hochkonzentriert sei und unter Beobachtung durch die BWB stünde.

Abschließend bedankte und verabschiedete sich GD Dr. Thanner bei den Vortragenden und Gästen des 19. Competition Talk.

- Vortragsunterlagen Prof. Robertson PPTX 292kB
- Vortragsunterlagen Dr. Reidlinger PPTX 585kB
- Vortragsunterlagen Dr. Xeniadis PPT 213kB

© Bundeswettbewerbsbehörde, A-1020 Wien, Praterstraße 31, Tel. +43/1/24508-0