

1. Beginn der Hausdurchsuchung

a) Ankunft der BWB

- 128** Um für keine unnötige Unruhe zu sorgen, ist die BWB bemüht, bei ihrem Eintreffen so wenig Mitarbeiter des Unternehmens wie möglich über den wahren Grund des „Besuches“ aufzuklären. Gegenüber dem Empfang, der Rezeption oder jeder anderen Person, die die Mitarbeiter der BWB in Empfang nimmt, wird daher oft nicht kommuniziert, dass der Grund des Besuches eine Hausdurchsuchung ist. Vielmehr sagen die Mitarbeiter der BWB etwa, dass sie ein Schriftstück des OLG Wien (damit ist der Hausdurchsuchungsbefehl gemeint) zustellen möchten, und fragen in der Regel nach der Geschäftsführung oder dem Rechtsabteilungsleiter.²⁵⁹⁾ Wenn diese Personen nicht anwesend sind, wird nach deren jeweiligen Vertretern gefragt.
- 129** Die Mitarbeiter der BWB können sich gegen den Willen des Unternehmens nicht selbst Zugang zum Unternehmen verschaffen. Zwangsmaßnahmen (wie etwa die zwangsweise Herausgabe von Unterlagen oder die zwangsweise Öffnung von Räumlichkeiten) sind nur durch Sicherheitskräfte zulässig. Die Mitarbeiter der BWB können daher bei einer Hausdurchsuchung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdiensts begleitet werden (§ 14 WettbG).²⁶⁰⁾

Praxistipp

Beim Empfang oder an dem Ort des Unternehmens, an dem die Mitarbeiter der BWB sich anmelden müssen, sollte eine Liste mit den wichtigsten Kontakten und Verhaltensanweisungen bei Hausdurchsuchungen hinterlegt sein. Dem Dokument sollte die die Mitarbeiter der BWB in Empfang nehmende Person rasch entnehmen können, welche Vertreter und Mitarbeiter des Unternehmens (und in welcher Reihenfolge) und welcher Rechtsanwalt kontaktiert werden sollen. Auf Unternehmensseite sollte insbesondere die Geschäftsleitung, (sofern vorhanden) die Rechtsabteilung und ein Vertreter der IT-Abteilung informiert werden.

Gegenüber der BWB ist dabei volle Transparenz zu wahren, dh gegenüber der BWB sollte kommuniziert werden, wer im Sinne des vorab festgelegten Kommunikationsplans kontaktiert wird. Keinesfalls darf der Eindruck entstehen, dass das Unternehmen ein anderes Unternehmen vor einer Hausdurchsuchung warnen möchte.

b) Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls

- 130** Die Durchführung der Hausdurchsuchung obliegt der BWB, die den Hausdurchsuchungsbefehl den in § 11a Abs 2 WettbG angeführten Personen (Inhaber des Unternehmens und dessen Vertreter, bei juristischen Personen die zur Vertretung berufenen Organe) sogleich oder innerhalb von 24 Stunden ab Beginn der Hausdurchsuchung zuzustellen hat (§ 12 Abs 3 WettbG).

²⁵⁹⁾ *Tresnak/Becka*, ÖZK 2016, 14.

²⁶⁰⁾ *Thyri*, Kartellrechtsvollzug Rz 226.

Der Fristenlauf für die 24 Stunden knüpft an den Beginn der Hausdurchsuchung an und nicht an die Anordnung durch das Kartellgericht.²⁶¹⁾ Ein allfälliges mehrwöchiges Abwarten der BWB zwischen der Anordnung durch das Kartellgericht und der Durchführung der Hausdurchsuchung kann daher in besonderen Fällen unerheblich sein. So entschied der OGH etwa, dass bei einem Zeitraum von zwei Monaten und drei Wochen zwischen der Erlassung des Hausdurchsuchungsbefehls und dessen tatsächlichem Vollzug zu berücksichtigen sei, dass dieser Zeitraum in die allgemeine Urlaubszeit gefallen sei sowie dass die gleichzeitige Hausdurchsuchung an bis zu acht Standorten einer gewissen Vorbereitungszeit und einer Abstimmung mit der Wirtschaftspolizei, den Landeskriminalämtern und dem Bundeskriminalamt bedurft habe.²⁶²⁾

Gegen den Hausdurchsuchungsbefehl steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen.²⁶³⁾ Der Rekurs hat keine aufschiebende Wirkung. Selbst wenn das Unternehmen der BWB daher zu Beginn der Hausdurchsuchung die Absicht mitteilt, einen Rekurs beim Kartellgericht einzubringen, kann die BWB trotzdem die Hausdurchsuchung durchführen.

131

Praxistipp

Sobald der Hausdurchsuchungsbefehl zugestellt ist, sollten Kopien insbesondere für die Geschäftsleitung, die Rechtsabteilung und die „Schatten“ angefertigt werden. Jenen Personen, die sich (noch) nicht im Unternehmen befinden (insbesondere den Rechtsanwälten), sollte der Hausdurchsuchungsbefehl per Fax oder per E-Mail übermittelt werden.

c) Vorbesprechung

Außer bei Gefahr in Verzug findet eine Befragung zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung gemäß § 12 Abs 5 WettbG statt. Gefahr in Verzug kann etwa angenommen werden, wenn die Gefahr besteht, dass Geschäftsunterlagen vernichtet, verbracht oder geändert werden.²⁶⁴⁾

132

Im Rahmen der Befragung klärt die BWB insbesondere ab, ob es sich um das richtige Unternehmen (dh den Adressaten des Hausdurchsuchungsbefehls) handelt. Ferner sollte im Rahmen der Vorbesprechung auch geklärt werden, welche Unterlagen Gegenstand der behördlichen Ermittlungen sind und wo sich diese befinden. Die BWB ist in der Regel bereit, den bestehenden Verdacht sowie den anwendbaren Rechtsrahmen zu erläutern und generelle Auskünfte zu geben, wie etwa gegen wen sich die Untersuchung richtet.²⁶⁵⁾

²⁶¹⁾ BVwG 31. 7. 2014, W138 2002756-1.

²⁶²⁾ OGH (als KOG) 20. 12. 2011, 16 Ok 7-13/11.

²⁶³⁾ Siehe dazu Kapitel III.D.2.

²⁶⁴⁾ *Wessely/Xeniadis/Diem*, Hausdurchsuchungen durch Wettbewerbsbehörden – Rechte und Pflichten Betroffener, ÖZK 2012, 131 (132).

²⁶⁵⁾ *Xeniadis*, Klarstellungen des KOG zur Versiegelung gemäß § 12 Abs 5 WettbG, ÖZK 2012, 191 (198).

Im Rahmen der Vorbesprechung geben die Mitarbeiter der BWB auch bekannt, welche Mitarbeiter des Unternehmens im Fokus der Hausdurchsuchung stehen. Diese Benennung kann entweder abstrakt erfolgen (zB Vertriebsmannschaft für eine bestimmte Produktgruppe) oder es werden konkrete Mitarbeiter genannt. Sofern die BWB etwa aufgrund eines Kronzeugenantrags bereits über umfangreiche Informationen zu den involvierten Mitarbeitern verfügt, bezieht sie sich oft gleich auf diese.

In der Regel stellt die BWB im Rahmen der Vorbesprechung Fragen zur IT des Unternehmens. Es sollte daher bei der Vorbesprechung ein Mitarbeiter des Unternehmens teilnehmen, der einen Überblick über die IT-Landschaft geben kann. Im Mittelpunkt des Interesses stehen vor allem die verwendete Hardware (zB ob die betroffenen Mitarbeiter auch Laptops oder Tablets verwenden) und die Speicher- und Archivierungslogik des Unternehmens.

Praxistipp

Die Vorbesprechung sollte in einem Besprechungsraum stattfinden, in dem ungestört und ohne Einsichtsmöglichkeiten für Dritte gesprochen werden kann. Dieser Raum sollte den Mitarbeitern der BWB auch für die gesamte Dauer der Hausdurchsuchung zur Verfügung stehen. Der Raum sollte auch im „Notfallplan“ des Unternehmens festgelegt sein. Sofern die BWB allerdings nach einem anderen Raum verlangt, ist dem nachzukommen.

Die Vorbesprechung sollte intern protokolliert werden, da die BWB zu diesem Zeitpunkt oft bereits für den weiteren Verfahrenslauf wesentliche Informationen bekannt gibt.

Spätestens bei der Vorbesprechung gibt die BWB bekannt, welcher der Mitarbeiter der BWB der Einsatzleiter der Hausdurchsuchung ist. Der Einsatzleiter fungiert als „single point of contact“, dh an ihn sind (über den hinzugezogenen Rechtsanwalt) alle Fragen von Unternehmensseite zu richten.

Bei Abschluss der Vorbesprechung sollte festgelegt sein, welche Mitarbeiter des Unternehmens und welche Vertreter der unterstützenden Rechtsanwaltskanzlei die einzelnen Mitarbeiter der BWB ständig begleiten. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass stets ein Überblick besteht, wo und wie sich die Hausdurchsuchung aktuell gestaltet, welcher Beamte welche Unterlagen sichtet und welche Fragen er stellt. Jede Begleitperson („Schatten“) hat ein eigenes laufendes Protokoll zu führen.

Zumindest ein IT-Mitarbeiter sollte abgestellt werden, der sich um die IT-Anfragen der BWB kümmert. Die Mitarbeiter, die diese Funktion wahrnehmen, sollten im Vorfeld vom Unternehmen oder seinen Rechtsberatern geschult worden sein, damit die Rechte und Pflichten des Unternehmens auch von der IT vollumfänglich wahrgenommen werden können.

- 133** Dem Unternehmen wird zu Beginn der Hausdurchsuchung meistens mitgeteilt, dass das Vernichten von Daten oder Unterlagen ein Erschwerungsgrund im Geldbußenverfahren

darstellt und dass niemand außerhalb des Unternehmens darüber informiert werden darf, dass eine Hausdurchsuchung stattfindet. In der Vorbesprechung sollte auch bereits mit den Mitarbeitern der BWB abgeklärt werden, welcher Personenkreis im Unternehmen über die Hausdurchsuchung informiert werden darf. Denn je nach Größe des Unternehmens und der Abgrenzbarkeit der unterschiedlichen Geschäftsbereiche und Abteilungen kann es jedenfalls sinnvoll sein, nur die betroffenen Mitarbeiter oder die betroffene Abteilung zu informieren. Eine solche Einschränkung reduziert automatisch das Risiko, dass Informationen über die Hausdurchsuchung das Unternehmen verlassen.

Praxistipp

Den Mitarbeitern, deren Büros von der BWB durchsucht werden und die daher Kenntnis von der Hausdurchsuchung haben, muss umgehend mitgeteilt werden, dass sie niemanden außerhalb des Unternehmens (insbesondere nicht Mitarbeiter von Unternehmen, die auch in die kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen involviert sein könnten) über die Hausdurchsuchung informieren und damit „warnen“ dürfen. Sofern Treffen oder Kontakte mit solchen Unternehmen unmittelbar bevorstehen, sollte mit der BWB abgeklärt werden, wie sich die Mitarbeiter in diesen Meetings verhalten sollen. Gerade wenn die (möglicherweise) kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen noch andauern, ist zu beachten, dass das kartellrechtswidrige Verhalten auch nur in enger Abstimmung mit der BWB eingestellt werden sollte.

Auch bei Kontakten mit der Presse ist besondere Vorsicht geboten. Vom Unternehmen dürfen keine Mitteilungen über die Hausdurchsuchung an die Presse erfolgen. Auch auf Anfragen der Presse darf nicht ohne Befassung der BWB reagiert werden. Pressemitteilungen müssen daher jedenfalls mit der BWB abgestimmt werden, da ansonsten der Erfolg von möglicherweise parallelen Ermittlungstätigkeiten gefährdet werden könnte und eine nicht abgestimmte Kommunikation als Erschwerungsgrund im Geldbußenverfahren berücksichtigt werden könnte.²⁶⁶⁾

d) Beiziehung eines Rechtsanwalts

Das Unternehmen (im Fall einer Hausdurchsuchung bei einer Privatperson diese) hat das Recht, im Zuge einer Hausdurchsuchung eine Vertrauensperson (in der Regel handelt es sich hierbei um einen Rechtsanwalt) zuzuziehen.²⁶⁷⁾ Dieses Recht geht aber nicht so weit, dass die BWB verpflichtet ist, mit dem Beginn der Hausdurchsuchung zu warten, bis der Rechtsanwalt (oder eine andere Vertrauensperson) eingelangt ist. In der Regel wartet die BWB aber für eine kurze Zeit (etwa 30 Minuten) mit dem Beginn der Hausdurchsuchung.²⁶⁸⁾

134

²⁶⁶⁾ Harsdorf Enderndorf/Rihs/Xeniadis in Matousek/Müller/Thanner, Jahrbuch Kartellrecht 2011, 185.

²⁶⁷⁾ § 12 Abs 4 WettbG.

²⁶⁸⁾ Harsdorf Enderndorf/Rihs/Xeniadis in Matousek/Müller/Thanner, Jahrbuch Kartellrecht 2011, 185.

Die Hausdurchsuchung kann daher auch ohne Rechtsanwalt beginnen.²⁶⁹⁾ Die Mitarbeiter der BWB warten in der Regel zumindest solange auf das Einlangen eines Rechtsanwalts, bis Mitarbeiter befragt werden und nehmen in der Zwischenzeit allenfalls nur eine Sicherung und erste Sichtung von Unterlagen vor.²⁷⁰⁾

Praxistipp:

Jedenfalls sollte dem Rechtsanwalt per E-Mail ein Scan des Hausdurchsuchungsbefehls geschickt werden, damit sich dieser rasch einen Überblick über den Untersuchungsgegenstand verschaffen kann.

Es hat sich zudem bewährt, den (bereits auf dem Weg befindlichen) Rechtsanwalt telefonisch zur Vorbesprechung dazuzuschalten. Dadurch wird gewährleistet, dass trotz (physischer) Abwesenheit des Rechtsanwalts in der Vorbesprechung die nächsten Schritte in Abstimmung zwischen BWB und dem sachkundigen Rechtsberater bereits in die richtigen Bahnen gelenkt werden. Zudem gibt es dem Unternehmen Gelegenheit, noch einmal kurz zusammengefasst die wichtigsten Handlungsanweisungen von seinem Rechtsanwalt zu erhalten.

e) Freiwillige Nachschau

- 135** Unter Umständen bietet die BWB vor Beginn einer Hausdurchsuchung dem Unternehmen an, anstelle der Hausdurchsuchung eine sogenannte freiwillige Nachschau im Sinne des § 11a Abs 1 WettbG durchzuführen.²⁷¹⁾ In diesen Fällen verfügt die BWB in der Regel zwar über einen Hausdurchsuchungsbefehl, macht von diesem (im Fall der Einwilligung durch das betroffene Unternehmen) aber nicht Gebrauch.

Eine freiwillige Nachschau unterscheidet sich von einer Hausdurchsuchung dadurch, dass sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann. Vielmehr basiert diese auf der freiwilligen Kooperation des Unternehmens. Zu beachten ist, dass durch das Zulassen einer freiwilligen Nachschau der bestehende Hausdurchsuchungsbefehl konsumiert wird und sich die Behörde später (dh bei einer anderen Gelegenheit) nicht mehr auf denselben Hausdurchsuchungsbefehl stützen kann, um weitere Untersuchungen durchzuführen.²⁷²⁾

Dem OGH zufolge bestehen für die BWB keine besonderen Belehrungspflichten, sofern einer freiwilligen Nachschau zugestimmt wird. Inwiefern eine solche Nachschau tatsächlich freiwillig ist, lässt sich im Einzelfall aber natürlich bezweifeln: Eine Nachschau wird

²⁶⁹⁾ Vgl Müller in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 12 WettbG Rz 30; *Stempkowski/Hesse*, Checklist Kartellrechtliche Hausdurchsuchung, *ecolex* 2008, 342.

²⁷⁰⁾ *Tresnak*, ÖZK 2014, 226.

²⁷¹⁾ *Tresnak/Becka*, ÖZK 2016, 14.

²⁷²⁾ Sofern die BWB (vorsichtshalber) daher einen Hausdurchsuchungsbefehl erwirkt hat, von diesem aber schließlich nicht Gebrauch macht, weil das Unternehmen in eine freiwillige Nachschau einwilligt, so widerruft das Kartellgericht den Hausdurchsuchungsbefehl (vgl z B OGH [als KOG] 20. 11. 2011, 16 Ok 7-13/11), das Außerkrafttreten des Hausdurchsuchungsbefehls ist aber nicht von einem solchen Widerruf abhängig.

selten freiwillig sein, wenn Sicherheitsbeamte vor der Tür stehen.²⁷³⁾ Aus unserer Sicht sollte die BWB daher jedenfalls (gerade für nicht anwaltlich vertretenen Unternehmen) eine Belehrung über die Folgen einer „freiwilligen Nachschau“ vornehmen. Dies entspricht der allgemeinen Rechtspflicht der BWB, gemäß § 13a AVG (iVm § 11 Abs 2 WettbG) Mitarbeiter und Unternehmen, die nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten sind, über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.²⁷⁴⁾

Gegen eine freiwillig zugelassene Nachschau bestehen keine Rechtsschutzmöglichkeiten. Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich eher von der Zustimmung zu einer freiwilligen Nachschau abzuraten,²⁷⁵⁾ da es aus der Sicht des Unternehmens keinen Nachteil gibt, wenn eine formelle Hausdurchsuchung und eben keine freiwillige Nachschau stattgefunden hat. In Erwägung könnte theoretisch gezogen werden, dass das (aus Sicht der BWB) kooperative Verhalten des Unternehmens in einem allfälligen späteren Geldbußenverfahren als Milderungsgrund bei der Geldbußenbemessung berücksichtigt wird.²⁷⁶⁾ In der Praxis hat die freiwillige Nachschau bislang primär dann eine Rolle gespielt, wenn die BWB im Rahmen einer genehmigten Hausdurchsuchung den Hausdurchsuchungsbefehl (räumlich oder sachlich) hätte erweitern lassen müssen. Hat ein Unternehmen bislang in einem solchen Fall der freiwilligen Nachschau im Hinblick auf den erweiterten Bereich zugestimmt, wurde dies von der Behörde im Rahmen der Geldbußenbemessung als Milderungsgrund berücksichtigt.

136

2. Untersuchungsgegenstand

Gemäß § 11 Abs 1 WettbG sind Gegenstand und Zweck der Hausdurchsuchung im Hausdurchsuchungsbefehl anzugeben. In diesem Zusammenhang spricht man vom sogenannten „Untersuchungsgegenstand“.

137

Zudem sind im Hausdurchsuchungsbefehl der Adressat (sämtliche betroffene Unternehmen und gegebenenfalls Tochterunternehmen) und die zu durchsuchenden Räumlichkeiten (etwa betroffene Firmensitze, Wohnungen, Transportmittel) zu bezeichnen.²⁷⁷⁾ Bei Gesellschaften, an die der Hausdurchsuchungsbeschluss nicht explizit gerichtet ist, kann keine Hausdurchsuchung stattfinden, auch wenn die Gesellschaften mit den Adressaten des Hausdurchsuchungsbefehls einen Konzern bilden.²⁷⁸⁾

²⁷³⁾ OGH [als KOG] 20. 12. 2011, 16 Ok 7-13/11.

²⁷⁴⁾ § 11 Abs 2 WettbG: Die Bundeswettbewerbsbehörde ist befugt, sich unter sinngemäßer Anwendung des AVG BGBl 1991/51, Sachverständiger zu bedienen sowie Zeugen und Beteiligte heranzuziehen. Die §§ 7, 9–16, 18–20, 45 Abs 1 und 2, §§ 46–51, 54, 55, 74 Abs 1, § 75 Abs 1 und 2 sowie die Abschnitte 4, 5 und 6 des I. Teiles des AVG sind anzuwenden.

²⁷⁵⁾ *Rittenauer/Ionescu*, Hausdurchsuchungen durch die Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2014, 976 (977).

²⁷⁶⁾ Vgl *Xeniadis/Harsdorf*, *ÖZK* 2012, 24.

²⁷⁷⁾ *Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian*, *KartG* 2005 § 12 WettbG Rz 23.

²⁷⁸⁾ VfGH 1. 12. 2012, B 619/12.