Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 12. Februar 2015[1]

Rechtssache C-583/13 P

Deutsche Bahn AG,
DB Mobility Logistics AG,
DB Energie GmbH,
DB Netz AG,
DB Schenker Rail GmbH,
DB Schenker Rail Deutschland AG,
Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS)
gegen

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Art. 20 Abs. 4 und Art. 28 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates — Nachprüfungsbefugnisse der Kommission — Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung — Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz — Rechtsprechung Dow Benelux — Beweislast — Folgen einer von der Kommission rechtswidrig vorgenommenen Suche“

1. Der Rechtsschutz bei ungerechtfertigten Wohnungsdurchsuchungen durch Vollzugsbehörden gilt generell als einer der Grundsätze, die auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhende Gesellschaften von anderen, eher repressiven Regierungsformen unterscheiden.

2. Allgemein anerkannt ist jedoch auch, dass selbst in Rechtsgemeinschaften wie der Europäischen Union Behörden über wirksame Ermittlungsbefugnisse verfügen müssen, um mutmaßlichen Zuwiderhandlungen nachgehen zu können.

3. Die Gesetzgebung muss daher ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Recht auf Achtung der Privatsphäre auf der einen Seite und einem wirksamen Rechtsvollzug auf der anderen Seite herstellen.

4. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, ob im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Union das richtige Verhältnis zwischen dem Erfordernis wirksamer Ermittlungsmöglichkeiten und dem Recht auf Schutz vor ungerechtfertigten Durchsuchungen gewahrt ist. Im Einzelnen hat sich der Gerichtshof mit den beiden folgenden Fragen zu befassen: (i) Ist die aktuelle Regelung für Nachprüfungen nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003[2] mit den Art. 7 und 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) vereinbar? (ii) Welche Folgen ergeben sich im Rahmen dieser Regelung aus einer von der Kommission rechtswidrig vorgenommenen Suche?

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Verordnung des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

I – **Rechtlicher Rahmen**

5. Art. 20 („Nachprüfungsbefugnisse der Kommission“) der Verordnung Nr. 1/2003 lautet:

„(1) Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen.

(2) Die mit den Nachprüfungen beauftragten Bediensteten der Kommission und die anderen von ihr ermächtigten Begleitpersonen sind befugt,

a) alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel der Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zu betreten,

b) die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen, unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen, zu prüfen,

c) Kopien oder Auszüge gleich in welcher Form aus diesen Büchern und Geschäftsunterlagen anzufertigen oder zu verlangen,

…

(4) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind verpflichtet, die Nachprüfungen zu dulden, die die Kommission durch Entscheidung angeordnet hat. Die Entscheidung bezeichnet den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung, bestimmt den Zeitpunkt des Beginns der Nachprüfung und weist auf die in Artikel 23 und Artikel 24 vorgesehenen Sanktionen sowie auf das Recht hin, vor dem Gerichtshof Klage gegen die Entscheidung zu erheben. …

…

(6) Stellen die beauftragten Bediensteten der Kommission und die anderen von ihr ermächtigten Begleitpersonen fest, dass sich ein Unternehmen einer nach Maßgabe dieses Artikels angeordneten Nachprüfung widersetzt, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat die erforderliche Unterstützung, gegebenenfalls unter Einsatz von Polizeikräften oder einer entsprechenden vollziehenden Behörde, damit die Bediensteten der Kommission ihren Nachprüfungsauftrag erfüllen können.

(7) Setzt die Amtshilfe nach Absatz 6 nach einzelstaatlichem Recht eine gerichtliche Genehmigung voraus, so ist diese zu beantragen. Die Genehmigung kann auch vorsorglich beantragt werden.

(8) Wird die in Absatz 7 genannte Genehmigung beantragt, so prüft das einzelstaatliche Gericht die Echtheit der Entscheidung der Kommission sowie, ob die beantragten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich und, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, nicht unverhältnismäßig sind. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahmen kann das einzelstaatliche Gericht von der Kommission unmittelbar oder über die Wettbewerbsbehörde des betreffenden Mitgliedstaats ausführliche Erläuterungen anfordern, und zwar insbesondere zu den Gründen, die die Kommission veranlasst haben, das Unternehmen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel [101 oder 102 des AEU-Vertrags] zu verdächtigen, sowie zur Schwere der behaupteten Zuwiderhandlung und zur Art der Beteiligung des betreffenden Unternehmens. Das einzelstaatliche Gericht darf jedoch weder die Notwendigkeit der Nachprüfung in Frage stellen noch Auskünfte aus den Akten der Kommission verlangen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ist dem Gerichtshof vorbehalten.“

6. Art. 28 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 bestimmt ferner:

„Unbeschadet der Artikel 12 und 15 dürfen die gemäß den Artikeln 17 bis 22 erlangten Informationen nur zu dem Zweck verwertet werden, zu dem sie eingeholt wurden."

II – **Vorgeschichte des Verfahrens**

7. Im Jahr 2011 erließ die Kommission drei Beschlüsse, mit denen jeweils eine Nachprüfung in den Räumlichkeiten der Deutschen Bahn AG und mehrerer ihrer Tochterunternehmen (DB Mobility Logistics, DB Netz AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG und Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH) (zusammen im Folgenden: Deutsche Bahn oder Rechtsmittelführerinnen) angeordnet wurde. Die Deutsche Bahn ist ein Unternehmen, das in den Bereichen nationaler und internationaler Güter- und Passagierverkehr, Logistik und Nebenleistungen im Schienenverkehr tätig ist.

8. Der erste Nachprüfungsbeschluss [3] wurde der Deutschen Bahn am 29. März 2011 bekannt gegeben, als die Inspektoren der Kommission Zugang zu den Räumlichkeiten der Deutschen Bahn in Berlin, Frankfurt am Main und Mainz (Deutschland) verlangten. Der Beschluss betraf eine möglicherweise nicht gerechtfertigte bevorzugte Behandlung, die die DB Energie GmbH anderen Tochtergesellschaften der Deutschen Bahn in Form eines Rabattsystems für die Lieferung von Bahnstrom zukommen lässt (im Folgenden: erste mutmaßliche Zuwiderhandlung).

9. Bei den Nachprüfungen stießen die Inspektoren der Kommission in den Geschäftsräumen der Deutschen Bahn auf Dokumente, die nach Einschätzung der Kommission möglicherweise auf ein weiteres wettbewerbswidriges Verhalten schließen ließen (im Folgenden: DUSS-Dokumente); dementsprechend wurde der Deutschen Bahn noch während der ersten Nachprüfung am 31. März 2011 ein weiterer Nachprüfungsbeschluss (im Folgenden: zweiter Nachprüfungsbeschluss) bekannt gegeben. Der zweite Nachprüfungsbeschluss betraf mutmaßliche Wettbewerbsverstöße der Deutschen Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (im Folgenden: DUSS) durch strategischen Einsatz der von der Deutschen Bahn verwalteten Infrastruktur (im Folgenden: zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung) [4].

10. Die erste und die zweite Nachprüfung endeten am 31. März bzw. 1. April 2011.

11. In der Folgezeit wurde ein weiterer Nachprüfungsbeschluss [5] (im Folgenden: dritter Nachprüfungsbeschluss) erlassen und der Deutschen Bahn am 26. Juli 2011 bekannt gegeben. Die dritte Nachprüfung bezog sich ebenfalls auf mutmaßliche Zuwiderhandlungen von DUSS. Sie fand in der Zeit vom 26. bis 29. Juli 2011 statt.

III – **Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil**

12. Im Anschluss an die Nachprüfungen erhob die Deutsche Bahn beim Gericht Klagen gegen die Kommission und beantragte die Nichtigerklärung der drei Nachprüfungsbeschlüsse (im Folgenden: streitige Beschlüsse) mit der Begründung, diese verletzten ihr Recht auf Achtung der Privatsphäre, ihr Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, die Verteidigungsrechte sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3 — Beschluss K (2011) 1774 vom 14. März 2011.

4 — Beschluss K (2011) 2365 vom 30. März 2011.

5 — Beschluss K (2011) 5230 vom 14. Juli 2011.

13. Am 6. September 2013 wies das Gericht mit seinem Urteil Deutsche Bahn u. a./Kommission (T-289/11, T-290/11 und T-521/11)[6] (im Folgenden: angefochtenes Urteil) die Klagen insgesamt kostenpflichtig ab.

IV – **Verfahren vor dem Gerichtshof und Rechtsmittelanträge**

14. Mit ihrem am 18. November 2013 beim Gerichtshof eingereichten Rechtsmittel beantragen die Rechtsmittelführerinnen,

— das angefochtene Urteil aufzuheben;

— die streitigen Beschlüsse für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

15. Die Kommission beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.

16. Die spanische Regierung und die EFTA-Überwachungsbehörde haben Schriftsätze zur Unterstützung der Anträge der Kommission eingereicht und mit den Rechtsmittelführerinnen und der Kommission an der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 2014 teilgenommen.

V – **Würdigung der Rechtsmittelgründe**

17. Die Rechtsmittelführerinnen führen vier Rechtsmittelgründe an, die ich nacheinander prüfen werde. Zunächst werde ich kurz einige wesentliche Merkmale der in der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehenen Regelung für Nachprüfungen darstellen.

A – *Einführung*

18. Ob eine Nachprüfung in den Räumlichkeiten eines Unternehmens durch die Kommission rechtmäßig ist, hängt vom Inhalt des Beschlusses ab, mit dem die Kommission das Unternehmen zur Duldung der Nachprüfung verpflichtet. Nach Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 „bezeichnet [der Beschluss] den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung“. Dementsprechend hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission grundsätzlich möglichst genau anzugeben habe, wonach gesucht werde und auf welche Punkte sich die Nachprüfung beziehen solle, sie brauche sich jedoch nicht auf eine genaue Abgrenzung des relevanten Marktes, die exakte rechtliche Qualifizierung der vermuteten Zuwiderhandlungen oder den Zeitraum festzulegen, in dem diese Zuwiderhandlungen begangen worden sein sollen[7]. Diese spezielle Begründungspflicht stellt nach durchgängig vertretener Auffassung des Gerichtshofs „insofern ein grundlegendes Erfordernis dar, als dadurch nicht nur die Berechtigung des beabsichtigten Eingriffs in den betroffenen Unternehmen aufgezeigt werden soll, sondern auch diese Unternehmen in die Lage versetzt werden sollen, den Umfang ihrer Mitwirkungspflicht zu erkennen und zugleich ihre Verteidigungsrechte zu wahren“[8].

6 — EU:T:2013:404.

7 — Vgl. u. a. Urteil Nexans und Nexans France/Kommission (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

8 — Ebd. (Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19. Im Gegensatz zu ihren Verpflichtungen in Bezug auf nicht gewerbliche Räumlichkeiten (Art. 21 der Verordnung Nr. 1/2003) braucht die Kommission im Fall eines Unternehmens, das eine Nachprüfung nach Art. 20 der Verordnung dulden muss, keinen konkreten Verdacht für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung des Unternehmens zu haben, vielmehr genügt bereits die Vermutung der Kommission, dass sich das Unternehmen im Besitz relevanter Informationen befinden könnte.

20. Unbeschadet dieser Voraussetzungen unterliegt der Kommissionsbeschluss als solcher keiner vorherigen gerichtlichen Überprüfung. Erst wenn Zwangsmaßnahmen durchgeführt werden sollen und nach dem einschlägigen einzelstaatlichen Recht dafür zuvor die Genehmigung eines Gerichts erforderlich ist, erfolgt inzident eine gerichtliche Überprüfung des Nachprüfungsbeschlusses. Angesichts der in Art. 20 Abs. 8 der Verordnung Nr. 1/2003 festgelegten Grenzen einer solchen gerichtlichen Prüfung ist es jedoch unwahrscheinlich, dass ein nationales Gericht die im Einzelfall beantragten Zwangsmaßnahmen nicht genehmigt. Selbst wenn die Genehmigung versagt werden sollte, könnte bei einer Weigerung des betreffenden Unternehmens, die Nachprüfung zu dulden, jedenfalls eine Sanktion nach den Art. 23 und 24 der Verordnung Nr. 1/2003 verhängt werden [9].

21. Gemäß Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003 dürfen, abgesehen von den in der Verordnung geregelten Ausnahmefällen, die bei einer Nachprüfung erlangten Dokumente und Informationen nur zu dem Zweck verwertet werden, zu dem sie eingeholt wurden. Dieses Erfordernis dient, wie der Gerichtshof entschieden hat, dem Schutz der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen. Diese Rechte würden in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, wenn die Kommission den Unternehmen bei einer Nachprüfung erlangte Beweise entgegenhalten könnte, die in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand und dem Zweck dieser Nachprüfung stehen [10].

22. Allerdings hat der Gerichtshof im Urteil Dow Benelux ausgeführt, dass es der Kommission aufgrund der genannten Bestimmung nicht verwehrt sei, ein weiteres Untersuchungsverfahren einzuleiten, um Informationen, die sie bei einer früheren Nachprüfung zufällig erlangt habe, auf ihre Richtigkeit zu überprüfen oder zu vervollständigen, wenn diese Informationen einen Hinweis auf einen möglichen weiteren Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Union lieferten. Ein solches Verbot würde nämlich, so der Gerichtshof, die Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einem nicht notwendigen Maß beeinträchtigen, da es dem Unternehmen, dem der mögliche Verstoß zugerechnet werde, unbenommen bleibe, seine Verteidigungsrechte im Rahmen des neuen Ermittlungsverfahrens in vollem Umfang wahrzunehmen [11]. Es besteht also kein Verwertungsverbot hinsichtlich zufällig entdeckter Informationen, sofern ein neues Ermittlungsverfahren eröffnet und nach Maßgabe der Verordnung Nr. 1/2003 durchgeführt wird.

23. Schließlich hat der Gerichtshof auch entschieden, dass ein Unternehmen, gegen das die Kommission eine Nachprüfung angeordnet hat, diese Entscheidung vor dem Unionsrichter anfechten kann. Falls diese Entscheidung für nichtig erklärt wird, darf die Kommission Unterlagen oder Beweisstücke, die sie sich im Zuge dieser Nachprüfung verschafft hat, im Verfahren wegen eines mutmaßlichen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Union nicht verwenden; andernfalls liefe sie Gefahr, dass die Entscheidung über den Wettbewerbsverstoß vom Unionsrichter für nichtig erklärt wird, soweit sie auf derartige Beweismittel gestützt wird [12].

24. Anhand dieser Grundsätze werde ich nunmehr die vier Rechtsmittelgründe prüfen.

9 — Wird ein Verstoß eines Unternehmens gegen die Wettbewerbsregeln der Union festgestellt, führt bereits eine Verzögerung in der Zusammenarbeit mit der Kommission zu einer Erhöhung der Geldbuße – vgl. z. B. Urteil des Gerichts Koninklijke Wegenbouw Stevin/Kommission (T-357/06, EU:T:2012:488, Rn. 220 bis 240).

10 — Vgl. Urteil Roquette Frères (C-94/00, EU:C:2002:603, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

11 — Vgl. Urteil Dow Benelux/Kommission (85/87, EU:C:1989:379, im Folgenden: Urteil Dow Benelux, Rn. 17 bis 19). Vgl. auch Urteil Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, EU:C:2002:582, im Folgenden: Urteil PVC, Rn. 301).

12 — Vgl. Urteil Roquette Frères (EU:C:2002:603, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

B – *Erster Rechtsmittelgrund*

25. Im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe das durch Art. 7 der Charta und Art. 8 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) geschützte Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung fehlerhaft ausgelegt und angewandt.

26. In den Rn. 42 bis 102 des angefochtenen Urteils führt das Gericht unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus, dass ein akzeptables Maß an Schutz vor einschneidenden Eingriffen in Art. 8 EMRK einen rechtlichen Rahmen und strikte Grenzen voraussetze. Nach Auffassung des Gerichts gibt es fünf Kategorien von Garantien: (i) die Begründung der Nachprüfungsbeschlüsse, (ii) die der Kommission für den Ablauf der Nachprüfung gesetzten Grenzen, (iii) die fehlende Möglichkeit der Kommission, die Nachprüfung gewaltsam durchzusetzen, (iv) das Eingreifen nationaler Stellen und (v) die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes. In Anbetracht des Sachverhalts und der in der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehenen Regelungen gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass alle fünf Kategorien von Garantien in den geprüften Fällen gewährleistet gewesen seien. Deshalb weist das Gericht den im ersten Rechtszug angeführten Klagegrund, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung sei verletzt, weil die Kommission die Nachprüfungen ohne vorherige richterliche Genehmigung vorgenommen habe, zurück.

27. Die Rechtsmittelführerinnen machen im Wesentlichen geltend, das Gericht habe die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK falsch ausgelegt, denn nach dieser Rechtsprechung sei die Kommission bei Sachverhalten, wie sie den streitigen Beschlüssen zugrunde lägen, verpflichtet, eine vorherige richterliche Genehmigung des Gerichts oder eines nationalen Gerichts einzuholen. Zum einen habe das Gericht die Urteile des EGMR in den Verfahren Société Colas Est u. a.[13], Société Métallurgique Liotard Frères[14] und Société Canal Plus u. a[15] falsch ausgelegt, soweit es ausgeführt habe, dass das Fehlen einer vorherigen richterlichen Genehmigung nur eines der Merkmale sei, die der EGMR herangezogen habe, um im Ergebnis einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK festzustellen. Nach Auffassung der Rechtsmittelführerinnen hätte das Gericht das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung als entscheidende Grundlage der Feststellung des EGMR erkennen müssen. Außerdem habe das Gericht die Urteile Harju[16] und Heino[17] falsch ausgelegt, soweit es erklärt habe, dass das Fehlen einer vorherigen Ermächtigung durch eine umfassende Kontrolle im Anschluss an die Nachprüfung „kompensiert“ werden könne. In den beiden genannten Fällen seien die Maßnahmen der Behörden nämlich dringend geboten gewesen. Da die Kommission in den vorliegenden Sachen keine vorherige richterliche Genehmigung eingeholt habe, obwohl keine Dringlichkeit bestanden habe, hätte – so die Rechtsmittelführerinnen – das Gericht einen Verstoß der Kommission gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit feststellen müssen.

28. Nach Ansicht der Kommission, unterstützt von der EFTA-Überwachungsbehörde und der spanischen Regierung, hat dagegen das Gericht die Vereinbarkeit der streitigen Beschlüsse mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung richtig beurteilt und die einschlägige Rechtsprechung des EGMR nicht falsch ausgelegt.

13 — Urteil Société Colas Est u. a./Frankreich, Nr. 37971/97, ECHR 2002-III.

14 — Urteil Société Métallurgique Liotard Frères/Frankreich, Nr. 29598/08, ECHR 2011.

15 — Urteil Société Canal Plus u. a./Frankreich, Nr. 29408/08, ECHR 2010.

16 — Urteil Harju/Finnland, Nr. 56716/09, ECHR 2011.

17 — Urteil Heino/Finnland, Nr. 56720/09, ECHR 2011.

29. Der erste Rechtsmittelgrund wirft im Kern die Frage auf, ob die derzeitige Unionsregelung für Nachprüfungen nach Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 mit der Achtung des in Art. 7 der Charta und Art. 8 EMRK verankerten Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu vereinbaren ist. Der Gerichtshof hat insbesondere zu prüfen, ob die Kommission grundsätzlich eine vorherige richterliche Genehmigung zumindest dann einholen muss, wenn sie keinen Anlass für ein dringendes Vorgehen hat.

30. Ebenso wie die Kommission, die spanische Regierung und die EFTA-Überwachungsbehörde bin auch ich der Ansicht, dass das Gericht die von den Rechtsmittelführerinnen angeführte Rechtsprechung des EGMR weder falsch ausgelegt noch falsch angewandt hat. Beim gegenwärtigen Stand der EGMR-Rechtsprechung lässt sich nicht behaupten, wie dies die Rechtsmittelführerinnen tun, dass der Schutz der in Art. 8 EMRK verankerten Rechte eine Kartellbehörde stets zur Einholung einer richterlichen Genehmigung verpflichtet, ehe sie in Geschäftsräumen Nachprüfungen vornimmt. Es lässt sich auch nicht behaupten, dass aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine solche Genehmigung nur dann entbehrlich ist, wenn ein Grund für ein dringendes Tätigwerden der Behörden besteht.

31. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der EGMR bei der Ausweitung der in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerten Garantien auf juristische Personen wie etwa Unternehmen mit Bedacht ausgeführt hat, dass juristische Personen natürlichen Personen nicht völlig gleichzustellen [18] und dass Geschäftsräume und Wohnungen nicht gleich zu behandeln seien. Seit seinem Urteil Niemietz [19] hat der EGMR nämlich durchgängig entschieden, dass Behörden durchaus berechtigt sein können, stärker in die durch Art. 8 geschützten Rechte einzugreifen, wenn es um Büro- und Geschäftsräume geht.

32. Vor allem vermag ich entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen nicht zu erkennen, wie die Urteile des EGMR Société Colas Est u. a., Société Métallurgique Liotard Frères und Société Canal Plus u. a. dahin verstanden werden könnten, dass eine Kartellbehörde regelmäßig zur Einholung einer vorherigen richterlichen Genehmigung verpflichtet ist und andernfalls gegen Art. 8 EMRK verstößt. Ich denke auch nicht, dass die Urteile Harju und Heino für das vorliegende Verfahren ohne Belang sind.

33. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil Société Colas Est u. a. zwar ausdrücklich eine Verletzung von Art. 8 EMRK betrifft, dass sich der EGMR aber in den Rechtssachen Société Métallurgique Liotard Frères und Société Canal Plus u. a. ausschließlich mit dem Vorwurf einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK befasst. Die Rechtsmittelführerinnen können dem Gericht daher vernünftigerweise nicht vorwerfen, im Rahmen der Prüfung der Rüge einer Verletzung von Art. 7 der Charta lediglich auf die Rechtssache Société Colas Est u. a. Bezug genommen zu haben.

34. Jedenfalls hat das Gericht meines Erachtens die genannten Urteile eingehend gewürdigt und gelangt zutreffend zu dem Ergebnis, dass das Fehlen einer vorherigen Ermächtigung nur eines der Merkmale sei, die der EGMR in den genannten Rechtssachen bei der Entscheidung über die von den Betroffenen gerügten Verstöße gegen die EMRK herangezogen hat [20]. Tatsächlich hat der EGMR seine Entscheidungen stets auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls getroffen. Genauer gesagt hat er neben anderen Gesichtspunkten den Umfang der Befugnisse der zuständigen Behörde, die Begleitumstände des Eingriffs in das Grundrecht, die Frage, ob das betreffende Rechtssystem verschiedene Garantien bietet, und vor allem die Möglichkeit eines effektiven nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutzes geprüft.

18 — Vgl. z. B. Urteil Bernh Larsen Holding AS u. a./Norwegen, Nr. 24117/08, § 159 und die dort angeführte Rechtsprechung, ECHR 2013.

19 — Urteil Niemietz/Deutschland, 16. Dezember 1992, § 31, Series A Nr. 251-B. Vgl. auch Urteil Société Colas Est u. a./Frankreich, oben in Fn. 13 angeführt.

20 — Vgl. insbesondere Rn. 64 bis 73 sowie 108 bis 110 des angefochtenen Urteils.

35. Zwei unlängst ergangene Urteile des EGMR, die genau solche mutmaßliche Verletzungen von Art. 8 EMRK betreffen, scheinen diese Auslegung der genannten Rechtsprechung zu bestätigen.

36. In der Rechtssache Bernh Larsen Holding hatte der EGMR zu entscheiden, ob Art. 8 EMRK einer gegen drei Unternehmen im Rahmen einer Steuerprüfung ergangenen Aufforderung der norwegischen Steuerbehörden entgegensteht, dem Finanzamt eine Sicherungskopie auf dem Server einer Rechneranlage zugänglich zu machen. Der EGMR weist darauf hin, dass eine solche Aufforderung zwar nicht mit einer Beschlagnahme in einem Strafverfahren vergleichbar und nicht strafbewehrt, aber dennoch rechtlich bindend für die drei Unternehmen sei, denen im Fall einer Weigerung verwaltungsrechtliche Sanktionen drohten. Dementsprechend hat er entschieden, dass die Aufforderung einen Eingriff in die Rechte der Unternehmen auf Achtung ihres Domizils und ihrer Korrespondenz darstelle. Obwohl die Aufforderung zuvor nicht von einem Gericht genehmigt worden war, ist der EGMR zu dem Ergebnis gelangt, dass ein solcher Eingriff gerechtfertigt sei. Er hat u. a. berücksichtigt, dass die nationalen Rechtsvorschriften den Befugnissen der betreffenden Behörden erhebliche Grenzen setzten und wirksame und angemessene Garantien gegen Missbrauch vorsähen [21].

37. Außerdem hat sich der EGMR in seinem unlängst erlassenen Urteil Delta Pekárny mit der Frage befasst, ob eine von der tschechischen Wettbewerbsbehörde im Jahr 2003 in den Räumlichkeiten eines Unternehmens vorgenommene Nachprüfung einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK beinhaltet. Dem EGMR zufolge bedeutet die gerügte Nachprüfung für das betroffene Unternehmen einen Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Räumlichkeiten. Er begründet dies jedoch damit, dass die Nachprüfungsentscheidung weder vorher noch nachher einer gerichtlichen Überprüfung unterlegen habe. Insbesondere habe für die Beschwerdeführer die einzige Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der Nachprüfung in Frage zu stellen, in einem Verfahren bestanden, dessen Gegenstand die Feststellungen der Wettbewerbsbehörde in der Sache sei. In diesem Rahmen seien Faktoren wie Erforderlichkeit, Dauer und Umfang der Nachprüfung sowie ihre Verhältnismäßigkeit nicht überprüfbar gewesen [22].

38. Wichtig ist, dass der EGMR im Urteil Delta Pekárny ausdrücklich befindet, dass das Fehlen einer vorherigen richterlichen Ermächtigung durch eine effektive nachträgliche gerichtliche Kontrolle, in deren Rahmen alle Rechts- und Tatsachenfragen geklärt würden, kompensiert werden könne. In diesem Zusammenhang verweist der EGMR ausdrücklich auf sein Urteil Harju, dessen Einschlägigkeit für das vorliegende Verfahren von den Rechtsmittelführerinnen, wie oben dargelegt, bestritten wird [23]. Im Urteil Bernh Larsen Holding gelangt der EGMR ebenfalls zu der Ansicht, dass Art. 8 EMRK nicht verletzt sei, und zwar ohne auch nur zu prüfen, ob das Tätigwerden der Behörden aus Dringlichkeitsgründen gerechtfertigt war.

39. Hiervon ausgehend muss meine Schlussfolgerung lauten, dass dem Gericht bei der Auslegung der von den Rechtsmittelführerinnen angeführten Rechtsprechung des EGMR kein Rechtsfehler unterlaufen ist. Das Gericht hat diese Rechtsprechung in den bei ihm anhängigen Rechtssachen auch nicht rechtsfehlerhaft angewandt.

40. In der Regelung der Union ist nämlich der Schutz des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung durch die nachträgliche Überprüfung, die vom Unionsrichter durchgeführt werden kann, angemessen gewährleistet. Meines Erachtens ist der Unionsrichter unzweifelhaft befugt, alle rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, die für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Nachprüfungsbeschlüsse relevant sein können [24], in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung in den

21 — Urteil Bernh Larsen Holding AS u. a./Norwegen, oben in Fn. 18 angeführt

22 — Urteil Delta Pekárny AS/Tschechische Republik, Nr. 97/11, §§ 82 bis 94, ECHR 2014.

23 — Ebd., §§ 83, 87 sowie 92 bis 93.

24 — Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Nexans und Nexans France/Kommission (C-37/13 P, EU:C:2014:223, Nr. 85).

Urteilen Chalkor/Kommission und KME Germany u. a./Kommission [25] zu berücksichtigen. Außerdem ist die Kommission entsprechend den Ausführungen oben in Nr. 23 im Fall der Nichtigerklärung eines Nachprüfungsbeschlusses daran gehindert, die im Zuge der Nachprüfung erlangten Dokumente zu verwerten.

41. Meiner Meinung nach haben die Rechtsmittelführerinnen daher keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK dargetan. Im Übrigen machen sie nicht geltend, dass Art. 7 der Charta ein höheres Schutzniveau als die EMRK vorschreibe [26]. Jedenfalls finde ich weder im Primärrecht noch im abgeleiteten Recht der Union einen Anhaltspunkt für eine solche Schlussfolgerung. Art. 7 der Charta ist zudem ganz ähnlich wie Art. 8 Abs. 1 EMRK formuliert. Ferner verlangt die Verordnung Nr. 1/2003 eine vorherige richterliche Genehmigung ausdrücklich nur für Nachprüfungen, die gemäß Art. 21 vorgenommen werden, wodurch implizit das Erfordernis einer solchen Genehmigung für auf Art. 20 Abs. 4 der Verordnung gestützte Nachprüfungen ausgeschlossen wird.

42. Deshalb bin ich der Meinung, dass dem Gericht bei der Zurückweisung der von den Rechtsmittelführerinnen angeführten Klagegründe betreffend einen Verstoß gegen ihr Recht auf Unverletzlichkeit von Geschäftsräumen kein Rechtsfehler unterlaufen ist. Infolgedessen schlage ich dem Gerichtshof vor, den ersten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

C – *Zweiter Rechtsmittelgrund*

43. Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, das Gericht habe das in Art. 47 der Charta vorgesehene Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz fehlerhaft ausgelegt und angewandt.

44. Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

45. Meines Erachtens werden mit dem zweiten Rechtsmittelgrund weitgehend die im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes vorgetragenen Argumente wiederholt. Die Rechtsmittelführerinnen machen lediglich geltend, dass den Unternehmen bei Fehlen einer vorherigen richterlichen Genehmigung einer Nachprüfung unter Verletzung des in Art. 47 der Charta und Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannten Rechts ein angemessener gerichtlicher Schutz genommen werde. Auch hierfür verweisen sie auf die oben angeführten Urteile des EGMR Société Colas Est u. a., Société Canal Plus u. a. sowie Société Métallurgique Liotard Frères [27].

46. Deshalb genügt eine Rekapitulation der vorstehenden Ausführungen: Unternehmen, bei denen eine Nachprüfung vorgenommen wurde, steht es frei, die Rechtmäßigkeit des Nachprüfungsbeschlusses der Kommission vor dem Unionsrichter anzufechten. Ein solches Verfahren kann unmittelbar nach Mitteilung des Kommissionsbeschlusses an das Unternehmen (in der Regel zu Beginn der Nachprüfung) eingeleitet werden, ohne dass die abschließende Entscheidung der Kommission über die mutmaßliche Verletzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln abgewartet werden müsste.

25 — Vgl. Urteile Chalkor/Kommission (C-386/10 P, EU:C:2011:815) und KME Germany u. a./Kommission (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

26 — Vgl. Art. 52 Abs. 3 Satz 2 der Charta: „Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz [als die EMRK] gewährt."

27 — Oben in den Fn. 13 bis 15 angeführt. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsmittelführerinnen nicht deutlich gemacht haben, weshalb das Urteil Société Colas Est u. a. für das vorliegende Verfahren von Belang sein soll, denn – wie oben dargelegt – ging es in dieser Entscheidung nur um eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK).

47. Des Weiteren verfügt der Unionsrichter unzweifelhaft über die Befugnis, sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Aspekte von Nachprüfungsbeschlüssen zu überprüfen, darunter auch die Frage, ob die Kommission ihr Ermessen angemessen ausgeübt hat, und die Beschlüsse im Hinblick auf alle Punkte ganz oder teilweise für nichtig zu erklären [28].

48. Durch diese Aspekte unterscheidet sich die hier in Rede stehende Unionsregelung deutlich von der nationalen Regelung, mit der sich der EGMR in den Rechtssachen Société Canal Plus u. a. und Société Métallurgique Liotard Frères befasst hat. In den genannten Rechtssachen hat der EGMR zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK auf zwei entscheidende Punkte abgestellt, nämlich darauf, dass (i) die Unternehmen den Nachprüfungsbeschluss nur in Bezug auf eine *Rechtsfrage* („cassation") hätten angreifen können, so dass sie die dem Beschluss zugrunde liegenden Tatsachenelemente nicht hätten bestreiten können [29], und dass (ii) der Nachprüfungsbeschluss nur zusammen mit der abschließenden Entscheidung der Kartellbehörde habe angefochten werden können mit der Folge, dass das Ergebnis der Anfechtung des Nachprüfungsbeschlusses ungewiss sei und in jedem Fall mehrere Jahre auf sich warten lasse [30].

49. Diese Punkte legt das Gericht in den Rn. 109 bis 112 des angefochtenen Urteils unmissverständlich dar.

50. Auch hier ist für mich nicht ersichtlich – und die Rechtsmittelführerinnen haben gegenüber dem Gerichtshof auch in keiner Weise zu erläutern versucht –, weshalb in dieser Beziehung Art. 47 der Charta ein höheres Schutzniveau in der Union vorschreiben sollte, als sich dem EGMR zufolge aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergibt.

51. Dass die gerichtliche Überprüfung nachträglich erfolgt, stellt aus den vorstehend dargelegten Gründen meines Erachtens allein noch keine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz dar.

52. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass Nachprüfungsbeschlüsse einer gerichtlichen Kontrolle in einer Form unterliegen, die dem Wirksamkeitserfordernis von Art. 47 der Charta Genüge tut. Demzufolge ist dem Gericht bei der Auslegung und Anwendung dieses Grundsatzes keinerlei Rechtsfehler unterlaufen. Somit ist der zweite Rechtsmittelgrund ebenfalls zurückzuweisen.

D – *Dritter Rechtsmittelgrund*

53. Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, das Gericht habe die während der ersten Nachprüfung entdeckten DUSS-Dokumente zu Unrecht als „Zufallsfunde" im Sinne des Urteils Dow Benelux [31] qualifiziert. Die Kommission habe nämlich eingeräumt, dass ihren mit der Nachprüfung betrauten Mitarbeitern bereits zuvor bekannt gewesen sei, dass gegen die Rechtsmittelführerinnen der Vorwurf einer weiteren Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln erhoben worden sei. Daher sei es zu einer Regelwidrigkeit gekommen, durch die sie in ihren Verteidigungsrechten beeinträchtigt worden seien.

54. Die Kommission hält diesen Rechtsmittelgrund in erster Linie für unzulässig, da die Rechtsmittelführerinnen insoweit eine Tatsachenfeststellung des Gerichts rügten. Jedenfalls sei das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen unbegründet.

28 — Vgl. die oben in Nr. 40 angeführte Rechtsprechung. Zur Rechtsprechung des EGMR vgl. insbesondere dessen Urteil Menarini Diagnostics Srl/Italien, Nr. 43509/08, §§ 57 bis 67 und die dort angeführte Rechtsprechung, ECHR 2011.

29 — Vgl. Urteile Société Canal Plus u. a./Frankreich, oben in Fn. 15 angeführt, § 37, und Société Métallurgique Liotard Frères/Frankreich, oben in Fn. 14 angeführt, § 18 und 19.

30 — Vgl. Urteil Société Canal Plus u. a./Frankreich, oben in Fn. 15 angeführt, § 40.

31 — EU:C:1989:379.

1. Zulässigkeit

55. Meines Erachtens ist die vorab erhobene Einrede der Unzulässigkeit dieses Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen. Der von den Rechtsmittelführerinnen gegenüber dem Gericht erhobene Vorwurf bezieht sich nicht auf dessen Feststellung, dass die DUSS-Dokumente zufällig gefunden worden seien, sondern darauf, dass das Gericht die Dokumente zu Unrecht als Zufallsfunde im Sinne des Urteils Dow Benelux qualifiziert habe. Das Rechtsmittel betrifft also im vorliegenden Verfahren die vom Gericht vorgenommene rechtliche Würdigung der Tatsachen und die Rechtsfolgen, die es daraus ableitet.

2. Begründetheit

56. Zunächst sei noch einmal darauf hingewiesen, dass nach Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003, abgesehen von den in der Verordnung geregelten Ausnahmefällen, die bei einer Nachprüfung erlangten Dokumente und Informationen nur zu dem Zweck verwertet werden dürfen, zu dem sie eingeholt wurden. Aus dem Urteil Dow Benelux ergibt sich jedoch, dass abweichend von dem in Art. 28 normierten Grundsatz Dokumente und Informationen, die im Zuge der Nachprüfung entdeckt werden, jedoch nicht den Gegenstand der Nachprüfung betreffen, zur Einleitung eines weiteren Ermittlungsverfahrens verwendet werden können.

57. In seinem Urteil gelangt das Gericht angesichts des Vorbringens der Parteien und der von ihnen vorgelegten Beweismittel zu dem Ergebnis, dass nicht gezielt nach den DUSS-Dokumenten gesucht worden sei, da sie zufällig in Bereichen der Geschäftsräume entdeckt worden seien, in denen die Kommission nach die erste Nachprüfung betreffenden Informationen gefahndet habe. Auf dieser Grundlage und vor allem unter Verweis auf die Rechtsprechung Dow Benelux weist das Gericht den Vortrag der Rechtsmittelführerinnen bezüglich einer Regelwidrigkeit bei der ersten Nachprüfung zurück [32].

58. Dass die DUSS-Dokumente im Zuge einer Suche nach Dokumenten anderer Art gefunden worden sind, ist eine Tatsachenfeststellung, die in einem Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof grundsätzlich nicht überprüft werden kann. Es stellt sich jedoch die entscheidende Frage, ob dies für den Befund genügt, dass die Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerinnen und das ihnen zustehende Recht auf Achtung der Privatsphäre bei der ersten Nachprüfung beachtet wurden. Fraglich ist mit anderen Worten, ob das Gericht Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003 und die Rechtsprechung Dow Benelux richtig angewandt hat.

59. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen.

60. Um verstehen zu können, weshalb von einer unrichtigen Heranziehung der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch das Gericht gesprochen werden muss, ist es meiner Ansicht nach notwendig, auf die Ratio der in der Verordnung Nr. 1/2003 festgelegten Regelung in der Auslegung durch den Gerichtshof einzugehen.

61. Unbestreitbar sind der Kommission im Rahmen der Verordnung Nr. 1/2003 weitreichende Ermittlungsbefugnisse verliehen worden, die schwerwiegend in bestimmte Grundrechte von Unternehmen und natürlichen Personen eingreifen. Die Ausübung dieser Befugnisse unterliegt, wie oben ausgeführt, keiner (oder einer nur geringfügigen) vorherigen richterlichen Kontrolle. Ferner sei darauf hingewiesen, dass die internen Mechanismen gegenseitiger Kontrolle, die normalerweise vorgesehen sind, wenn die Kommission Beschlüsse und andere Rechtsakte erlässt [33], bei

32 — Vgl. Rn. 115 bis 165 des angefochtenen Urteils.

33 — Zu diesen Mechanismen gegenseitiger Kontrolle gehört insbesondere eine Beratung im Kollegium der Mitglieder der Kommission im Anschluss an dienststellenübergreifende Konsultationen.

Entscheidungen nach den Art. 20 und 21 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht in vollem Umfang eingreifen. Die Befugnis zum Erlass von Beschlüssen nach Maßgabe dieser Bestimmungen ist nämlich dem für Wettbewerbspolitik zuständigen Mitglied der Kommission übertragen worden [34], das die Befugnis wiederum im Wege der Subdelegation auf den Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb (GD Wettbewerb) der Kommission weiterübertragen hat [35]. Das bedeutet, dass nahezu alle Nachprüfungsbeschlüsse allein von Mitarbeitern der GD Wettbewerb erlassen werden und dass die übrigen Dienststellen der Kommission eine nur geringe oder gar keine Rolle im Entscheidungsprozess spielen.

62. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass der Kommission solche weitreichenden Befugnisse und bei deren Ausübung angemessene Ermessensspielräume zustehen sollten, da Wettbewerbsverstöße schwerwiegende Zuwiderhandlungen gegen die Wirtschaftsregelungen darstellen, auf die sich die Union gründet. Ebenso ist es vernünftig, dass der Erlass von Nachprüfungsbeschlüssen an das für Wettbewerbspolitik zuständige Kommissionsmitglied delegiert wird, um einen raschen Vollzug der Nachprüfungen zu ermöglichen und gleichzeitig die Gefahr eines ungewollten Bekanntwerdens auf ein Minimum zu reduzieren [36].

63. Gerade weil diese Befugnisse so umfassend sind, der Ermessensspielraum so weit ist und das Entscheidungsverfahren so wenigen vorherigen Kontrollen (durch die Gerichte oder die Verwaltung) unterliegt, ist es jedoch zugleich Sache des Unionsrichters, dafür Sorge zu tragen, dass die Rechte der von Ermittlungen betroffenen Unternehmen und Bürger in vollem Umfang geachtet werden [37]. Mit anderen Worten, die Kommission ist im Zuge von Kartellermittlungen zu Recht zu – mitunter sogar schwerwiegenden – Eingriffen in die Grundrechte der Unternehmen und Bürger befugt. Sie darf dabei jedoch die Grenzen des Rechts nicht überschreiten, denn dies würde der unionsrechtlich verbürgten Unantastbarkeit des Wesensgehalts dieser Grundrechte zuwiderlaufen [38].

64. Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003 ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Diese Bestimmung soll u. a. verhindern, dass die Kommission auf „Fischzug“ geht und ein wegen eines möglichen Wettbewerbsverstoßes betriebenes laufendes Ermittlungsverfahren als Vorwand benutzt. Die Kommission darf nur nach Beweismitteln für mögliche Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln der Union suchen, die den Gegenstand der jeweiligen Ermittlungen betreffen.

65. Andererseits besteht die *ratio decidendi* der Rechtsprechung Dow Benelux meiner Meinung nach darin, dass die Kommission nicht verpflichtet sein kann, sich blind zu stellen, falls sie rein zufällig auf schriftliche Beweise stößt, die auf einen möglichen anderen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Union hinzudeuten scheinen. Wenn die Kommission sich nicht blind stellt, missbraucht oder umgeht sie also keineswegs eine Verfahrensvorschrift. Ein solcher Fall ist z. B. mit der Situation vergleichbar, in der sich eine Vollzugsbehörde befindet, die während einer Betriebsprüfung wegen mutmaßlicher Steuerhinterziehung vor Ort auf Informationen stößt, die auf die mögliche Begehung eines Geldwäschedelikts hindeuten. Es gibt keinen triftigen Grund, weshalb die Behörde Informationen ignorieren sollte, die sie wirklich durch Zufall gefunden hat. Dasselbe gilt für die Kommission bei Nachprüfungen gemäß der Verordnung Nr. 1/2003.

66. Angesichts dessen lautet im vorliegenden Fall die entscheidende Frage, ob die Kommission die Regelung von Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 umgangen hat.

34 — Gestützt auf Art. 13 der Geschäftsordnung der Kommission (K [2000] 3614) (ABl. 2000, L 308, S. 26), zuletzt geändert durch den Beschluss der Kommission vom 9. November 2011 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung (2011/737/EU, Euratom) (ABl. L 296, S. 58).

35 — Vgl. in erster Linie die Beschlüsse der Kommission PV (2004) 1655, SEC (2004) 520/2 sowie PV (2006) 1763, SEC (2006) 1368.

36 — Zur Rechtmäßigkeit einer solchen Delegation vgl. Urteile AKZO Chemie und AKZO Chemie UK/Kommission (5/85, EU:C:1986:328, Rn. 28 bis 40) und Dow Chemical Ibérica u. a./Kommission (97/87 bis 99/87, EU:C:1989:380, Rn. 58).

37 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in den Rechtssachen Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2003:85, Nr. 26). Vgl. in diesem Sinne auch Urteil Hoechst/Kommission (C-227/92 P, EU:C:1999:360, Rn. 14 und 15 und die dort angeführte Rechtsprechung).

38 — Vgl. insbesondere Art. 52 Abs. 1 der Charta.

67. Das Gericht stellt im angefochtenen Urteil fest, dass kurz vor der Nachprüfung sämtliche Mitarbeiter der Kommission ausdrücklich darüber informiert worden seien, dass eine weitere Beschwerde gegen die Rechtsmittelführerinnen eingegangen sei, und dass den Mitarbeitern der Gegenstand dieser Beschwerde bekannt gewesen sei. Tatsächlich hat die Kommission diesen Sachverhalt sowohl im Verfahren im ersten Rechtszug als auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren unumwunden eingeräumt. Dennoch hat das Gericht dieses Verhalten, das es offenbar im Kontext der genannten Rechtsprechung Dow Benelux als unerheblich angesehen hat, nicht beanstandet. Das Gericht führt lediglich aus, es sei „davon auszugehen, dass es legitim war, die Bediensteten über den allgemeinen Hintergrund der Sache zu unterrichten“, ohne jedoch darzulegen, welche Gründe tatsächlich vorlagen [39].

68. In ihren Schriftsätzen verteidigt die Kommission die Begründung des Gerichts mit dem Argument, es sei hilfreich gewesen, dass die Kommissionsmitarbeiter über den Kontext, in dem die Nachprüfung habe durchgeführt werden sollen, informiert gewesen seien.

69. Grundsätzlich stimme ich der Kommission darin zu, dass es unerlässlich sei, die Kommissionsmitarbeiter vor einer Nachprüfung über den entsprechenden Kontext der Ermittlungen zu unterrichten. Ich halte es für vernünftig und hilfreich, wenn die betroffenen Mitarbeiter zu diesem Zweck alle Informationen erhalten, deren Kenntnis zur Effektivität der Suche nach Beweismitteln in Bezug auf den Nachprüfungsgegenstand beitragen könnte. Hierzu gehören z. B. Informationen, die für das Verständnis von Wesen und Umfang der möglichen Zuwiderhandlung (betroffene Produkte, geografische Bestimmung des betroffenen Marktes, weitere beteiligte Unternehmen, Namen der belasteten Personen, die für das von den Ermittlungen betroffene Unternehmen tätig sind, usw.) sachdienlich sind, sowie Informationen über den Ablauf der Nachprüfung (zu durchsuchende Büros, relevante Arten von Dokumenten, Stichworte und sonstige Arten konkreter Informationen, nach denen gesucht werden soll). Informationen solcher Art können nicht nur die Effektivität der Suche steigern und damit die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels sicherstellen, sondern sie werden auch die Eingriffe in die Rechte der der Nachprüfung unterliegenden Unternehmen insofern begrenzen, als die Suche zielgerichteter und weniger zeitaufwendig verlaufen kann.

70. Allerdings ist mir keineswegs klar, was die Kommission im vorliegenden Fall mit „Kontext“ der Nachprüfung meint. Ich kann auch nicht erkennen, weshalb die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung als – um die Formulierung des Gerichts aufzugreifen – allgemeiner Hintergrund der ersten mutmaßlichen Zuwiderhandlung anzusehen sein sollte.

71. In der mündlichen Verhandlung hierzu befragt hatte die Kommission Schwierigkeiten, dem Gerichtshof zu erläutern, weshalb Informationen über die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung im Kontext der Suche nach Informationen über die erste mutmaßliche Zuwiderhandlung von Bedeutung gewesen sein sollen. Die Kommission hat vorgetragen, dass die beiden Tatkomplexe in zweierlei Hinsicht zusammenhängen könnten, nämlich erstens, weil es in beiden Ermittlungsverfahren einen gemeinsamen Beschwerdeführer gegeben habe, und zweitens, weil die Kommission zum damaligen Zeitpunkt nicht habe ausschließen können, dass die beiden untersuchten Verhaltensweisen Ausdruck einer allgemeinen Strategie der Deutschen Bahn gewesen seien, um ihre Mitbewerber beim Zugang zu der von ihren Tochtergesellschaften vorgehaltenen Infrastruktur zu benachteiligen.

72. Die Schwäche und die Vagheit des Vorbringens der Kommission in diesem Punkt zeigen, dass die beiden Tatkomplexe tatsächlich keine Gemeinsamkeiten aufweisen außer dem Umstand, dass beide Tochtergesellschaften der Deutschen Bahn betreffen, allerdings nicht dieselbe Tochtergesellschaft. Dass ein Unternehmen zu den Beschwerdeführern bei beiden Tatkomplexen zählte, dürfte bedeutungslos sein, da sich die beiden gerügten Verhaltensweisen deutlich voneinander unterscheiden und verschiedene Märkte betreffen.

39 — Rn. 162 des angefochtenen Urteils.

73. Für die Richtigkeit der Behauptung, die Kommission habe nicht ausschließen können, dass die beiden Verhaltensweisen Ausdruck einer einheitlichen Strategie gewesen seien, finden sich in den Akten keine Anhaltspunkte. Tatsächlich spricht die Sachverhaltsdarstellung der Kommission selbst für das Gegenteil. Die Kommission räumt ein, dass ihre Mitarbeiter vor der ersten Nachprüfung über den Gegenstand der zweiten Beschwerde informiert worden seien, fügt jedoch hinzu, diese seien bei dieser Gelegenheit daran erinnert worden, dass Zweck der Nachprüfung die Aufklärung des ersten und nicht des zweiten Beschwerdegegenstands gewesen sei. Hätte die Kommission den Verdacht gehabt, dass beide Verhaltensweisen Ausdruck eines einheitlichen Plans sind, wäre diese Ermahnung offenkundig nicht nur überflüssig, sondern sogar kontraproduktiv gewesen. Die mutmaßliche Zuwiderhandlung wäre nämlich ihrer Natur und Größenordnung nach wesentlich bedeutsamer gewesen. Logischerweise hätte die Kommission dann aktiv nach möglichen Zusammenhängen zwischen den beiden Tatkomplexen gesucht.

74. Zudem hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie habe sich zu Anfang gegen eine Untersuchung der zweiten Beschwerde entschieden, da diese sich auf ein Verhalten mit nur sehr begrenzten Auswirkungen zu beziehen schien. Diese Angaben sind allerdings schwer mit dem Vorbringen der Kommission in Einklang zu bringen, sie habe zum damaligen Zeitpunkt nicht ausschließen können, dass die Deutsche Bahn eine weitreichende Strategie verfolge, um Mitbewerber beim Zugang zu ihrer Infrastruktur zu benachteiligen.

75. Jedenfalls steht für mich fest, dass die Kommission, wenn sie wirklich eine solche weitreichende Strategie der Deutschen Bahn vermutete, hierauf im ersten Nachprüfungsbeschluss hätte hinweisen müssen. Selbst nach Entdeckung der DUSS-Dokumente im Zuge der ersten Nachprüfung erfolgte weder im zweiten noch im dritten Nachprüfungsbeschluss ein Hinweis auf eine solche vermutete Strategie. Das scheint zum einen in direktem Widerspruch zu dem Vorbringen der Kommission zu stehen und zum anderen weitere Zweifel an der Rechtmäßigkeit der streitigen Beschlüsse zu begründen.

76. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im Rahmen der Beantwortung einer weiteren Frage in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, dass sich die Suche nach Informationen über die erste mutmaßliche Zuwiderhandlung durch den Umstand, dass ihre Mitarbeiter zuvor über den Gegenstand der zweiten mutmaßlichen Zuwiderhandlung unterrichtet worden seien, nicht unbedingt effektiver gestaltet habe.

77. Angesichts des offensichtlichen Fehlens eines eindeutigen Zusammenhangs zwischen den beiden mutmaßlichen Zuwiderhandlungen und angesichts des Eingeständnisses der Kommission, dass die ihren Mitarbeitern gegebenen Informationen über die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung für die Suche nach Informationen über die erste nicht wirklich sachdienlich waren, scheint mir die unausweichliche Schlussfolgerung zu lauten, dass die Unterrichtung der Kommissionsmitarbeiter aus einem anderen Grund erfolgt sein muss. Die einzige plausible Erklärung lautet meines Erachtens, dass die Kommissionsmitarbeiter die Informationen über die mutmaßliche DUSS-Zuwiderhandlung erhielten, damit sie Ausschau nach die zweite Beschwerde betreffenden Beweismitteln halten konnten.

78. Es ist nämlich keineswegs sicher, ob die Mitarbeiter der Kommission ohne diese vorherige Unterrichtung die Bedeutung der DUSS-Dokumente überhaupt hätten erkennen können. Dies gilt umso mehr, als die mutmaßliche Zuwiderhandlung bei diesem Tatkomplex nicht in einem typischen und leicht erkennbaren Verstoß gegen Art. 101 AEUV bestand (wie dies etwa bei Dokumenten der Fall sein mag, die sich auf Hardcorekartelle beziehen), sondern in einem Verhalten, dessen mögliche wettbewerbswidrigen Auswirkungen nur anhand einer einigermaßen komplexen Analyse beurteilt werden können [40].

40 — Vgl. in diesem Sinne insbesondere die Rn. 15 und 22 des angefochtenen Urteils.

79. Im Kern muss dies zu dem Ergebnis führen, dass die Kommission vorsätzlich oder fahrlässig die Regelungen der Verordnung Nr. 1/2003 für Nachprüfungen umging, indem sie anlässlich einer Nachprüfung nach Dokumenten suchte, die eine andere, mit der ersten *in keinem Zusammenhang stehende* Sache betrafen.

80. Insoweit erübrigt sich fast der Hinweis, dass die Kommission in einem Fall wie diesem, in dem sie Kenntnis von einem mutmaßlichen weiteren, andersgearteten und eigenständigen Wettbewerbsverstoß erhält, den einige Unternehmen begangen haben sollen, gegen die bereits ermittelt wird, beide Verhaltensweisen gleichzeitig untersuchen darf. Insbesondere ist es der Kommission nicht verwehrt, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zwei Nachprüfungsbeschlüsse gegen ein und dasselbe Unternehmen zu erlassen, die jeweils im Rahmen eines eigenen Ermittlungsverfahrens zeitgleich zu vollziehen sind. Wenn die Kommission jedoch so vorgehen will, muss sie dies offen und nach Maßgabe des in der Verordnung Nr. 1/2003 festgelegten Verfahrens tun, damit alle Sicherheiten und Garantien, die zugunsten der von der Nachprüfung betroffenen Unternehmen vorgesehen sind, angemessen beachtet werden.

81. Im vorliegenden Fall hatte sich die Kommission ursprünglich bewusst gegen den gleichzeitigen Erlass zweier eigenständiger Beschlüsse und dafür entschieden, nur hinsichtlich einer mutmaßlichen Zuwiderhandlung förmliche Ermittlungen durchzuführen. Trotzdem wies sie ihre Mitarbeiter jedoch ausdrücklich oder stillschweigend an, besonders auf Informationen zu achten, die eine mutmaßliche zweite, andere Zuwiderhandlung betrafen.

82. Dies ist sicherlich nicht die Art von Verhalten, die der Gerichtshof in der Rechtsprechung Dow Benelux vor Augen hatte. Meines Erachtens besteht kein Unterschied zwischen einem Fall, in dem die Kommission eine Nachprüfung ohne einen gültigen Beschluss durchführt, und einem Fall, in dem die Kommission auf der Grundlage eines gültigen Beschlusses tätig wird, jedoch nach Informationen sucht, die sich auf andere, von dem Beschluss nicht erfasste Ermittlungen beziehen.

83. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Umgehung der Bestimmungen von Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht nur zu einer Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerinnen führte, sondern vor allem auch zu einer offensichtlichen Verletzung des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung. Deshalb greift der dritte Rechtsmittelgrund durch, und das Urteil des Gerichts ist aufzuheben, soweit darin der Klagegrund zurückgewiesen wird, den die Rechtsmittelführerinnen im ersten Rechtszug hinsichtlich der Regelwidrigkeit der ersten Nachprüfung angeführt hatten.

E – *Vierter Rechtsmittelgrund*

84. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass es ihnen die Beweislast dafür auferlegt habe, dass es sich bei den DUSS-Dokumenten nicht um „Zufallsfunde“ gehandelt habe. Nach Meinung der Rechtsmittelführerinnen hätte das Gericht vielmehr der Kommission aufgeben müssen, das Vorliegen der in der Rechtsprechung Dow Benelux genannten Voraussetzungen zu beweisen.

85. Nach Auffassung der Kommission ist dieser Rechtsmittelgrund unzulässig und unbegründet. Zur Zulässigkeit trägt die Kommission vor, die Rechtsmittelführerinnen ersuchten den Gerichtshof letztlich um eine erneute Würdigung der von ihnen im ersten Rechtszug vorgelegten Beweise für die Tatsache, dass es sich bei den DUSS-Dokumenten nicht um Zufallsfunde gehandelt habe. Das Gericht habe festgestellt, dass diese Beweise das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen nicht stützten; diese Würdigung könne mit einem Rechtsmittel nicht angegriffen werden.

86. Zur Begründetheit des Rechtsmittelgrundes vertritt die Kommission die Auffassung, es sei den Rechtsmittelführerinnen keineswegs unmöglich gewesen, ihre Behauptung zu beweisen, dass die Kommission im Zuge der ersten Nachprüfung auch nach die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung betreffenden Dokumenten gesucht habe. Die Rechtsmittelführerinnen hätten nämlich im ersten Rechtszug eine Reihe von Urkundenbeweisen vorgelegt, die zum Beleg des angeblichen rechtswidrigen Verhaltens der Kommission hätten dienen sollen, die das Gericht jedoch – nach Ansicht der Kommission zutreffenderweise – nicht überzeugt hätten.

87. Es liegt auf der Hand, dass dieser Rechtsmittelgrund auch die Zurückweisung des Klagegrundes durch das Gericht betrifft, mit dem die Rechtsmittelführerinnen gerügt hatten, dass die Kommission die bei der ersten Nachprüfung gefundenen DUSS-Dokumente als Grundlage für den Erlass des zweiten und des dritten Nachprüfungsbeschlusses verwendete. Sollte sich der Gerichtshof meiner Beurteilung des dritten Rechtsmittelgrundes anschließen, erübrigt sich damit eine Prüfung des vierten Rechtsmittelgrundes. Dementsprechend werde ich diesen Rechtsmittelgrund nur kurz der Vollständigkeit halber bzw. für den Fall untersuchen, dass der Gerichtshof den dritten Rechtsmittelgrund für unzulässig oder unbegründet erachtet.

1. Zulässigkeit

88. Zunächst einmal überzeugen mich die von der Kommission für die Unzulässigkeit dieses Rechtsmittelgrundes vorgetragenen Argumente nicht. Meines Erachtens rügen die Rechtsmittelführerinnen nicht die vom Gericht vorgenommene Würdigung der Beweise, die sie für ihre Behauptung vorgelegt hatten, sondern vielmehr den Umstand, dass ihnen auferlegt wurde, Beweis für die wahre Absicht der Kommission zu erbringen. Die Rechtsmittelführerinnen sprechen daher das Problem der Beweislastverteilung an, bei dem es sich eindeutig um eine Rechtsfrage handelt, die vom Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann.

2. Begründetheit

89. In der Sache geht es bei diesem Rechtsmittelgrund um die Frage, ob es in einem Verfahren vor dem Unionsrichter den Unternehmen obliegt, Beweis dafür zu erbringen, dass Dokumente, die bei einer Nachprüfung gefunden werden, jedoch in keinem Zusammenhang mit dem angegebenen Zweck der Nachprüfung stehen, von der Kommission rechtswidrig in einem anderen Kontext verwendet wurden bzw. umgekehrt.

90. Vorab erscheint ein erneuter Hinweis darauf zweckmäßig, dass die den Kommissionsmitarbeitern bei einer Nachprüfung gemäß Art. 20 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 zustehenden Befugnisse durch den Nachprüfungsbeschluss umrissen werden, in dem der Nachprüfungsgegenstand festgelegt wird. Andererseits muss die Kommission während der Nachprüfung in der Lage sein, alle das Unternehmen betreffenden Unterlagen zu untersuchen, bei denen sie vernünftigerweise davon ausgehen kann, dass sie eine für die Ermittlungen relevante Informationsquelle sind. Das bedeutet zwangsläufig, dass die Mitarbeiter der Kommission eine große Zahl von Dokumenten, die möglicherweise nicht zum Nachprüfungsgegenstand gehören, sichten, um ihre Relevanz beurteilen zu können. Allerdings dürfen die Kommissionsmitarbeiter nur diejenigen Dokumente kopieren, die als für die Ermittlungen relevant angesehen werden [41].

41 — Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Nexans und Nexans France/Kommission (EU:C:2014:223, Nr. 62 und die dort angeführte Rechtsprechung).

91. Solange also die Kommission Kopien nur von solchen Dokumenten anfertigt, die von dem Nachprüfungsbeschluss erfasst werden, kann ihr Verhalten nur als rechtmäßig gelten. In solchen Fällen wäre es Sache des von der Nachprüfung betroffenen Unternehmens, vor Gericht die Nichtigkeit des Nachprüfungsbeschlusses (durch dessen unmittelbare Anfechtung beim Unionsrichter) oder die Rechtswidrigkeit der Modalitäten der Nachprüfung (in der Regel im Rahmen einer Klage auf Nichtigerklärung der von der Kommission erlassenen abschließenden Entscheidung über die mutmaßliche Zuwiderhandlung) zu beweisen [42].

92. Demgegenüber ist jede Verwendung von Informationen, die nicht in dem vom Nachprüfungsbeschluss erfassten Bereich liegen, grundsätzlich verboten. Wie jedoch im Urteil Dow Benelux klargestellt wird, können Dokumente, die zufällig bei einer Nachprüfung gefunden werden und mit dieser in keinem Zusammenhang stehen, trotzdem zur Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens verwendet werden.

93. Wenn also die Kommission Dokumente bzw. Informationen verwertet, die während einer Nachprüfung gefunden wurden und die nicht vom Nachprüfungsbeschluss erfasst sind, ist es – im Fall eines Rechtsstreits – Sache der Kommission, sich auf eine Ausnahme von dem oben dargestellten allgemeinen Grundsatz, wie sie sich etwa aus dem Urteil Dow Benelux ergibt, zu berufen und vor Gericht das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen für diese Ausnahme nachzuweisen [43].

94. Unter normalen Umständen kann sich die Kommission, soweit keine Faktoren auf etwas Gegenteiliges hindeuten, ihrer Beweislast sehr einfach entledigen. Die Kommission dürfte nämlich im Allgemeinen kein Interesse an der Überprüfung und Sammlung von Informationen haben, die mit den laufenden Ermittlungen nichts zu tun haben. Es kann daher angenommen werden, dass gewöhnlich eine kurze Erläuterung der Begleitumstände des Fundes solcher Informationen ausreicht, um *prima facie* darzutun, dass der Kommission bei ihrer Nachprüfung kein Rechtsfehler unterlaufen ist. Es wäre dann Sache des betroffenen Unternehmens, den Unionsrichter davon zu überzeugen, dass von Anfang an zielgerichtet nach den in Rede stehenden Dokumenten gefahndet wurde. Mit anderen Worten meine ich, dass der Gerichtshof, sofern sich aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt, davon ausgehen kann, dass das Vorgehen der Kommission sich im Rahmen der im Urteil Dow Benelux formulierten Regel hält.

95. Der vorliegende Fall ist jedoch anders gelagert. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist Folgendes unstreitig: (i) Die bei der ersten Nachprüfung von der Kommission entdeckten DUSS-Dokumente stehen in keinem Zusammenhang mit dieser Nachprüfung. (ii) Diese Dokumente dienten als Grundlage für den Erlass zweier Beschlüsse, mit denen zwei anschließende Nachprüfungen angeordnet wurden, die eine andere mögliche Zuwiderhandlung betrafen. (iii) Die Mitarbeiter der Kommission wurden über den Gegenstand der zweiten Beschwerde kurz vor Durchführung der ersten Nachprüfung unterrichtet.

96. Unter diesen Umständen stimme ich den Rechtsmittelführerinnen darin zu, dass es grundsätzlich Sache der Kommission war, die sich auf die im Urteil Dow Benelux formulierte Ausnahme beruft, das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen für diese Ausnahme darzutun.

97. Allerdings ist diese Frage im vorliegenden Fall völlig irrelevant. Meiner Ansicht nach hat das Gericht nämlich auf einer früheren Stufe der Begründung des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen. Die Ausnahme gemäß dem Urteil Dow Benelux gilt, wie oben dargelegt, nur für echte Zufallsfunde, d. h. für Informationen, die während einer *bona fide* durchgeführten Suche nach Informationen über den Nachprüfungsgegenstand gefunden wurden. Im Gegenschluss kann die Ausnahme nicht in Fällen Anwendung finden, in denen Dokumente als Ergebnis einer rechtswidrigen

42 — Vgl. Urteil Dow Benelux (EU:C:1989:379, Rn. 49) und Urteil des Gerichts Nexans France und Nexans/Kommission (T-135/09, EU:T:2012:596, Rn. 115 ff. und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 — Vgl. entsprechend Urteile Kommission/Frankreich (C-24/00, EU:C:2004:70, Rn. 53) und Kommission/Italien (199/85, EU:C:1987:115, Rn. 14).

Suche entdeckt werden. Hier war, wie oben erläutert, die erste Suche rechtswidrig, soweit die Kommissionsmitarbeiter ausdrücklich oder stillschweigend zur Suche nach Dokumenten aufgefordert worden waren, die außerhalb des im ersten Nachprüfungsbeschluss umrissenen Nachprüfungsbereichs lagen. Die erste Nachprüfung war mit anderen Worten unrechtmäßig, soweit sie die Suche nach den DUSS-Dokumenten umfasste.

98. Der Fehler des Gerichts hat also nichts mit der Frage zu tun, ob der Kommission der Beweis für die Erfüllung der im Urteil Dow Benelux genannten Kriterien obliegt oder ob die Rechtsmittelführerinnen das Gegenteil beweisen müssen. Der Fehler ist grundsätzlicherer Natur. Beim Sachverhalt des vorliegenden Falles stellt sich die Frage der Beweislastverteilung überhaupt nicht. Hätte das Gericht die richtige Schlussfolgerung aus dem Umstand gezogen, dass die Kommission in Bezug auf die DUSS-Dokumente eine rechtswidrige Suche vornahm, hätte es seitens der Rechtsmittelführerinnen keiner weiteren Beweise für eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte und ihres Rechts auf Achtung der Privatsphäre bedurft. Ebenso hätte durch keinen von der Kommission vorgelegten Beweis nachgewiesen werden können, dass die Dokumente zufällig und somit rechtmäßig gefunden wurden.

99. Aus diesem Grund bin ich der Meinung, dass der vierte Rechtsmittelgrund ebenfalls durchgreift.

VI – **Folgen dieser Würdigung**

100. Gemäß Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs hebt der Gerichtshof die Entscheidung des Gerichts auf, wenn das Rechtsmittel begründet ist. Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, so kann ihn der Gerichtshof selbst endgültig entscheiden. Er kann die Sache aber auch an das Gericht zurückverweisen.

101. Ich bin zu dem Ergebnis gelangt, dass der dritte und der vierte Rechtsmittelgrund durchgreifen. Demzufolge ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit in dessen Rn. 115 bis 165 der von den Rechtsmittelführerinnen im ersten Rechtszug geltend gemachte Klagegrund einer bei der ersten Nachprüfung erfolgten Verletzung ihrer Verteidigungsrechte zurückgewiesen wurde.

102. Angesichts des bekannten Sachverhalts und des Vortrags der Parteien vor dem Gericht und vor dem Gerichtshof ist der Gerichtshof meines Erachtens in der Lage, die Rechtssache selbst endgültig zu entscheiden.

103. Mit ihrer beim Gericht erhobenen Klage hatten die Rechtsmittelführerinnen u. a. die Nichtigerklärung des zweiten und des dritten Nachprüfungsbeschlusses der Kommission beantragt, weil diese auf Informationen gestützt seien, die unrechtmäßig bei der ersten Nachprüfung erlangt worden seien.

104. Aus den vorstehend dargelegten Gründen bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass die Rechtsmittelführerinnen durch einen Verstoß gegen die Vorschriften der Verordnung Nr. 1/2003 in ihren Verteidigungsrechten und in ihrem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung verletzt wurden. Unter diesen Umständen ist die entscheidende Frage folgende: Bietet die Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerinnen und ihres Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung eine hinreichende Grundlage für die Nichtigerklärung des zweiten und des dritten Nachprüfungsbeschlusses?

105. Aus den nachstehend darzulegenden Gründen ist diese Frage meines Erachtens zu bejahen.

106. Erstens hat der Gerichtshof, wie oben bereits erwähnt, klargestellt, dass im Fall der Nichtigerklärung eines Nachprüfungsbeschlusses durch den Unionsrichter die Kommission daran gehindert ist, Unterlagen oder Beweisstücke, die sie sich im Zuge dieser Nachprüfung verschafft hat, in einem Verfahren wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Union zu verwenden. Andernfalls liefe sie Gefahr, dass ihre Entscheidung vom Unionsrichter für nichtig erklärt würde, soweit sie auf derartige Beweise gestützt wäre [44].

107. Der sich aus dieser Rechtsprechung ergebende Grundsatz ist von überragender Bedeutung, da er gewährleistet, dass die in der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehene Regelung mit der oben angeführten Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK in Einklang steht. Tatsächlich ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EGMR, dass ein Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung u. a. dann gerechtfertigt ist, wenn Rechtsvorschriften „Garantien gegen Missbräuche" der Behörden vorsehen. Solche Garantien können etwa in Regelungen über die Herausgabe oder die Vernichtung rechtswidrig beschlagnahmter oder kopierter Unterlagen oder in Verboten der Verwendung der erlangten Informationen zu fremden Zwecken bestehen [45].

108. Zweitens weise ich darauf hin, dass Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003 sehr weit formuliert ist. Insbesondere hat das dort verwendete Verb („verwerten") eine umfassende Bedeutung. Die in dieser Vorschrift normierte Regelung lässt sich wohl als allgemeines Verbot verstehen, die bei einer Nachprüfung gesammelten Informationen in irgendeiner Weise im Rahmen anderer Ermittlungen zu verwerten, sofern nicht eine ausdrückliche Ausnahme eingreift. Dies ist schließlich auch folgerichtig, da der genannte Grundsatz von höchster Bedeutung ist und nicht nur das Berufsgeheimnis der betroffenen Unternehmen, sondern vor allem auch deren Verteidigungsrechte schützen soll [46].

109. Meine Schlussfolgerung lautet daher, dass der Kommission nicht nur die Heranziehung dieser Informationen als Beweis für eine Zuwiderhandlung verwehrt ist, sondern dass sie ganz allgemein diese Informationen nicht als Grundlage für irgendwelche anderen Entscheidungen zu Ungunsten oder zum Nachteil des betroffenen Unternehmens (und übrigens auch nicht zu Ungunsten oder zum Nachteil irgendwelcher anderen Unternehmen) verwerten darf. Ich sehe keinen Grund, weshalb dieses Verbot nicht auch für Beschlüsse gelten soll, mit denen Unternehmen zur Duldung einer Nachprüfung im Sinne von Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 verpflichtet werden.

110. Drittens weise ich darauf hin, dass das Gericht in den Rn. 130 bis 134 des angefochtenen Urteils befunden hat, dass die bei der ersten Nachprüfung gesammelten Informationen „die Rechtmäßigkeit des zweiten und des dritten Nachprüfungsbeschlusses berühren" können. Den Umstand, dass bei der Kommission zuvor eine Beschwerde über eine von DUSS begangene mutmaßliche Zuwiderhandlung eingegangen war, erklärt das Gericht – meiner Meinung nach zu Recht – für insoweit unerheblich, als die zweite und die dritte Nachprüfung durch die bei der ersten Nachprüfung gefundenen Informationen in Gang gesetzt worden seien. Im zweiten und im dritten Nachprüfungsbeschluss wird (im dritten ausdrücklich und im zweiten implizit) auf die bei der ersten Nachprüfung gefundenen Informationen Bezug genommen. Die Kommission hat die Feststellungen des Gerichts zu diesem Punkt nicht gerügt.

111. Des Weiteren weise ich darauf hin, dass die Kommission in ihrem Vorbringen vor dem Gericht einräumt, dass die bei der ersten Nachprüfung erlangten Dokumente wichtige Informationen zur Ergänzung der bereits in den Akten der Kommission befindlichen Angaben enthalten hätten. Insbesondere hat die Kommission ausdrücklich erklärt, dass die DUSS-Dokumente auf eine mögliche Zuwiderhandlung hinzudeuten schienen, deren Wesen und Umfang von erheblich größerer Bedeutung

44 — Vgl. Urteil Roquette Frères (EU:C:2002:603, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

45 — Vgl. Urteile Bernh Larsen Holding AS u. a./Norwegen, oben in Fn. 18 angeführt, §§ 171 und 172, Klass u. a./Deutschland, 6. September 1978, §§ 47 und 52, Series A Nr. 28; Z./Finnland, 25. Februar 1997, § 103, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, und Delta Pekárny AS/Tschechische Republik, oben in Fn. 22 angeführt, § 92.

46 — Vgl. Urteil Dow Benelux (EU:C:1989:379, Rn. 18).

gewesen seien als Wesen und Umfang der Zuwiderhandlung, die den Gegenstand der vorherigen Beschwerde gebildet habe. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission auch hervorgehoben, dass vor der ersten Nachprüfung nur in begrenztem Umfang Informationen über die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung vorgelegen hätten.

112. Deshalb ist nicht auszuschließen, dass die Informationen, über die die Kommission vor Entdeckung der DUSS-Dokumente verfügte, nicht ausreichten, um eine Nachprüfung gemäß Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 zu erlauben. Selbst wenn der Kommission hinreichende Beweismittel zur Durchführung einer *Ad-hoc*-Nachprüfung bezüglich der zweiten mutmaßlichen Zuwiderhandlung vorgelegen hätten, vermag ich jedenfalls nicht zu erkennen, wie dadurch die Folgen, die ein offensichtlicher Verstoß gegen Art. 20 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 nach sich zieht, abgewendet werden könnten.

113. Viertens ist es ohne Belang, dass einige der DUSS-Dokumente erst kopiert wurden, nachdem den Rechtsmittelführerinnen der zweite Nachprüfungsbeschluss bekannt gegeben worden war. Soweit die Kommission diese Dokumente bei der ersten Nachprüfung gefunden und beiseitegelegt hatte, um sie später zu kopieren, lässt sich nicht behaupten, dass diese Dokumente erst auf der Grundlage eines neuen Beschlusses erlangt worden seien.

114. Diese Dokumente wurden bei einer Nachprüfung entdeckt, die wegen der Suche nach Informationen betreffend die zweite mutmaßliche Zuwiderhandlung unrechtmäßig war. Dieser Verfahrensfehler als solcher kann nicht durch Erlass eines neuen Nachprüfungsbeschlusses (und übrigens auch nicht durch ein Auskunftsverlangen nach Art. 18 der Verordnung Nr. 1/2003) geheilt werden.

115. Andernfalls würde das in Art. 28 der Verordnung Nr. 1/2003 geregelte Verbot im Wesentlichen seiner praktischen Wirksamkeit beraubt. Die Kommission wäre *de facto* in der Lage, die Verfahrensvorschriften der Verordnung, einschließlich ihres Art. 20 Abs. 4, unbeachtet zu lassen und das Verbot von Art. 28 zu umgehen, da jedes rechtswidrig erlangte Dokument ohne Weiteres in ein „regulär“ erlangtes umgewandelt werden könnte. Ganz abgesehen von der Frage, ob dies mit der oben angeführten Rechtsprechung des EGMR zu vereinbaren wäre, kann die Verordnung Nr. 1/2003 vernünftigerweise nicht in diesem Sinne verstanden werden.

116. Der Gerichtshof hat zwar im Urteil PVC ausgeführt, die bloße Tatsache, dass die Kommission in einer bestimmten Sache Unterlagen zum ersten Mal erlangt habe, begründe keinen uneingeschränkten Schutz, der so weit ginge, dass diese Unterlagen nicht in einer anderen Rechtssache rechtmäßig angefordert und als Beweise verwendet werden könnten. Infolgedessen hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission, da sie die in jener Rechtssache streitigen Unterlagen auf der Grundlage von Aufträgen bzw. Beschlüssen erneut erlangt und sie zu dem in diesen Aufträgen angegebenen Zweck verwendet habe, die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen beachtet habe [47].

117. Der Sachverhalt jener Rechtssache unterscheidet sich jedoch deutlich von dem des vorliegenden Falls. In der Rechtssache PVC hatte nämlich keine Partei geltend gemacht, dass die Kommission bei ihrer ersten Nachprüfung rechtswidrig gehandelt habe, während dies im vorliegenden Fall sehr wohl behauptet wird. Außerdem hatte das betroffene Unternehmen auf Anforderung der Kommission freiwillig neue Kopien der fraglichen Dokumente übergeben [48]. Demgegenüber stützte sich die Kommission im vorliegenden Verfahren auf Kopien genau derjenigen Dokumente, die sie bei der ersten Nachprüfung unrechtmäßig erlangt hatte.

47 — Vgl. Urteil PVC (EU:C:2002:582, Rn. 294 bis 307).

48 — Vgl. insbesondere die Rn. 470 und 471 des Urteils PVC des Gerichts erster Instanz (T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, EU:T:1999:80).

118. Meines Erachtens hat das Gericht in der Rechtssache PVC einen vernünftigen Ansatz gewählt [49]. Erneut sei auf das Art. 28 zugrunde liegende Ziel hingewiesen, die Kommission an einer Umgehung der Vorschriften zu hindern und dadurch die Rechte der von einem Ermittlungsverfahren betroffenen Unternehmen zu schützen. Wollte man annehmen, dass die Erlangung eines Dokuments im Zuge einer Nachprüfung jeder künftigen Verwendung dieses Dokuments in einer anderen Sache entgegensteht, und zwar selbst dann, wenn keine Verfahrensvorschriften umgangen werden und die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen gebührend gewahrt sind, käme es zu einer übermäßigen Ausweitung des Geltungsbereichs von Art. 28. Um ein Beispiel zu nennen: Es besteht kein Grund, die Verwertung eines belastenden Dokuments, das die Kommission bei einer Nachprüfung gefunden oder aufgrund eines Auskunftsverlangens für eine andere Sache erlangt hat, in einem darauf folgenden Ermittlungsverfahren zu verbieten, sofern im Rahmen dieses neuen Ermittlungsverfahrens anschließend eine Kopie desselben Dokuments unter Einhaltung der Vorschriften der Verordnung Nr. 1/2003 gefunden oder erlangt wird.

119. Dies ist hier indessen nicht der Fall.

120. Fünftens und letztens ist es aus meiner Sicht ebenso unerheblich, dass – wie die Kommission in ihren Ausführungen hervorhebt – die Vertreter der Rechtsmittelführerinnen, die die Kommissionsmitarbeiter bei der Nachprüfung „auf Schritt und Tritt überwachten“, zum damaligen Zeitpunkt weder Einwände erhoben [50] noch die Protokollierung einer förmlichen Beschwerde in dem Bericht verlangt haben, den die Mitarbeiter der Kommission am Ende der Nachprüfung anfertigen.

121. Zum einen findet sich weder in der Verordnung Nr. 1/2003 noch in der Verfahrensordnung des Gerichtshofs eine Vorschrift, der zufolge Unternehmen alle in Frage kommenden Einwände sogleich in jedem Verfahrensstadium zu erheben hätten und andernfalls eine Prüfung durch den Unionsrichter ausgeschlossen wäre. Allein das Schweigen des Unternehmens zu diesem Zeitpunkt kann noch kein Einverständnis in eine potenzielle unrechtmäßige Vorgehensweise der Kommission implizieren. Zum anderen mag ein möglicher Verstoß der Kommission gegen Verfahrensvorschriften für die Vertreter des Unternehmens nur schwer sofort erkennbar sein. Weder müssen die Mitarbeiter der Kommission noch dürfen sie spezifische Erläuterungen oder Begründungen zu z. B. der Art der Unterlagen und Materialien geben, nach denen gefahndet wird, oder Angaben darüber machen, weshalb ein bestimmtes Büro durchsucht wird.

122. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen gelange ich deshalb zu dem Ergebnis, dass der zweite und der dritte Nachprüfungsbeschluss für nichtig zu erklären sind, da die Kommission unter Verstoß gegen die Vorschriften der Verordnung Nr. 1/2003 erlangte Dokumente als Grundlage für den Erlass dieser Beschlüsse verwendet hat.

VII – **Kosten**

123. Sollte sich der Gerichtshof meiner Beurteilung des Rechtsmittels anschließen, sind die Rechtsmittelführerinnen nach den Art. 137, 138, 140 und 184 der Verfahrensordnung, da sie nur mit zwei der vier angeführten Rechtsmittelgründe durchdringen, zur Tragung der Hälfte ihrer eigenen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten und der Hälfte der entsprechenden Kosten der Kommission zu verurteilen. Der Kommission wiederum sind die Hälfte der im vorliegenden Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten der Rechtsmittelführerinnen sowie die Hälfte ihrer entsprechenden eigenen Kosten aufzuerlegen.

49 — Ebd. (Rn. 477).

50 — Die Behauptungen der Kommission zu diesem Punkt scheinen außerdem nicht richtig zu sein, da sich aus den Verfahrensunterlagen ergibt, dass ursprünglich mehrere Rechtsanwälte der Rechtsmittelführerinnen der Suche nach DUSS betreffenden Dokumenten widersprachen.

124. Was die Kosten des Verfahrens im ersten Rechtszug betrifft, so obsiegen die Rechtsmittelführerinnen einerseits im Hinblick auf die Nichtigerklärung des zweiten und des dritten Nachprüfungsbeschlusses. Andererseits wurde die Gültigkeit des ersten Nachprüfungsbeschlusses bestätigt. Die Kommission hat somit die Kosten des Verfahrens in den Rechtssachen T-290/11 und T-521/11 zu tragen, während den Rechtsmittelführerinnen die Kosten des Verfahrens in der Rechtssache T-289/11 aufzuerlegen sind.

125. Die EFTA-Überwachungsbehörde und die spanische Regierung tragen als Streithelfer ihre eigenen Kosten.

VIII – **Ergebnis**

126. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Urteil des Gerichts vom 6. September 2013, Deutsche Bahn u. a./Kommission (T-289/11, T-290/11 und T-521/11), aufzuheben, soweit das Gericht den Klagegrund betreffend eine Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerinnen durch regelwidriges Verhalten bei der ersten Nachprüfung zurückgewiesen hat,

— die Beschlüsse K (2011) 2365 der Kommission vom 30. März 2011 und K (2011) 5230 der Kommission vom 14. Juli 2011 für nichtig zu erklären,

— die Rechtsmittel im Übrigen zurückzuweisen,

— die Rechtsmittelführerinnen zur Tragung der Hälfte ihrer eigenen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten und der Hälfte der entsprechenden Kosten der Kommission sowie die Kommission zur Tragung der Hälfte ihrer eigenen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten und der Hälfte der entsprechenden Kosten der Rechtsmittelführerinnen zu verurteilen,

— die Kommission zur Tragung der Kosten des Verfahrens in den Rechtssachen T-290/11 und T-521/11 sowie die Rechtsmittelführerinnen zur Tragung der Kosten des Verfahrens in der Rechtssache T-289/11 zu verurteilen,

— der spanischen Regierung und der EFTA-Überwachungsbehörde ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.