SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO vom 21. Februar 1989 *

Inhalt

I — Zur Rüge der Verletzung eines Grundrechts ... 2876

A — Die Reichweite der Nachprüfungsentscheidungen und die der Kommission durch Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 eingeräumten Befugnisse ... 2877

B — Die Hinweise, die sich aus den nationalen Rechtsordnungen, der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Gerichtshofes ableiten lassen ... 2884

C — Anwendung der vorgeschlagenen Entscheidungsgrundsätze auf die vorliegenden Rechtssachen ... 2896

D — Die Rolle der nationalen Gerichte und die Befugnisse, die dem Gerichtshof zustehen oder ihm zugewiesen werden könnten ... 2899

II — Zur Rüge der Verletzung wesentlicher Formvorschriften ... 2902

III — Zur Rüge der unzulänglichen Begründung ... 2903

IV — Zu der Rüge, daß keine oder keine ausreichend bestimmten Beweise vorgelegen hätten ... 2905

V — Zu der Rüge, die sich auf die rechtswidrige Erlangung der Informationen bezieht, aufgrund deren die Nachprüfung angeordnet wurde ... 2907

VI — Zu den übrigen von der Dow Chemical Ibérica SA, der Alcudia SA und der EMP erhobenen Rügen ... 2910

VII — Zur Entscheidung vom 3. Februar 1987 zur Festsetzung eines Zwangsgelds gegen die Hoechst AG (Rechtssache 46/87) ... 2914

VIII — Zur Entscheidung vom 26. Mai 1988 zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds (Rechtssache 227/88) ... 2917

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Am 15. Januar 1987 erließ die Kommission, gestützt auf Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 [1], eine Reihe von Entscheidungen, mit denen sie verschiedene Unternehmen verpflichtete, Nachprüfungen wegen ihrer eventuellen Beteiligung an Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zu dulden, durch die angeblich die Verkaufspreise und die Lieferquoten oder -ziele für PVC und für Polyäthylen in der Gemeinschaft festgesetzt worden waren.

2. Fünf dieser Unternehmen haben beim Gerichtshof die Aufhebung der an sie gerichteten Entscheidung beantragt. Sie alle rügen zur Begründung ihrer Klage neben

* Originalsprache: Französisch.

1 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. vom 21. 2. 1962, S. 204.

Begründungsmängeln sowie Form- und Verfahrensfehlern die Verletzung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung.

3. Vor Prüfung dieser Rügen erscheint es mir unerläßlich, kurz darzustellen, wie die Klägerinnen auf die Nachprüfungsentscheidungen der Kommission reagiert haben.

4. Die Hoechst AG (Rechtssache 46/87) lehnte es trotz dreier Versuche von Beamten der Kommission kategorisch ab, die Nachprüfung zu dulden. Sie gab jedesmal ihren ausdrücklichen Widerspruch gegen die Durchführung der von ihr als Durchsuchung qualifizierten Nachprüfung zu Protokoll. Erst am 2. April 1987 lenkte sie schließlich ein, da nunmehr eine auf Antrag des Bundeskartellamts erlassene Durchsuchungsanordnung des Amtsgerichts Frankfurt zugunsten der Kommission vorlag [2].

5. Die Kommission setzte daher, gestützt auf Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 17, am 3. Februar 1987 gegen das Unternehmen ein Zwangsgeld von 1 000 ECU pro Tag fest, um die Duldung der angeordneten Nachprüfung zu erzwingen. Die Hoechst AG beantragt auch die Aufhebung dieser Entscheidung sowie die Aufhebung der aufgrund von Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erlassenen Entscheidung vom 26. Mai 1988, mit der die Kommission die endgültige Höhe des Zwangsgelds auf 55 000 ECU festsetzte (Rechtssache 227/88).

6. Die Dow Benelux NV (Rechtssache 85/87) erhob zwar Einwände gegen die Nachprüfungsentscheidung der Kommission und gegen den Vollzug dieser Entscheidung, widersetzte sich aber, da sie sich für zur Mitwirkung verpflichtet hielt, nicht ausdrücklich diesem Vollzug und unterstützte sogar die Bediensteten der Kommission.

7. Die Vertreter der Unternehmen Dow Chemical Ibérica SA (Rechtssache 97/87), Alcudia SA (Rechtssache 98/87) und Empresa Nacional del Petroleo SA (Rechtssache 99/87, im folgenden: EMP) erklärten zwar, daß die erste „Überraschungskontrolle" der Kommission in einem spanischen Unternehmen sie „verwirre", duldeten aber aufgrund der — mündlichen und schriftlichen — Darlegungen der Bediensteten der Kommission über ihre Rechte und Pflichten aus den Artikeln 14 bis 16 der Verordnung Nr. 17 die Nachprüfung nicht nur, ohne formelle Einwände zu erheben, sondern wirkten auch aktiv darin mit.

8. Nach diesen Angaben zum Sachverhalt kann ich mich nunmehr der Prüfung des rechtlichen Vorbringens der Klägerinnen zuwenden, wobei ich mit der Rüge beginnen möchte, die allen Rechtssachen gemeinsam ist und der das weitaus größte Gewicht zukommt.

I — Zur Rüge der Verletzung eines Grundrechts

9. Die Klägerinnen tragen, je nach Fallgestaltung und zuweilen auch nebeneinander, folgendes vor:

— Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 sei nichtig, da er mit den in der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannten Grundrechten unvereinbar sei.

2 — Siehe das Protokoll vom 2. April 1987, Anlage 4 zur Erwiderung.

— Die Nachprüfungsentscheidungen seien rechtswidrig, weil sie gegen die ihnen zugrundeliegende Rechtsnorm, Artikel 14 Absatz 3, und/oder die in der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannten Grundrechte verstießen.

— Mit dem Vollzug dieser Entscheidungen hätten die Beamten der Kommission ihre Befugnisse überschritten und Grundrechte verletzt.

10. Ich hoffe, daß es mir mit meiner Vorgehensweise gelingt, ein wenig zur Klärung der damit aufgeworfenen Fragen beizutragen.

11. Ich werde zunächst prüfen, ob sich die Befugnisse, die den Bediensteten der Kommission durch deren Nachprüfungsentscheidungen vom 15. Januar 1987 eingeräumt wurden, in den durch Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 gezogenen Grenzen halten.

12. Ich werde dann aufgrund einer Untersuchung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten, der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Gerichtshofes dartun, daß ein Grundrecht der Unternehmen auf Unverletzlichkeit ihrer Geschäftsräume anzuerkennen ist, und im Anschluß daran werde ich prüfen, ob dieses Recht bei Nachprüfungen, die aufgrund der genannten Vorschrift durchgeführt werden, verletzt wird.

13. Weiter werde ich dann prüfen, welche Schlüsse aus den von mir entwickelten Grundsätzen für die vorliegenden Rechtssachen zu ziehen sind. Schließlich werde ich einige Ausführungen zu der Rolle machen, die den nationalen Gerichten oder dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bei der Durchsetzung von Nachprüfungsentscheidungen zukommen kann.

A — *Die Reichweite der Nachprüfungsentscheidungen und die der Kommission durch Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 eingeräumten Befugnisse*

14. In Artikel 1 jeder der angefochtenen Entscheidungen vom 15. Januar 1987, dessen Wortlaut in allen Entscheidungen im wesentlichen der gleiche ist[3], heißt es, das Unternehmen sei „verpflichtet, den mit dieser Nachprüfung beauftragten Bediensteten der Kommission während der üblichen Geschäftszeit das Betreten der Geschäftsräume zu gestatten, die von diesen Bediensteten angeforderten Geschäftsunterlagen, die den Gegenstand der Nachprüfung betreffen, zur Einsicht und Prüfung sowie zur Anfertigung von Abschriften und Fotokopien vorzulegen und unverzüglich alle von den genannten Bediensteten verlangten Erklärungen abzugeben".

15. Die Verwendung der Ausdrücke „die von diesen Bediensteten angeforderten Geschäftsunterlagen ... vorzulegen" und „die ... verlangten Erklärungen ... abzugeben" zeigt, daß die Entscheidung die Unternehmen nicht nur zu einer Duldung der Nachprüfung, sondern auch zu einer aktiven Mitwirkung verpflichtet. Von einigen Autoren[4] abgesehen, ist die Lehre übrigens der Ansicht, daß Artikel 14 Absatz 3 selbst den Unternehmen eine solche Mitwirkungspflicht auf-

3 — Zwar enthält die deutsche Fassung der an die Hoechst AG gerichteten Entscheidung die Wendung „die den Gegenstand der Nachprüfung betreffen" (sinngemäß) nur in bezug auf die von den Bediensteten der Kommission verlangten Erklärungen. Dies stellt jedoch lediglich ein Redaktionsversehen dar, das keine Auswirkungen haben konnte und tatsächlich auch nicht gehabt hat. Zum einen ergibt sich nämlich aus den Begründungserwägungen der Entscheidung, daß die mit ihr angeordneten Maßnahmen nur die von der Kommission vermuteten Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen betrafen. Zum anderen war sich die Hoechst AG nicht im unklaren darüber, daß die Nachprüfung nur den so festgelegten Gegenstand betreffen konnte, sondern warf der Kommission lediglich vor, daß sie diesen Gegenstand nicht hinreichend präzisiert habe.

4 — Blum: *Die Auskunfts- und sonstigen Ermittlungsrechte der Kartellbehörden*, Diss. Heidelberg, S. 252; Deringer: *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar*, 1962 (Ergänzungslieferung 1963), Randnr. 9 zu Artikel 14 Verordnung Nr. 17; Goldmann/Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, 4. Auflage 1983, Nr. 699, S. 791.

erlegt[5]. Ich werde später noch auf diesen Gesichtspunkt der Problematik zurückzukommen haben.

16. Die Nachprüfungsentscheidungen enthalten keine Angabe darüber, welche *konkreten* Unterlagen die Bediensteten der Kommission zu prüfen beauftragt sind; vielmehr ist dort lediglich von „Geschäftsunterlagen, die den Gegenstand der Nachprüfung betreffen", die Rede. Die Hoechst AG macht unter Hinweis darauf geltend, daß „auch die *freiwillige* Vorlage von Geschäftsunterlagen in Beantwortung einer Nachprüfungsentscheidung dann eine Durchsuchung darstellt, wenn die Kommission keine Kenntnis von der genauen Natur und den Einzelheiten dieser Unterlagen hat" (Protokoll über die Nachprüfung vom 2. April 1987, wie auf Seite 7 der Erwiderung zitiert). Ich vermag dieser Argumentation nicht zuzustimmen, da alle nationalen Rechte, wie wir noch sehen werden, die Mitwirkung der Unternehmen voraussetzende Untersuchungsverfahren kennen, in deren Rahmen die zuständige Verwaltungsbehörde nicht von vornherein weiß, ob sie Tatsachen, die sie zur Feststellung einer Zuwiderhandlung eines Unternehmens veranlassen werden, ausfindig machen wird oder gar um was für Tatsachen es sich dabei handeln könnte. Dennoch werden derartige Maßnahmen nicht als Durchsuchungen angesehen.

17. Bleibt die Frage, in welcher Weise die Bediensteten der Kommission den Vertretern des Unternehmens gegenüber die Unterlagen umschreiben müssen, die sie zur Prüfung vorgelegt haben wollen.

18. So liegt es zwar auf der Hand, daß sie beispielsweise die Vorlage der „von dem Unternehmen in den letzten drei Jahren mit PVC- oder Polyäthylenherstellern geführten Korrespondenz" oder auch der „Protokolle über die Verwaltungsratssitzungen in den Jahren 1983 bis 1987" verlangen können. Können sie aber auch Einsicht in „alle Unterlagen, die sich auf die Bedingungen für den Absatz von PVC beziehen", oder in die „Unterlagen, die sich im Schreibtisch des Leiters der Marketingabteilung befinden", oder gar in „die Akten in diesem Schrank oder in jener Schublade" verlangen?

19. Alle diese Vorgehensweisen halte ich für akzeptabel, und zwar aus folgenden Gründen: Nach Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ist die Kommission berechtigt, „alle erforderlichen Nachprüfungen" vorzunehmen. „Zu diesem Zweck", so heißt es in der Vorschrift weiter, „verfügen die beauftragten Bediensteten der Kommission über folgende Befugnisse:

a) die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen zu prüfen;

b) Abschriften oder Auszüge aus Büchern und Geschäftsunterlagen anzufertigen;

c) mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anzufordern;

d) alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel der Unternehmen zu betreten."

5 — Gleiss/Hirsch: *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3. Auflage 1978, Randnr. 25 zu Artikel 14 Verordnung Nr. 17; Graupner: „The Investigatory Powers of the European Commission in Anti-Trust Cases", *International Business Lawyer*, 1981, S. 453; Kuyper/van Rijn: „Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition", 1982, *Yearbook of European Law*, S. 13; Schröter: „Kommentar zu Artikel 87 EWG-Vertrag", in v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann: *Handbuch des Europäischen Rechts*, Band 8, 212. Lieferung November 1984, Artikel 87 EWG-Vertrag, Randnr. 38; Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, S. 606 f.

20. Diese Definition, insbesondere das Recht der Bediensteten der Kommission, alle Räumlichkeiten und sogar die Transportmittel zu betreten, impliziert aber, daß diese Bediensteten alle an diesen Orten befindlichen Gegenstände in Augenschein nehmen und verlangen können, daß ihnen die von ihnen bezeichneten Gegenstände ausgehändigt werden. Welchen Wert hätte sonst ihr Recht auf Zugang? Stellen wir uns beispielsweise vor, daß die Bediensteten der Kommission bei einem Blick durchs Fenster plötzlich feststellen, daß Arbeiter dabei sind, Akten auf einen Lastwagen zu laden. Sie müssen in diesem Fall berechtigt sein, einen ihrer Kollegen an Ort und Stelle zu entsenden, damit dieser verlangt, daß diese Aktion eingestellt wird und ihm die fraglichen Unterlagen gezeigt werden.

21. Die Aufgabe der Bediensteten der Kommission ist nämlich keineswegs mit derjenigen der Bediensteten nationaler Behörden vergleichbar, die eine Nachprüfung auf steuerrechtlichem oder arbeitsrechtlichem Gebiet vornehmen. Im Bereich des Steuerrechts richten die Betriebsprüfer ihr Augenmerk auf ganz bestimmte Arten von Unterlagen, nämlich auf Geschäftsbücher sowie auf die Rechnungen für den An- und Verkauf, während im Bereich des Arbeitsrechts vor allem die Lohn- und Gehaltsabrechnungen und die Personalakten in Betracht kommen.

22. Wenn die Prüfer der Kommission lediglich dazu berechtigt wären, die Vorlage der in jedem Unternehmen vorhandenen klassischen Unterlagen zu verlangen, so zum Beispiel der Korrespondenzakten oder der offiziellen Protokolle der Leitungsorgane des Unternehmens, so wären sie wahrscheinlich nie in der Lage, Hinweise auf ein rechtswidriges Kartell zu finden. Derartige Hinweise werden wohl eher auf — oft von Hand beschriebenen — „fliegenden Blättern" zu finden sein, zum Beispiel in Abkürzungen oder verschlüsselte Angaben enthaltenden Notizen, die bei Geheimtreffen außerhalb des Unternehmens, zuweilen in einem Hotel in einem nicht der Gemeinschaft angehörenden Land, angefertigt worden sind.

23. Oft sind es die Fahrtkostenabrechnungen für Reisen des Führungspersonals des Unternehmens, die es der Kommission bei einem Vergleich mit entsprechenden Abrechnungen der Verantwortlichen anderer der Nachprüfung unterzogener Unternehmen ermöglichen, herauszufinden, welche Unternehmen sich an dem Kartell beteiligt haben könnten, zu welchen Zeitpunkten sich die Unternehmen aufeinander abgestimmt haben usw. Das Interesse der Gemeinschaft verlangt es, daß den Personen, denen die Verwirklichung des Ziels des Artikels 3 Buchstabe f und die Durchsetzung der Regeln der Artikel 85 f. EWG-Vertrag übertragen sind, der Zugang auch zu Unterlagen dieser Art ermöglicht wird, sobald hinreichend schwerwiegende Verdachtsmomente für rechtwidrige Verhaltensweisen vorliegen. Daher bin ich der Ansicht, daß die Bediensteten der Kommission auch das Recht haben, einen Blick in die Handkoffer und sogar in den Terminkalender der Verantwortlichen des Unternehmens zu werfen, um nachzusehen, ob sie Unterlagen oder Hinweise über ihre berufliche Tätigkeit enthalten.

24. Überdies steht es der Kommission selbst, und nur ihr, zu, unter der ausschließlichen Kontrolle des Gerichtshofes zu prüfen und festzustellen, ob die von ihr verlangten Unterlagen sich auf den Gegenstand der von ihr durchgeführten Untersuchung beziehen.

25. Dies hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 18. Mai 1982 in der Rechtssache 155/79 (AM & S/Kommission, Slg. 1982, 1575, Randnr. 17) mit folgenden Worten ausdrücklich bestätigt:

„Da die Kommission außerdem, wie Artikel 14 Absatz 1 bestätigt, die Vorlage der Schriftstücke verlangen kann, deren Offen-

legung sie für ‚erforderlich' hält, um einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages ermitteln zu können, ist es grundsätzlich Sache der Kommission selbst und nicht des betroffenen Unternehmens oder eines Dritten, sei er Sachverständiger oder Schiedsrichter, darüber zu entscheiden, ob der Kommission ein Schriftstück vorzulegen ist."

26. Zwar hat der Gerichtshof anerkannt, daß diese „weitgehenden Nachprüfungs- und *Ermittlungs*befugnisse"[6] in verschiedener Hinsicht begrenzt sein können, so zum Beispiel in dem damaligen Fall durch das Erfordernis, die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant zu wahren, soweit es sich dabei um einen Schriftverkehr im Rahmen und zu Zwecken der Wahrnehmung des Anspruchs des Mandanten auf rechtliches Gehör handelt und die daran beteiligten Rechtsanwälte unabhängig, d. h. nicht durch ein Beschäftigungsverhältnis an ihre Mandanten gebunden, sind. Aber selbst dann, wenn das Unternehmen geltend macht, daß die Unterlagen, zu deren Vorlage es aufgefordert wird, zu dieser Kategorie gehören, bleibt die Kommission befugt, ihm gemäß Artikel 14 Absatz 3 die Vorlage des streitigen Schriftverkehrs aufzugeben und ihm, wenn nötig, eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld zur Ahndung seiner Weigerung aufzuerlegen (Randnr. 31).

27. Es ist somit in keinem Fall Sache des Unternehmens, selbst die Unterlagen auszuwählen, zu deren Vorlage es bereit oder nicht bereit ist; dies gilt selbst dann, wenn es glaubt, daß einige von ihnen aufgrund des dem Recht aller Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Grundsatzes des Schutzes der Vertraulichkeit geschützt seien. Nach Ansicht des Gerichtshofes sind die Interessen des Unternehmens dadurch hinreichend gewahrt, daß nach den Artikeln 185 und 186 EWG-Vertrag sowie nach Artikel 83 der Verfahrensordnung der Vollzug der Entscheidung ausgesetzt oder eine andere einstweilige Anordnung getroffen werden kann (Randnr. 32). In seinem Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 53/85 (AKZO Chemie/Kommission, Slg. 1986, 1965, Randnrn. 28 f.) hat der Gerichtshof der Kommission ferner die Befugnis zuerkannt, zu prüfen, ob ein bestimmtes Schriftstück Geschäftsgeheimnisse enthält, gegen deren Preisgabe das Unternehmen gemäß einem allgemeinen Grundsatz geschützt ist, der im gesamten Verwaltungsverfahren gilt.

28. Wenn die Kommission somit sogar die Vorlage von Schriftstücken verlangen kann, die nach Ansicht des Unternehmens gemäß allgemeinen Rechtsgrundsätzen geschützt sind, und wenn es ihr zusteht, unter der alleinigen Kontrolle des Gerichtshofes zu beurteilen, ob dies tatsächlich der Fall ist, so muß es ihr auch gestattet sein, selbst zu prüfen, ob die von ihr verlangten Schriftstücke dem Gegenstand der Untersuchung zuzuordnen sind. Die Bediensteten der Kommission sind daher notwendigerweise berechtigt, sich Akten, von denen nicht von vornherein feststeht, ob sie im Rahmen der Untersuchung möglicherweise relevante Unterlagen enthalten, vorlegen zu lassen und insbesondere zu verlangen, daß ihnen alle Akten oder Schriftstücke, die sich in einem bestimmten Schrank oder in einer bestimmten Schublade befinden, ausgehändigt werden.

29. Bleibt die Frage, ob die Bediensteten der Kommission die Unterlagen selbst aus den Schränken und Schubladen, in denen sie sich befinden, herausnehmen dürfen, um sie zu prüfen, nachdem sie gegebenenfalls zuvor verlangt haben, daß die betreffenden Möbel geöffnet werden. Die Dow Benelux NV und die drei spanischen Unternehmen, die sich im Unterschied zur Hoechst AG der Nachprüfung nicht widersetzt haben, machen geltend, die Bediensteten der Kommission seien so vorgegangen.

6 — Siehe das Urteil in der Rechtssache 155/79, Randnr. 15.

30. Tatsächlich hat die Kommission ein solches Recht im Verfahren vor dem Gerichtshof für sich beansprucht. So hat sie in ihrer Gegenerwiderung in der Rechtssache 46/87 (Hoechst, S. 20, Buchstabe k) die übliche Vorgehensweise ihrer Bediensteten wie folgt beschrieben:

„Ist der Kommissionsbedienstete im Inneren eines Büros angelangt, so bittet er um Erläuterung, wo die maßgeblichen Akten aufbewahrt werden, sowie um Zugang zu den Schubladen des Schreibtisches und des Aktenschrankes, um sich von der Natur der aufbewahrten Akten zu überzeugen. Sind die Schubladen verschlossen, so fordert er zu deren Öffnung auf. *Ist der Zugang einmal gewährt, so kommt es nicht darauf an, ob der Kommissionsbedienstete selbst oder der Angestellte des Unternehmens die Akten herausnimmt.* Normalerweise prüft der Kommissionsbedienstete jedoch jede einzelne Akte, um festzustellen, ob sie Unterlagen enthält, die für den Prüfungsgegenstand relevant sind. Dokumente ohne Bezug zum Ermittlungsverfahren oder private Unterlagen können auf diese Weise eliminiert werden."

31. In ihrer Gegenerwiderung in der Rechtssache 85/87 (Dow Benelux) hat die Kommission ausgeführt, ihre Bediensteten könnten „selbst unverschlossene Schränke oder Schreibtische öffnen, ihnen Akten und Unterlagen entnehmen, diese durchsehen und sich Kopien davon machen" (S. 8, 1. Absatz).

32. Schließlich hat sie in ihrer Antwort auf die ihr vom Gerichtshof vorgelegte Frage nach den Instruktionen, die sie ihren Bediensteten gibt, unter anderem aufgeführt, daß „der mit der Nachprüfung beauftragte Bedienstete persönlich in Gegenwart eines Vertreters des Unternehmens alle Ordner, Schränke und Schreibtische prüft, in denen die Schriftstücke abgelegt sein können, und [daß er] alle Unterlagen prüft, um eine Auswahl treffen zu können; im allgemeinen kann eine Vielzahl von nicht relevanten Schriftstücken bei einer schnellen Prüfung ausgeschieden werden."

33. Kann man eine solche Vorgehensweise der Bediensteten der Kommission als durch die Musterentscheidungen der Kommission „gedeckt" ansehen, durch die die Unternehmen verpflichtet werden, „die von [den] Bediensteten *angeforderten Geschäftsunterlagen,* die den Gegenstand der Nachprüfung betreffen, ... *vorzulegen*"?

34. Der Begriff „vorlegen" läßt sich in einem engeren und in einem weiteren Sinn verstehen. Im engeren Sinn kann er bedeuten, daß den Bediensteten der Kommission die von ihnen bezeichneten Unterlagen von den Vertretern des Unternehmens auszuhändigen sind. Im weiteren Sinn läßt er sich dahin gehend auslegen, daß die Mitwirkungspflicht des Unternehmens die Pflicht einschließt, die Bediensteten der Kommission dorthin zu führen, wo einschlägige Unterlagen aufbewahrt werden können, oder sie zu den Räumlichkeiten zu geleiten, die sie selbst aufzusuchen wünschen, und ihnen freien Zugang zu allen der Aufbewahrung dienenden Möbelstücken zu geben, damit sie die darin befindlichen Unterlagen herausnehmen und prüfen können.

35. Meines Erachtens kann der zweiten Auslegung jedoch nicht zugestimmt werden. Aufgrund der Formulierung „die ... angeforderten Geschäftsunterlagen ... zur Anfertigung von Abschriften und Fotokopien vorzulegen" in Verbindung mit der Pflicht der Vertreter des Unternehmens, „unverzüglich alle von den genannten Bediensteten verlangten Erklärungen ... abzugeben", bin ich der Ansicht, daß die Bediensteten der Kommission den Verantwortlichen des Unternehmens zunächst Gelegenheit zur aktiven Mitwirkung an der Untersuchung geben müssen.

36. Gewiß müssen die Bediensteten der Kommission die Möglichkeit haben, soweit irgend möglich sicherzustellen, daß kein relevantes Schriftstück ihrer Prüfung entgeht. Zu diesem Zweck müssen sie, wie zuvor schon ausgeführt, berechtigt sein, die Übergabe der Akten oder Unterlagen zu verlangen, die sich in einem von ihnen bezeichneten Möbel befinden. Denn wie anders könnten sie Hinweise auf Verhaltensweisen finden, an deren Geheimhaltung dem Unternehmen gelegen ist und von dem es nach Möglichkeit keine Spuren in seine „klassischen" Akten gelangen läßt? Stimmt man diesem Grundsatz zu, so ist es letztlich in der Tat gleichgültig, ob die Akten von dem Bediensteten selbst oder von einem Angestellten des Unternehmens aus dem Aufbewahrungsmöbel herausgenommen werden, und ein zur vollen Einhaltung seiner Mitwirkungspflicht bereites Unternehmen wird sicher schließlich zu den Bediensteten der Kommission sagen: „Bitte schön, nehmen Sie sich die Akten selbst."

37. Diese Situation unterscheidet sich jedoch einigermaßen von dem Fall, daß die Bediensteten der Kommission sofort mit einer regelrechten Durchsuchung der Möbel beginnen. Zwar schließt Artikel 14 meiner Meinung nach eine solche Befugnis, bei der es sich unbestreitbar um eine Durchsuchungsbefugnis handelt, ein; sie stellt aber nur eine „ultima ratio" dar und kann nur unter den Voraussetzungen des Artikels 14 Absatz 6 ausgeübt werden.

38. Nur diese Auslegung ist meines Erachtens mit Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung vereinbar. Diese Vorschrift beruht offensichtlich auf dem Grundsatz der Vorlage der Schriftstücke durch die Vertreter des Unternehmens, da sie vorsieht, daß die Kommission gegen die Unternehmen Geldbußen festsetzen kann, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig „bei Nachprüfungen nach *Artikel 13* oder *14* die *angeforderten* Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig *vorlegen* oder die in einer Entscheidung nach Artikel 14 Absatz 3 angeordnete Nachprüfung nicht dulden".

39. Der Umstand, daß diese Vorschrift in ihrem ersten Teil auf Artikel 14 insgesamt verweist und somit nicht zwischen dessen Absatz 2 (Nachprüfung aufgrund eines einfachen Auftrags) und Absatz 3 des Artikels 14 (Nachprüfung aufgrund einer förmlichen Entscheidung der Kommission) unterscheidet, deutet nach meinem Dafürhalten darauf hin, daß es in beiden Fällen den Vertretern des Unternehmens obliegt, die Unterlagen den Bediensteten der Kommission auszuhändigen. Dieselbe Auffassung wird übrigens auch in einer 1984 von der Kommission herausgegebenen Broschüre mit dem Titel *Die Untersuchungsbefugnisse der EG-Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs* vertreten. Auf Seite 43 lesen wir dort nämlich folgendes: „Die Unternehmensvertreter müssen die Schränke öffnen und den Bediensteten die Unterlagen aushändigen, während die Bediensteten der Kommission die Dokumente nicht unmittelbar aus den Schränken entfernen dürfen. Die etwaige Weigerung der Unternehmensvertreter, die Unterlagen auszuhändigen, wird in einem Protokoll schriftlich festgehalten, und die Beamten der Kommission können die einzelstaatlichen Behörden um die zwangsweise Durchführung ersuchen." Auf dem Deckblatt dieser Broschüre ist zwar vermerkt, daß „diese Broschüre, mit der die Untersuchungsbefugnisse der Kommission bekanntgemacht werden sollen, ... nicht als öffentlicher Ausdruck der offiziellen Haltung der Kommission zu den genannten Themen anzusehen" ist. Dies ändert aber nichts daran, daß die soeben von mir angeführte Meinung seinerzeit die in den Dienststellen der Kommission vorherrschende Meinung gewesen sein muß.

40. Das durch Artikel 14 eingeführte System ist somit wie folgt ausgestaltet:

1) Im Fall des Absatzes 2 ist das Unternehmen berechtigt, die Zustimmung zu einer Betriebsprüfung überhaupt zu verweigern; stimmt es ihr aber zu, so muß es die angeforderten Unterlagen vollständig vorlegen.

41. 2) Im Rahmen des Verfahrens nach Absatz 3 ist das Unternehmen verpflichtet, die Nachprüfungen zu dulden *und* die angeforderten Unterlagen vollständig vorzulegen; in beiden Fällen kann ihm bei Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld und/oder eine Geldbuße auferlegt werden. Ich teile die Ansicht derjenigen Autoren, die geltend machen[7], daß Artikel 14 Absatz 3 selbst der Kommission nur Auskunfts- und Einsichtrechte einräume, denen auf seiten des Unternehmens eine Mitwirkungspflicht entspreche. Mit Mestmäcker[8] meine ich nämlich, daß „die Unternehmen ... verpflichtet [sind], den Bediensteten die Erfüllung ihrer Aufgabe so zu ermöglichen, daß ohne Anwendung von unmittelbarem Zwang die geforderten Aufschlüsse sachlich richtig gegeben werden". Daher muß eine sehr deutliche Trennungslinie zwischen dem Fall, daß ein Unternehmen an der Untersuchung mitwirkt, und der gegenteiligen Situation gezogen werden können. Würde man den Bediensteten der Kommission im Rahmen des Verfahrens des Artikels 14 Absatz 3 gestatten, selbst Zugriff auf die Unterlagen zu nehmen, so würde dies zu einer Vermengung dieses Verfahrens mit dem des Artikels 14 Absatz 6 führen. Ein zusätzliches Argument für eine solche Auslegung der Befugnisse der Kommission ist darin zu finden, daß sich nicht mehr erkennen ließe, wozu die Androhung einer Geldbuße für den Fall der unvollständigen Vorlage der Bücher und sonstigen Unterlagen dienen sollte, wenn die Kommission sofort allein auf der Grundlage der Nachprüfungsentscheidung eine echte Durchsuchung der Räumlichkeiten des Unternehmens vornehmen könnte.

42. 3) Wenn sich schließlich das Unternehmen weigert, eine oder mehrere Unterlagen vorzulegen, die die Bediensteten der Kommission prüfen möchten, und erst recht, wenn es sich weigert, bestimmte verschlossene Schränke oder Schubladen überhaupt zu öffnen oder aus einem Handkoffer eines Angehörigen ihres Führungspersonals die darin enthaltenen Gegenstände herauszunehmen, so können die Bediensteten der Kommission nichts anderes tun, als ein Protokoll über diese Weigerung aufzustellen. Damit wird das Verfahren eingeleitet, das zur Festsetzung einer Geldbuße oder eines Zwangsgelds führt, und die Kommission wird dadurch veranlaßt, den betroffenen Mitgliedstaat gemäß Artikel 14 Absatz 6 um „die erforderliche Unterstützung" für ihre Bediensteten zu ersuchen, „damit diese ihre Nachprüfungen durchführen können". Die Weigerung, den Inhalt eines Möbels den Bediensteten der Kommission auszuhändigen, stellt mit anderen Worten einen Fall des Sich-Widersetzens im Sinne von Artikel 14 Absatz 6 dar, das die Bediensteten der Kommission nicht selbst überwinden können, indem sie Zugriff auf die Akten nehmen, sondern das ein Tätigwerden der Vertreter des betroffenen Mitgliedstaats erfordert. Meiner Ansicht nach ergibt sich dies analog auch aus der Regelung des Artikels 192 EWG-Vertrag über die Zwangsvollstreckung von Entscheidungen des Rates und der Kommission, auf die im übrigen auch Artikel 187 verweist, der die Vollstrekkung von Urteilen des Gerichtshofes betrifft. Aus dieser Vorschrift folgt meines Erachtens, daß der EWG-Vertrag jede Art des Tätigwerdens, das der Anwendung unmittelbaren Zwangs gleichkommt, den Mitgliedstaaten vorbehalten wollte.

7 — Kreis W.: „Ermittlungsverfahren der EG-Kommission in Kartellsachen", in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heft 5, Mai 1981, 281 ff., insbesondere 291. Rehmann W. A.: „Zur Vollstreckung einer Nachprüfungsentscheidung der Kommission der EG", in *NJW* 1987, Heft 48, S. 3061 ff.

8 — Mestmäcker, a. a. O., S. 607.

43. Artikel 14 Absatz 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur *Herbeiführung eines* bestimmten *Ergebnisses,* das darin besteht, daß es den Bediensteten der Kommission ermöglicht wird, zu prüfen, ob bestimmte im Besitz des Unternehmens befindliche Unterlagen geeignet sind, die Beteiligung des Unternehmens an einem Kartell zu beweisen. Nach Artikel 14 Absatz 6 Satz 2 hatten die Mitgliedstaaten vor dem 1. Oktober 1962 nach Anhörung der Kommission die Maßnahmen zu treffen, deren es bedurfte, um diese Verpflichtung erfüllen zu können.

44. Dieser Satz war in dem Vorschlag für die Verordnung, den die Kommission dem Parlament und dem Rat vorgelegt hatte, nicht enthalten. Es ist nicht auszuschließen, daß sie vom Rat aufgrund einer Äußerung des Binnenmarktausschusses des Parlaments (Bericht vom 7. September 1961, Dokument 57, sogenannter „Deringer-Bericht"), wonach bei einer Durchsuchung die Einschaltung eines Gerichts vorzusehen ist, in die Verordnung eingefügt wurde. Aber jedenfalls läßt sich heute nicht mehr klären, ob der Rat damit die Mitgliedstaaten auffordern wollte, ihr nationales Recht so auszugestalten, daß für Handlungen nach Artikel 14 Absatz 6 keine richterliche Anordnung erforderlich ist, (beispielsweise dadurch, daß sie gesetzlich festgelegt hätten, daß derartige Handlungen als Fälle der Gefahr im Verzug anzusehen sind) oder ob er die Wahl der Mittel, gegebenenfalls einschließlich des Erfordernisses einer richterlichen Anordnung, einfach dem einzelnen Mitgliedstaat überlassen wollte.

45. Fest steht dagegen, daß die zu treffenden Maßnahmen so ausgestaltet sein mußten, daß den Bediensteten der Kommission der Zugang zu den gesuchten Unterlagen ermöglicht wird, ohne daß dem Unternehmen Zeit zu ihrer Beseitigung verbleibt.

46. Jedenfalls wird kein Mitgliedstaat aufgrund von Artikel 14 Absatz 6 Maßnahmen ergriffen haben, die mit seiner eigenen Konzeption des Schutzes des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung für Unternehmen unvereinbar sind. Wann immer die Kommission somit auf diese Weise die nationalen Behörden zur Unterstützung bei der Überwindung des Widerspruchs eines Unternehmens auffordert, ist der Schutz dieses Grundrechtes automatisch in dem Umfang gewährleistet, den das nationale Recht vorsieht.

47. Es ist jedoch noch zu prüfen, ob eine Nachprüfungshandlung, in deren Rahmen die Bediensteten der Kommission lediglich die Vorlage der von ihnen bezeichneten Akten verlangen, ohne selbst die Möbel zu durchsuchen, deswegen einen Verstoß gegen das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung darstellt, *weil sie unter der Androhung einer Geldbuße oder eines Zwangsgelds stattfindet.* Denn es versteht sich natürlich von selbst, daß sich die Frage einer Verletzung der Wohnung nicht stellen könnte, wenn ein Unternehmen völlig freiwillig mit den Betriebsprüfern zusammenarbeiten würde.

48. Um diese Frage entscheiden zu können, ist es erforderlich, die derzeit in den nationalen Rechtsordnungen bestehende Lage sowie die Hinweise zu prüfen, die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ableiten lassen.

B — *Die Hinweise, die sich aus den nationalen Rechtsordnungen, der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Gerichtshofes ableiten lassen*

49. In *Belgien* bestimmt Artikel 10 der Verfassung:

„Die Wohnung ist unverletzlich: Haussuchungen sind nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und in der gesetzlich festgelegten Form zulässig."

50. Abgesehen davon, daß die Anwendung dieses Grundsatzes auf juristische Personen und auf Geschäftsräume strittig ist, hat die *Verfassung* somit Haussuchungen *nicht* selbst von einer *vorherigen richterlichen Genehmigung* abhängig gemacht. Während der *Gesetzgeber* eine solche vorherige Genehmigung für die Inspizierung und Durchsuchung von Räumen, die als *private Wohnung* dienen, verlangt, räumt er den Prüfern im Bereich des Abgaben- sowie des Arbeits- und Sozialrechts und auf dem Gebiet der Preisregelungen und der Handelspraktiken sehr weitgehende Nachprüfungsbefugnisse ohne vorherige richterliche Genehmigung ein. Aufgrund dieser Befugnisse können sie im allgemeinen alle Geschäftsräume betreten, alle sachdienlichen Unterlagen einsehen und kopieren, ja sogar beschlagnahmen, sowie die Unterstützung von Polizeibeamten anfordern. Lediglich die Frage, ob sie selbst einen Schrank öffnen und Archive durchsuchen dürfen, scheint streitig zu sein[9].

51. Auf dem Gebiet des *Wettbewerbs* sieht das Gesetz vom 27. Mai 1960 über den Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht ein *Durchsuchungsrecht ohne vorherige richterliche Genehmigung* vor. Außerdem enthält das Gesetz vom 28. Juli 1987 zur Durchführung der aufgrund des Artikels 87 EWG-Vertrag erlassenen Verordnungen und Richtlinien (*Moniteur belge* vom 24. 9. 1987, S. 138171) eine Definition der die Prüfer der Kommission unterstützenden nationalen Bediensteten, die in ihrem Wortlaut genau Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 entspricht. Artikel 2 Absatz 3 dieses Gesetzes sieht strafrechtliche Sanktionen für die vorsätzliche Verhinderung oder Behinderung von Unterstützungs- oder Nachprüfungshandlungen vor. Nach der Königlichen Verordnung zur Durchführung der Artikel 12 bis 14 der Verordnung Nr. 17 vom 1. Februar 1988 (*Moniteur belge* vom 11.2.1988, S. 22021) werden die schriftlichen Nachprüfungsanordnungen vom Leiter des Allgemeinen Wirtschaftsinspektionsdiensts und nicht von einem Angehörigen der rechtsprechenden Gewalt erlassen.

52. In *Dänemark* sieht die Verfassung (Artikel 72) selbst vor, daß es für Haussuchungen, Beschlagnahmen und die Untersuchung von Briefen und anderen Schriftstücken vorbehaltlich gesetzlich ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen einer richterlichen Entscheidung bedarf. Dies gilt insoweit auch für juristische Personen, als es um nicht öffentlich zugängliche Räume geht. Wenngleich die lange strittige Frage, ob dies außerhalb eines Strafverfahrens auch für Maßnahmen des Verwaltungszwangs gilt, derzeit im Sinne ihrer Bejahung entschieden zu sein scheint, ist doch festzustellen, daß der Gesetzgeber demnach insoweit Ausnahmen vorsehen kann.

53. Dies ist jedoch weder durch das Gesetz Nr. 102 vom 31. März 1955 über den Wettbewerb noch durch das zur Durchführung von Artikel 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 erlassene Gesetz Nr. 505 vom 29. November 1972 geschehen. Somit ist davon auszugehen, daß grundsätzlich jede Nachprüfungshandlung eine gerichtliche Entscheidung voraussetzt. Jedoch ist auch anerkannt, daß die fragliche Behörde die Handlung bei Zustimmung des Unternehmens vornehmen kann, ohne daß eine vorherige richterliche Entscheidung vorliegt.

54. Allerdings ist zu beachten, daß die dänischen Gerichte im Rahmen des Gesetzes Nr. 505 vor der Genehmigung der in einer

9 — Van Fraeyenhoven: „Le respect de la vie privée et le pouvoir d'investigation du fisc", *Annales de droit de Louvain*, 1984, S. 85 f.

Nachprüfungsentscheidung der Kommission vorgesehenen Maßnahmen lediglich das Vorliegen dieser Entscheidung feststellen würden, ohne deren Begründetheit zu prüfen.

55. Schließlich scheint es mir auch von Interesse zu sein, daß der Højesteret in einem Urteil von 1976 ausgeführt hat, der Umstand, daß eine behördliche Kontrolle gemäß der Verfassung eine vorherige richterliche Genehmigung voraussetze, hindere den Gesetzgeber nicht daran, die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße gegen eine Person, die sich einer Kontrolle widersetze, unabhängig davon vorzusehen, ob diese Kontrolle zuvor von einem Gericht genehmigt worden sei.

56. In *Deutschland* bestimmt Artikel 13 des Grundgesetzes, wonach „die Wohnung unverletzlich" ist, in seinem Absatz 2 folgendes:

„Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden."

Nach Artikel 19 Absatz 3 des Grundgesetzes gelten die Grundrechte auch für juristische Personen. Außerdem erstrecken die Rechtsprechung und die Lehre den Begriff der „Wohnung" übereinstimmend auch auf Geschäftsräume.

57. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 unterscheidet in seinem § 46 zwischen dem *Einsichts- und Prüfungsrecht* (im folgenden: Nachprüfungsrecht) und dem Durchsuchungsrecht. Die Unterscheidung bereitet manchmal Schwierigkeiten, doch wird allgemein auf die Kriterien abgestellt, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 3. April 1979 für die Definition des Begriffs der Durchsuchung verwendet hat (BVerfGE 51, 97, 107). Nach dieser Definition ist für die Untersuchung

„kennzeichnend ... das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will".

58. Das Nachprüfungsrecht hingegen, das das Recht zum Betreten der Räumlichkeiten des Unternehmens einschließt, gestattet nur die Prüfung *von Unterlagen*, die die Verantwortlichen des Unternehmens den Behörden *vorgelegt* haben. Die Nachprüfung setzt somit die Mitwirkung der Vertreter des kontrollierten Unternehmens voraus, während die Durchsuchung stattfinden kann, ohne daß diese tätig werden.

59. Dies bedeutet indessen nicht, daß diese aktive Mitwirkung nicht durch Zwangsgelder oder die Androhung von Geldbußen, bei denen es sich um Mittel des Verwaltungszwangs handelt, „erzwungen" werden könnte. Die *Weigerung* der Vertreter des Unternehmens, die *zur Mitwirkung* an der Nachprüfung *verpflichtet* sind, stellt nämlich eine *Ordnungswidrigkeit* dar. Die trotz dieser Zwangsmittel fortgesetzte Weigerung kann aber nur aufgrund einer Durchsuchungsanordnung überwunden werden, die allein zur Anwendung unmittelbaren Zwangs berechtigt. Daher beantragen die zuständigen Behörden in der Praxis anscheinend immer dann eine richterliche Durchsuchungsanordnung, wenn Gründe zu der An-

nahme bestehen, daß das Unternehmen nicht freiwillig alle Schriftstücke vorlegen wird, in die die Behörden Einsicht nehmen wollen.

60. Wie das Verhalten der Bediensteten des Bundeskartellamts in der Rechtssache Hoechst zeigt, ist diese Unterscheidung mit allen damit verbundenen Folgen auch im Rahmen der Anwendung des deutschen Gesetzes vom 17. August 1967 zur Ausführung der Verordnung Nr. 17 des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu beachten, wenngleich sein § 3 Absatz 2 als einzige ausdrückliche Voraussetzung für die Anwendung unmittelbaren Zwangs nur eine Vollzugsanordnung des Präsidenten des Bundeskartellamts vorsieht.

61. In *Griechenland* bestimmt Artikel 9 Absatz 1 der Verfassung von 1975 folgendes:

„Die Wohnung eines jeden ist eine Freistatt. Das Privat- und Familienleben des einzelnen ist unverletzlich. Durchsuchungen der Wohnung dürfen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und Formen und stets nur in Anwesenheit eines Vertreters der rechtsprechenden Gewalt vorgenommen werden."

62. Obwohl anerkannt ist, daß diese Vorschrift auch juristischen Personen zugute kommt, scheint der Begriff der Wohnung in der Gesetzgebungspraxis in seiner engen Bedeutung verstanden zu werden, also dahin gehend, daß er die Geschäftsräume nicht einschließt, so daß die Anwesenheit eines Vertreters der rechtsprechenden Gewalt nur bei Durchsuchungen von Privatwohnungen erforderlich ist.

63. Jedenfalls verweist Artikel 26 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 703/77 über die Kontrolle der Monopole und Oligopole und über den Schutz des freien Wettbewerbs, in dem die Befugnisse der mit Betriebsprüfungen betrauten Beamten abschließend aufgezählt sind, nur hinsichtlich der Haussuchungen (Buchstabe c) auf die verfassungsmäßigen Anforderungen, nicht aber hinsichtlich anderer Formen der Prüfung, wie der Kontrolle aller Bücher und Unterlagen (Buchstabe a) oder der Inspizierung der Büros und anderer Räumlichkeiten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Buchstabe b). Außerdem werden diesen Beamten ausdrücklich dieselben Befugnisse wie den Betriebsprüfern im Steuerrecht eingeräumt, die durch bestimmte Gesetze von der Anrufung der Gerichte befreit sind. Schließlich scheint sich aus dem Rechtmäßigkeitsgutachten Nr. 1381/1981 des Staatsrats zum Entwurf einer Verordnung über den Schutz der Umwelt zu ergeben, daß die behördliche Inspizierung von Räumlichkeiten industrieller oder handwerklicher Unternehmen keine Haussuchung im Sinne des Artikels 9 der Verfasssung darstellt.

64. In *Spanien* bestimmt Artikel 18 Absatz 2 der Verfassung von 1978:

„Die Wohnung ist unverletzlich. Sie darf außer im Fall einer unmittelbar stattfindenden Straftat ohne Zustimmung des Inhabers oder gerichtliche Entscheidung weder betreten noch durchsucht werden."

65. Seit Erlaß des Urteils Nr. 124/85 des Verfassungsgerichts vom 17. Oktober 1985 ist anscheinend allgemein anerkannt, daß der Schutz der Geschäftsräume juristischer Personen ebenfalls unter diese Vorschrift fällt.

66. Wie in Dänemark ist das Erfordernis einer vorherigen richterlichen Zustimmung

verfassungsrechtlicher Natur. Desgleichen kann die Zustimmung der betroffenen Person eine solche vorherige richterliche Genehmigung entbehrlich machen, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht [10].

67. Schließlich räumt auf dem Gebiet des *Wettbewerbs* das Gesetz Nr. 110 vom 20. Juli 1963 über die Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen den Bediensteten, die mit der Durchführung von Nachprüfungen beauftragt sind, die die zuständigen Behörden für erforderlich halten, dieselben Rechte und Befugnisse ein, wie sie gesetzlich den Beamten der Abgabenverwaltung zustehen. Diese haben aufgrund eines Gesetzes vom 28. Dezember 1963 (Ley general tributaria — Abgabenordnung), mit dem insbesondere eine Durchführungsverordnung vom 25. April 1986 (Reglamento general de la inspección de los tributos — Allgemeine Verordnung über abgabenrechtliche Betriebsprüfungen) übereinstimmt, das Recht, auf der Grundlage einer einfachen schriftlichen Ermächtigung der Abgabenverwaltung die Örtlichkeiten, in denen die Geschäftstätigkeit stattfindet, auch gegen den Widerspruch des Betroffenen zu betreten und zu durchsuchen; nur im Fall des Zutritts zur Wohnung einer natürlichen oder einer juristischen Person ohne Zustimmung des Inhabers ist eine richterliche Anordnung erforderlich.

68. Aufgrund des Königlichen Dekrets Nr. 1882 vom 29. August 1986 sind dieselben Beamten, die der Generaldirektion des Wirtschaftsministeriums für die Verteidigung des Wettbewerbs unterstehen, auch dafür zuständig, auf der Grundlage einer schriftlichen Anordnung des Leiters dieser Generaldirektion die von der Kommission verlangten Nachprüfungen vorzunehmen.

69. In *Frankreich* ist das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung tief in der Verfassungstradition verankert. Derzeit wird es als Teil des Grundsatzes der individuellen Freiheit angesehen, der in Artikel 66 der Verfassung von 1958 niedergelegt ist. Da es somit eher unter dem Blickwinkel der Menschenwürde konzipiert ist, kann sich der Grad seines Schutzes je nach der Funktion der Privat- oder Geschäftsräume ändern, ob sie nun einer natürlichen Person oder einer juristischen Person gehören. Die neuere Gesetzgebungstendenz geht jedoch zweifellos in die Richtung eines sehr weitgehenden Schutzes auch für Geschäftsräume.

70. So unterscheidet die Ordonnance 86/1243 vom 1. Dezember 1986 über die freie Preisbildung und den freien Wettbewerb zwischen zwei Arten von Untersuchungen. Ihr — positiv formulierter — Artikel 47 gestattet es den Prüfern, *alle Räume, Grundstücke oder Transportmittel, die zu Geschäftszwecken bestimmt sind, zu betreten* und *die Aushändigung von Geschäftsunterlagen zur Anfertigung von Kopien zu verlangen.* Ihr — in Form einer Einschränkung formulierter — Artikel 48 gestattet ihnen die Durchführung von „Durchsuchungen (visites) an Örtlichkeiten jeder Art" sowie die Beschlagnahme von Unterlagen nur mit vorheriger Genehmigung des Präsidenten des Tribunal de grande instance, in dessen Bezirk die zu durchsuchenden Örtlichkeiten liegen. Sobald die Prüfer somit aktiv an der Untersuchung teilnehmen wollen, indem sie sich nicht mit einer bloßen Aushändigung von Unterlagen begnügen, sondern selbst danach suchen, ist eine vorherige richterliche Anordnung erforderlich. Außerdem sieht Artikel 48 vor, daß „das Gericht zu prüfen hat, ob der ihm vorgelegte Antrag auf Genehmigung begründet ist", und ob „er die Angaben enthält, deren es bedarf, um die Durchsuchung zu rechtfertigen".

71. Da dieser sehr strenge Schutz auf einer relativ neuen Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 29. Dezember 1983 beruht, wonach jede Durchsuchung nur von einem Gericht angeordnet werden kann, um kon-

10 — So verlangt das Gesetz über das Strafverfahren für das Betreten und die Durchsuchung einer Wohnung die Zustimmung und eine Anordnung sowie, im Fall der Weigerung, eine mit Gründen versehene richterliche Anordnung.

kret bestimmte Zuwiderhandlungen festzustellen, und wonach sie nur unter seiner Kontrolle und Verantwortung durchgeführt werden darf, steht wohl fest, daß er auch im Rahmen des Dekrets 72-151 vom 18. Februar 1972 über die Anwendung der Kartelle und Unternehmen in beherrschender Stellung betreffenden Artikel 85 bis 87 des Vertrags von Rom besteht, soweit die Nachprüfungen, um die die Kommission die französischen Behörden ersucht oder für die sie um deren Unterstützung nachsucht, „Durchsuchungen an Örtlichkeiten jeder Art" im Sinne des französischen Rechts mit sich bringen.

72. In *Irland* erkennt Artikel 40 Absatz 5 der Verfassung die Unverletzlichkeit der Wohnung mit folgenden Worten an:

„The dwelling of every citizen is inviolable and shall not be forcibly entered save in accordance with law."

73. Außerdem besteht dieser verfassungsrechtliche Schutz nach der Rechtsprechung wohl weder für juristische Personen noch für Geschäftsräume.

74. Daher räumen mehrere irische Gesetze, insbesondere auf steuer-, sozial- und zollrechtlichem Gebiet, der Verwaltung das Recht ein, ohne vorherige richterliche Genehmigung jeden Raum zu betreten und zu inspizieren, in dem Geschäftstätigkeiten ausgeübt werden, wobei der Verwaltung manchmal sogar gestattet wird, Geschäftsunterlagen für einen angemessenen Zeitraum mitzunehmen. Diese Gesetze gewähren den Beamten jedoch nicht das Recht, gewaltsam einzudringen und die Räume uneingeschränkt zu durchsuchen. Weigert sich aber die betroffene Person, so drohen ihr strafrechtliche Sanktionen.

75. Ebenso verhält es sich auf dem Gebiet des Wettbewerbs. Der Restrictive Practices Act (Gesetz über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen) von 1972 gestattet es dem „Examiner", ohne vorherige richterliche Anordnung eine Betriebsprüfung zu jeder angemessenen Uhrzeit „for the purposes of obtaining any information necessary for the exercise of his functions" anzuordnen. Widersetzt sich der Geschäftsinhaber, so muß er, will er sich nicht strafbar machen, vom High Court, den er innerhalb von sieben Tagen anrufen muß, die Feststellung erwirken, daß die angeordnete Betriebsprüfung den Erfordernissen des „common good" zuwiderläuft. Bis zum Beweis des Gegenteils besteht eine Vermutung für die Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen, und diese Übereinstimmung wird in der Regel bestätigt, wenn die Betriebsprüfung für die Erstellung eines ordnungsgemäßen und zutreffenden Berichts erforderlich gewesen ist.

76. Somit ist nach irischem Recht die Einschaltung eines Gerichts grundsätzlich nur geboten, wenn sich das Unternehmen einer Nachprüfung widersetzt.

77. In *Italien* erklärt Artikel 14 der Verfassung die Wohnung für unverletzlich. Anerkanntermaßen gilt diese Vorschrift auch für Geschäftsräume juristischer Personen. Die Absätze 2 und 3 des Artikels 14 enthalten sodann eine Unterscheidung zwischen „ispezioni o perquisizioni o sequestri" einerseits, die nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und in den gesetzlich festgelegten Formen im Einklang mit den zum Schutz der persönlichen Freiheit vorgeschriebenen Garantien durchgeführt werden können, und den „accertamenti e ispezioni" aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder zu wirtschafts- oder abgabenrechtlichen Zwecken andererseits, die in besonderen Gesetzen geregelt sind.

78. Nur für Durchsuchungen (perquisizioni) ist grundsätzlich eine vorherige richterliche Genehmigung erforderlich. Dagegen räumen die Gesetze zur Regelung der Vor-

nahme der der Nachprüfungen (accertamenti) und der Inspektionen (ispezioni), insbesondere in den Bereichen des Gesundheits- und des Arbeitsschutzes sowie auf zoll- und steuerrechtlichem Gebiet, den öffentlichen Bediensteten in der Regel weitgehende Befugnisse zur Untersuchung von Örtlichkeiten, Büchern und Unterlagen ohne vorherige richterliche Anordnung ein.

79. Aufgrund des zur Aufführung des Artikels 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 erlassenen Dekrets Nr. 884 des Präsidenten der Republik vom 22. September 1963 können die Beamten der „polizia tributaria" erforderlichenfalls zur Beistandsleistung für die Beamten des Industrie- und Handelsministeriums herangezogen werden, denen ihrerseits die Unterstützung der Kommission übertragen ist. Diese Beamten verfügen über die *Befugnis,* Räume von Handels- oder Industrieunternehmen *zu betreten und dort Nachprüfungen und Untersuchungen durchzuführen.* Der Verfassungsgerichtshof hat jedoch entschieden, daß diese Tätigkeiten nicht die Möglichkeit umfassen, Koffer, Panzerschränke oder verschlossene Türen zu öffnen, deren Öffnung der Abgabenpflichtige verweigert. Aus der Untersuchung wird damit eine Durchsuchung, für die eine vorherige richterliche Genehmigung erforderlich ist, da Zwang angewandt wird.

80. Die Situation in *Luxemburg* deckt sich weitgehend mit der in Belgien. Wie im belgischen Recht macht die Verfassung (Artikel 15) Haussuchungen nicht selbst von einer vorherigen richterlichen Genehmigung abhängig, sondern hat es dem Gesetzgeber überlassen, die Fälle und Formen festzulegen, in denen sie vorgenommen werden können. Die Frage, ob dieser verfassungsrechtliche Schutz auch für juristische Personen gilt, ist noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt.

81. Der luxemburgische Gesetzgeber hat außerhalb des Bereichs des Strafverfahrens nicht die Einschaltung der Gerichte auf dem Gebiet des Zugangs zu und der Durchsuchung von Geschäftsräumen vorgesehen. Im Bereich der Einkommensteuer und der indirekten Steuern, insbesondere der Mehrwertsteuer, hat die Steuerverwaltung nicht nur die Befugnis, die Vorlage von Schriftstücken zu verlangen, sondern sie kann auch Nachprüfungen einschließlich Haussuchungen vornehmen. Nach dem Gesetz über die Überwachung des Finanzsektors in der Fassung des Texte coordonné vom 15. April 1986 kann die Leitung des Luxemburgischen Währungsinstituts „selbst oder durch Bedienstete des Instituts Bücher, Rechnungsaufstellungen, Register und andere Urkunden und Schriftstücke der Kreditanstalten an sich nehmen". Auf dem Gebiet des *Wettbewerbs*rechts verfügen die zuständigen Beamten aufgrund einer einfachen Ermächtigung durch den Minister für Wirtschaft und Mittelstand über ein „weitestgehendes Untersuchungsrecht"; sie können außerdem Polizeibeamte zur Unterstützung anfordern.

82. Nach dem Gesetz vom 9. August 1971 zur Durchführung und Sanktionierung der Entscheidungen und Richtlinien sowie zur Sanktionierung der Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften auf den Gebieten der Wirtschaft, der Landwirtschaft, der Forstwirtschaft, des Arbeits- und Sozialrechts und des Verkehrs haben die Bediensteten, denen die Untersuchung von Zuwiderhandlungen gegen diese Rechtsquellen übertragen ist, ohne Durchsuchungsanordnung Zugang zu den Räumlichkeiten, Grundstücken, Transportmitteln, *Büchern und Geschäftsunterlagen* der betroffenen Personen und Unternehmen, es sei denn, daß es sich um eine Privatwohnung handelt.

83. In den *Niederlanden* bestimmt Artikel 12 der Verfassung folgendes:

„Eine Wohnung darf gegen den Willen des Bewohners nur in den durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Fällen von der hierfür durch Gesetz oder aufgrund

eines Gesetzes für zuständig erklärten Person betreten werden."

84. Die Legislative kann es somit auch der Exekutive überlassen, im Rahmen des Gesetzes selbst abstrakt zu regeln, in welchen Fällen eine Wohnung betreten werden darf. Außerdem *gilt* diese Vorschrift, die keine vorherige richterliche Kontrolle vorschreibt, *weder für juristische Personen noch für andere Orte als Wohnungen natürlicher Personen* und setzt den Widerspruch des Bewohners voraus.

85. Demgemäß unterscheiden die besonderen Gesetze, die Kontroll- oder Inspektionsbefugnisse und das Recht auf Aushändigung von Schriftstücken für die Bediensteten der Verwaltung begründen, in der Regel zwischen Privatwohnungen und anderen Orten. Sowohl das Gesetz über den Wettbewerb in der Wirtschaft als auch die Abgabenordnung gestatten es den zuständigen Beamten, jederzeit, erforderlichenfalls mit Unterstützung von Polizeibeamten, alle Räume zu betreten, sofern sie dies nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich halten, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Auf dem Gebiet des Wettbewerbs benötigen sie nur dann eine schriftliche Anordnung, die allerdings nicht von einem Gericht erlassen wird, und müssen sie sich nur dann von einem Polizeikommissar oder dem Bürgermeister der Gemeinde begleiten lassen, wenn der betreffende Ort eine Privatwohnung ist.

86. Die gerichtliche Kontrolle des Betretens der Geschäftsräume eines Unternehmens findet immer nur nachträglich statt.

87. Nach dem aufgrund von Artikel 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 erlassenen Gesetz vom 10. Juli 1968 können die mit einer Nachprüfung beauftragten Beamten alle in Absatz 1 aufgeführten Handlungen mit Ausnahme des Betretens von Räumen, die zu einer Wohnung gehören, vornehmen. Das Betreten aller anderen Räume ist somit ohne Einschränkung zulässig.

88. In *Portugal* ist die Unverletzlichkeit der Wohnung relativ streng verfassungsrechtlich geschützt. Artikel 34 Absatz 2 der Verfassung von 1976 bestimmt:

„Der Zutritt zur Wohnung der Staatsbürger darf gegen deren Willen nur vom zuständigen Gericht in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form angeordnet werden."

Nach Absatz 3 gilt das Verbot während der Nacht uneingeschränkt.

89. Sowohl das Erfordernis einer vorherigen richterlichen Kontrolle als auch der Gesetzesvorbehalt gelten somit schon für das Betreten der Wohnung.

90. Allerdings scheint die Frage, ob dieser verfassungsrechtliche Schutz auch für *Geschäftsräume* juristischer Personen gilt, noch *nicht endgültig geklärt* zu sein. Außerdem ist die vorherige richterliche Genehmigung bei Zustimmung der betroffenen Personen nicht erforderlich. Dies hat der Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung vom 9. Januar 1987 im Rahmen eines Vorverfahrens der verfassungsrechtlichen Kontrolle des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Strafgesetzbuchs ausdrücklich bestätigt.

91. Ich möchte noch darauf hinweisen, daß der Entwurf eines Decreto-lei zur Ausführung des Artikels 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 die Festsetzung von Geldbußen gegen Unternehmen vorzusehen scheint, die die Mitwirkung an von der Kommission angeordneten Nachprüfungen verweigern.

92. Im *Vereinigten Königreich* gibt es aufgrund der absoluten Souveränität des Parlaments keinen verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz im eigentlichen Sinn. Die Gerichte sehen sich aber herkömmlicherweise als berechtigt an, die Beachtung der dem Bürger nach dem Common Law zustehenden Grundrechte zu überwachen, und der Gesetzgeber läßt sich davon im allgemeinen leiten, indem er mit dieser Rechtsprechung in Einklang stehende Schutzmaßnahmen trifft.

93. Dies gilt insbesondere für das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, durch das auch Geschäftsräume geschützt sind.

94. Einige Regelungen, insbesondere auf dem *Gebiet der Mehrwertsteuer und der sozialen Sicherheit,* gestatten es der Verwaltung jedoch, ohne *richterliche Genehmigung* Geschäftsräume zu betreten und zu inspizieren sowie die Vorlage von Geschäftsunterlagen zu verlangen. Nur wenn zum Betreten der Räumlichkeiten und zu ihrer Durchsuchung Gewalt angewandt werden soll, bedarf es einer vorherigen richterlichen Anordnung.

95. Das britische Parlament hat keine besonderen Maßnahmen zur Durchführung des Artikels 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 getroffen. Erforderlichenfalls kann die Zustimmung des Unternehmens durch eine Anordnung des High Court herbeigeführt werden, die sogleich beantragt werden kann. Die entsprechenden „Orders" des High Court berechtigen nicht zum gewaltsamen Eindringen, falls sich das Unternehmen weiterhin der Nachprüfung widersetzt; bei einer zweiten Weigerung kann die betroffene Person jedoch unverzüglich in Haft genommen werden.

96. Ich möchte mir nebenbei die Frage erlauben, ob dieses Verfahren es dem Unternehmen nicht dadurch, daß eine Sanktion erst nach einer zweiten Weigerung verhängt werden kann, allzu leicht macht, die kompromittierenden Unterlagen beiseite zu schaffen.

*

97. Aus dieser kurzen Untersuchung ergibt sich, daß das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung — wie die Kommission bereitwillig einräumt — zweifellos den Verfassungstraditionen aller Mitgliedstaaten gemeinsam ist.

98. Dieses Recht findet im übrigen in der von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) einen besonderen Ausdruck. Nach deren Artikel 8 Absatz 1 hat „jedermann ... Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, *seiner Wohnung* und seines Briefverkehrs".

99. Das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung ist daher als eines der Grundrechte anzusehen, die alle Organe der Gemeinschaft zu wahren haben.

100. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Grundsatz auch die Geschäftsräume juristischer Personen schützt und welches ge-

gebenenfalls der Umfang und die Modalitäten dieses Schutzes sind.

101. Wie wir gesehen haben, ist die Situation nicht in allen Mitgliedstaaten dieselbe. In einigen Mitgliedstaaten ist die Frage nicht endgültig und eindeutig geregelt. In anderen ist sie im Sinne ihrer Verneinung entschieden. Dies gilt insbesondere für Irland und die Niederlande, wo wegen der Verwendung der Begriffe „dwelling" und „woning" angenommen wird, daß der Schutz des Rechts auf Achtung der Wohnung nur für die Privatwohnung der dort wohnenden Personen gilt.

102. Außerdem ist die Frage, was Artikel 8 EMRK angeht, noch nicht endgültig und eindeutig geklärt. Professor Frowein selbst hat sich in seinem Kommentar von 1985 [11] gegen eine Gleichstellung von Geschäftsräumen mit der Wohnung von Privatpersonen ausgesprochen.

103. Von diesen Divergenzen abgesehen, ist jedoch eine allgemeine Tendenz zugunsten einer solchen Gleichstellung im nationalen Recht festzustellen. Jedenfalls unterliegt die Inspizierung von Geschäftsräumen in den allermeisten Mitgliedstaaten aufgrund besonderer Gesetze mehr oder weniger strengen Form- und Verfahrensvoraussetzungen. Mit der Kommission schlage ich Ihnen daher vor, ausdrücklich die Existenz eines gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts der Unverletzlichkeit von Geschäftsräumen anzuerkennen.

104. Zwar haben Sie die Frage, ob dieses Recht insbesondere dadurch verletzt wird, daß die Verordnung Nr. 17 der Kommission die Vornahme von Nachprüfungen ohne vorherige Unterrichtung des betroffenen Unternehmens erlaubt, in Ihrem Urteil in der Rechtssache 136/79 [12] verneint, ohne zuvor ausdrücklich festzustellen, daß Artikel 8 EMRK für juristische Personen gilt. (Siehe Randnr. 19: „soweit er für juristische Personen gilt".)

105. In Ihrem Urteil vom 14. April 1960 in der Rechtssache 31/59 (Acciaieria e Tubificio di Brescia/Hohe Behörde, Slg. 1960, 161, 180) haben Sie aber festgestellt, daß das Recht auf Achtung des Privatlebens auch für Geschäftsräume von Privatpersonen und von Gesellschaften gilt [13].

106. Aus der zuvor von mir vorgetragenen vergleichenden Übersicht über die nationalen Rechtsordnungen ergibt sich jedoch, daß die Verfassungsgarantie der Unverletzlichkeit der Wohnung selbst in den Staaten, in denen sie auf Geschäftsräume erstreckt wird, für diese nicht mit derselben Intensität wie für Privatwohnungen gilt.

107. In den Bereichen des Wirtschafts- und des Abgaben- sowie des Arbeits- und des Sozialrechts gibt es in den verschiedenen nationalen Rechten eine Vielzahl von Inspektionsmaßnahmen von unterschiedlicher Intensität, die von einem einfachen Auskunftsersuchen bis zur Suche nach Unterlagen unter Einsatz polizeilicher Gewalt reichen. Die zur Beschreibung dieser Maßnahmen verwendeten Begriffe sind verschieden (Inspektion, Kontrolle, Untersuchung, Nachforschung, Durchsuchung usw.) und beziehen sich nicht in allen Rechten auf dieselben Sachverhalte.

11 — Frowein/Peukert: „Europäische Menschenrechtskonvention", *EMRK-Kommentar*, Artikel 8, Randnr. 27.

12 — Urteil vom 26. Juni 1980 in der Rechtssache 136/79, National Panasonic/Kommission, Slg. 1980, 2033, 2056 f.

13 — Siehe in diesem Sinn die Schlußanträge von Generalanwalt Warner in der Rechtssache 136/79, Slg. 1980, 2061, 2068.

108. Außerdem gilt selbst in Deutschland, Dänemark, Spanien, Frankreich, Italien und Portugal, wo das Verfassungsrecht selbst eine vorherige richterliche Kontrolle verlangt, dieses Erfordernis nicht absolut. In Dänemark können durch Gesetz Ausnahmen vorgesehen werden. In Spanien und in Portugal sieht die Verfassung selbst vor, daß es keiner richterlichen Genehmigung bedarf, wenn die betroffene Person der Durchsuchung zustimmt. In Italien sind Nachprüfungen und Inspektionen, insbesondere zu wirtschaftlichen und abgabenrechtlichen Zwecken, in besonderen Gesetzen geregelt.

109. Schließlich ist auf dem Gebiet des Wettbewerbs sogar in Deutschland und in Frankreich keine vorherige richterliche Anordnung für das Betreten der Räumlichkeiten und für die Kontrolle der von den Unternehmen selbst vorgelegten Unterlagen erforderlich. Nur soweit die Prüfer selbst aktiv nach Unterlagen suchen wollen, die ihnen nicht freiwillig vorgelegt werden, bedarf es einer solchen Anordnung.

110. Von Interesse ist auch, daß das spanische und das griechische Recht auf dem Gebiet des Wettbewerbs trotz ihrer verfassungsrechtlichen Anforderungen für Inspektionen in Geschäftsräumen selbst dann keine vorherige richterliche Anordnung verlangen, wenn zu deren Durchführung Gewalt angewandt werden muß.

111. Schließlich können in den Mitgliedstaaten, die wie Deutschland, Dänemark und Frankreich die Anwendung von Gewalt von einer vorherigen richterlichen Anordnung abhängig machen, die Unternehmen unter Androhung von Sanktionen wie Geldbußen oder Zwangsgeldern zur Duldung von Inspektionen und zur Mitwirkung an Untersuchungen verpflichtet werden, ohne daß deswegen die vorherige Einschaltung eines Gerichts erforderlich wäre.

112. Die Europäische Menschenrechtskonvention sieht ihrerseits ausdrücklich vor, daß der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen vom Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung abweichen darf. Artikel 8 Absatz 2 EMRK lautet nämlich wie folgt:

„Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff *gesetzlich vorgesehen* ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer *demokratischen Gesellschaft* für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das *wirtschaftliche Wohl des Landes*, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer *notwendig* ist."

113. In seinem Urteil in der Rechtssache 136/79 hat der Gerichtshof stillschweigend anerkannt, daß Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 eine diesen Voraussetzungen genügende gesetzliche Vorschrift darstellt, denn er hat folgendes ausgeführt:

„Wie sich aus der siebten und achten Begründungserwägung zur Verordnung Nr. 17 ergibt, sollen *die der Kommission in Artikel 14* der Verordnung *übertragenen Befugnisse* ihr die Erfüllung des ihr im EWG-Vertrag erteilten Auftrags ermöglichen, über die Beachtung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu wachen. Nach Absatz 4 der Präambel zum EWG-Vertrag, nach Absatz 3 Buchstabe f und nach den Artikeln 85 und 86 sollen diese Regeln Wettbewerbsverfälschungen zum Schaden des öffentlichen Interesses, der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher vermeiden helfen. Die Aus-

übung der der Kommission in der Verordnung Nr. 17 übertragenen Befugnisse dient der Aufrechterhaltung der vom Vertrag gewollten Wettbewerbsordnung, die die Unternehmen zu achten haben. Somit wird das Recht, auf das sich die Klägerin beruft, nicht dadurch gefährdet, daß der Kommission in der Verordnung Nr. 17 Befugnisse zur Durchführung von Nachprüfungen ohne vorherige Mitteilung eingeräumt werden."

114. Obwohl in der Rechtssache 136/79 Gegenstand des Streits das Fehlen einer der Nachprüfung vorausgehenden Mitteilung war, läßt sich aus diesem Urteil meines Erachtens doch ableiten, daß die in Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Nachprüfungsbefugnisse nach Ansicht des Gerichtshofes die Voraussetzungen des Artikels 8 Absatz 2 EMRK erfüllen.

115. Zur Untermauerung dieser Schlußfolgerung kann auch auf das Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssache 5/85 (AKZO Chemie/Kommission, Slg. 1986, 2585, Randnr. 27) verwiesen werden, wo es heißt:

„Die Klägerinnen räumen selbst ein, daß eine Entscheidung, mit der einem Unternehmen aufgegeben wird, eine Nachprüfung zu dulden, dann nicht gegen die in Artikel 8 [EMRK] niedergelegten fundamentalen Grundsätze verstößt, wenn die in Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Wie sich aus der Prüfung der beiden ersten Rügen ergibt, ist dies hier der Fall. Deshalb ist auch die dritte Rüge zurückzuweisen."

116. Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß sich sowohl aus einem Vergleich der nationalen Rechtsordnungen als auch aus der vom Gerichtshof bereits vorgenommenen Prüfung des Artikels 14 der Verordnung Nr. 17 im Hinblick auf Artikel 8 EMRK ergibt, daß die Ausübung der Befugnisse der Kommission aus Artikel 14 Absatz 3 dieser Verordnung ungeachtet der Tatsache, daß sie unter der Drohung der Verhängung eines Zwangsgelds oder einer Geldbuße erfolgt, keine Probleme im Hinblick auf den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung, angewandt auf Unternehmen, aufwerfen kann.

117. Ich möchte jedoch noch einmal darauf hinweisen, daß das in Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung vorgesehene Nachprüfungsverfahren meines Erachtens auf dem Grundsatz der Mitwirkung der Unternehmen beruht und es den Bediensteten der Kommission zwar gestattet, die Vorlage von Akten oder Schriftstücken aller Art zu dem Zweck zu verlangen, sie daraufhin zu überprüfen, ob sie den Gegenstand der Nachprüfung betreffende Informationen enthalten, daß es für sie aber nicht *das Recht* begründet, selbst Möbel zu durchsuchen und ihnen Unterlagen zu entnehmen.

118. Die Rechte der Unternehmen sind ausreichend dadurch geschützt, daß sie beim Gerichtshof die Nachprüfungsentscheidungen anfechten und die Aussetzung ihres Vollzugs beantragen können. Ich möchte auch darauf hinweisen, daß die Kommission, falls der Gerichtshof eine Nachprüfungsentscheidung nach Durchführung der Untersuchung aufheben sollte, die von ihr gefundenen Unterlagen nicht verwerten darf.

119. Dagegen liegt immer dann ein Fall des Artikels 14 Absatz 6 vor, wenn sich ein Unternehmen dem Zutritt der Bediensteten der Kommission zu seinen Gebäuden oder zu

einem bestimmten Raum widersetzt oder wenn es sich weigert, ein verschlossenes Möbelstück zu öffnen oder bestimmte Unterlagen, die sich in einem Möbel oder auch nur im Handkoffer eines seiner Angestellten befinden, den Bediensteten der Kommission auszuhändigen, und wenn dieses Verhalten formell in einem Protokoll festgehalten worden ist.

120. Man begibt sich damit auf ein ganz anderes Gebiet, nämlich auf dasjenige des zwangsweisen Vollzugs einer Gemeinschaftsentscheidung, der nur von den zuständigen nationalen Behörden durchgeführt werden kann. Es läßt sich somit sagen, daß sich die Nachprüfung durch den Widerspruch des Unternehmens in ein Verfahren von der Art einer Durchsuchung umwandelt. Die nationalen Behörden können aber Zwang nur unter den im Recht ihres Landes vorgesehenen Voraussetzungen ausüben. Immer dann, wenn dieses Recht ein solches Vorgehen von einer vorherigen richterlichen Anordnung oder Entscheidung abhängig macht, muß somit diese Anordnung oder Entscheidung von den zuständigen nationalen Behörden eingeholt werden.

121. Prüfen wir nunmehr, welche Konsequenzen sich aus dem zuvor Gesagten für die Entscheidung der beim Gerichtshof anhängigen Rechtsstreitigkeiten ergeben.

C — *Anwendung der vorgeschlagenen Entscheidungsgrundsätze auf die vorliegenden Rechtssachen*

122. *1.* Die Hoechst AG beantragt, die Nachprüfungsentscheidung vom 15. Januar 1987 insoweit aufzuheben, „als sie die Befugnis zu einer Durchsuchung einschließt, insbesondere hinsichtlich der Befugnis, Räumlichkeiten und Behältnisse darauf zu untersuchen, ob und gegebenenfalls welche Geschäftsunterlagen sich darin befinden".

123. Die anderen Klägerinnen machen geltend, die Bediensteten der Kommission hätten tatsächlich ihre Archive und bestimmte persönliche Gegenstände (Handkoffer, Terminkalender) durchsucht. Sie beantragen demgemäß, entweder die Entscheidungen selbst, soweit sie diese Vorgehensweise gestatten, oder den Vollzug der Entscheidung durch die Bediensteten der Kommission für nichtig zu erklären.

124. Ich möchte erstens daran erinnern, daß ich zu Anfang dieser Schlußanträge bereits die Ansicht der Hoechst AG zurückgewiesen habe, daß selbst die freiwillige Vorlage von Geschäftsunterlagen zu dem Zweck, einer Nachprüfungsentscheidung nachzukommen, eine Durchsuchung darstelle, wenn die Kommission die genaue Natur und die Einzelheiten dieser Unterlagen nicht kenne.

125. Zweitens habe ich soeben festgestellt, daß eine auf die Mitwirkung des Unternehmens gestützte Nachprüfung, in deren Rahmen die Bediensteten der Kommission nicht selbst die Räumlichkeiten und Möbel durchsuchen, sondern lediglich die Aushändigung von ihnen (und sei es auch nur in sehr allgemeiner Weise) bezeichneter Unterlagen verlangen, keine Probleme im Hinblick auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung aufwerfen kann. Diese Art von Nachprüfung ist in Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehen; auf diese Vorschrift wird in den Nachprüfungsentscheidungen einfach verwiesen.

126. Allerdings legt die Kommission ihre Befugnisse in dem Sinn weiter aus, daß ihre Bediensteten auch ohne richterliche Anordnung zu einer aktiven Durchsuchung berechtigt seien. Damit stellt sich die Fräge, ob eine Entscheidung für rechtswidrig erklärt werden kann, nicht weil sie einen bestimm-

ten Wortlaut hat, sondern weil das Organ, das sie erlassen hat, sie in einer bestimmten Weise auslegt und glaubt, aufgrund dieser Auslegung in der Praxis zu einem bestimmten Verhalten berechtigt zu sein.

127. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Die Befugnisse der Bediensteten der Kommission ergeben sich nicht aus den Nachprüfungsentscheidungen, sondern aus dem Gesetz, nämlich aus Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17. Mit den Nachprüfungsentscheidungen werden diese Befugnisse nur auf einen konkreten Fall bezogen, indem gegenüber den betroffenen Personen auf die Befugnisse der Bediensteten der Kommission hingewiesen wird. Soweit der Inhalt der Nachprüfungsentscheidung, wie dies hier der Fall ist, voll und ganz mit dem der Vorschrift in Einklang steht, mit der die Befugnisse begründet werden (Artikel 14 Absatz 3), kann die Entscheidung nicht rechtswidrig sein. Dagegen kann sich ein Verhalten der Prüfer, mit dem die durch eine Nachprüfungsentscheidung gezogenen Grenzen überschritten werden, auf die Gültigkeit *der Fortsetzung des Verfahrens,* d. h. auf die Gültigkeit einer eventuellen Entscheidung der Kommission, mit der ein Verstoß gegen Artikel 85 EWG-Vertrag festgestellt wird, auswirken.

128. Die Entscheidungen vom 15. Januar 1987, mit denen Nachprüfungen in den Räumen der Unternehmen Hoechst AG, Dow Benelux NV, Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA und Empresa Nacional del Petroleo SA angeordnet wurden, können somit nicht als rechtswidrig angesehen werden.

129. 2. Welche Konsequenzen sind aber aus meinen bisherigen Ausführungen für die Gültigkeit der Festsetzung eines Zwangsgelds zu ziehen? Insoweit meine ich, daß einem Unternehmen ein Zwangsgeld auferlegt werden kann, sobald es sich weigert, den Prüfern der Kommission alle von diesen (und sei es auch nur in sehr allgemeiner Weise) bezeichneten Unterlagen auszuhändigen. Allerdings muß diese Weigerung in einer Weise festgestellt werden, die keinen Raum für Zweifel läßt. In Fällen der hier gegebenen Art hat dies durch die Aufstellung eines Protokolls zu geschehen.

130. Aus der Antwort der Kommission auf die Frage des Gerichtshofes nach den Weisungen, die sie ihren Bediensteten gegeben hat, ergibt sich, daß diese zunächst die Vertreter des Unternehmens fragen, ob sie die Nachprüfung dulden wollen. Verweigert das Unternehmen die Duldung oder erklärt es, sie zu dulden, macht sie aber gleichzeitig unmöglich, so wird ein Protokoll erstellt, in dem die Weigerung festgehalten wird; dieses Protokoll wird von der Kommission, von dem Unternehmen (falls es dies wünscht) und vom Vertreter des betroffenen Mitgliedstaats unterzeichnet. Die Bediensteten der Kommission verlassen sodann das Firmengelände und nehmen unverzüglich Kontakt mit der Kommission auf, um eine Entscheidung über die Anwendung des Artikels 14 Absatz 6 herbeizuführen.

131. Was ist konkret im Fall der Hoechst AG geschehen? Bei der ersten Vorsprache der Bediensteten der Kommission am 20. Januar 1987 wurde in einem vom Rechtsberater des Unternehmens unterzeichneten Protokoll festgestellt, daß dieses die Nachprüfung schlechthin verweigert (Anlage 2 a zur Klageschrift).

132. Als diese Bediensteten am 22. Januar 1987 zum zweiten Mal bei dem Unternehmen vorstellig wurden, erklärte deren Rechtsberater außerdem, daß *jedes* Tätigwerden der Bediensteten der Kommission auf der Basis der Entscheidung vom 15. Januar 1987 als rechtswidrig anzusehen sei und daß die Vertreter des Unternehmens zwar keinen aktiven Widerstand leisten

würden, jedoch *jegliche* Mitwirkung an den Nachprüfungen ablehnten (Anlage 2 b zur Klageschrift).

133. Am 23. Januar 1987 verlangten die Bediensteten der Kommission, die wiederum von Vertretern des Bundeskartellamts begleitet wurden, unter anderem die Vorlage von in verschlossenen Behältnissen vermuteten Geschäftsunterlagen. Wie es in dem Protokoll über diesen Nachprüfungsversuch heißt, „lehnte" der Rechtsberater des Unternehmens „die Vorlage der verlangten Geschäftsunterlagen ab und wies insbesondere das Ersuchen um Öffnen des verschlossenen Behältnisses zurück" (Anlage 2 c zur Klageschrift).

134. Da sich der Vertreter der zuständigen nationalen Behörde nicht für befugt hielt, das fragliche Behältnis ohne eine Durchsuchungsanordnung gewaltsam zu öffnen, trat an diesem Punkt eine Unterbrechung des Nachprüfungsverfahrens ein.

135. Die Hoechst AG hat sich somit dreimal hintereinander jeder Art von Nachprüfung widersetzt, also auch einer Art der Nachprüfung, die lediglich in der Vorlage der von den Bediensteten der Kommission angeforderten Unterlagen durch die Vertreter des Unternehmens selbst bestanden hätte. Die Kommission war somit voll und ganz berechtigt, ein Zwangsgeld gegen das Unternehmen festzusetzen.

136. Tatsächlich konnte die Nachprüfung, die schließlich am 2. und 3. April 1987 bei der Hoechst AG stattfand, worauf die Kommission auf Seite 6 ihrer Gegenerwiderung hinweist, nur vorgenommen werden, weil nunmehr eine Durchsuchungsanordnung vorlag. In das Protokoll vom 2. April 1987 ließ der Rechtsberater des Unternehmens nämlich folgende Erklärung aufnehmen:

„Im Hinblick darauf, daß nunmehr eine richterliche Durchsuchungsanordnung vorliegt, duldet die Hoechst AG die *Nachprüfung* und Durchsuchung" (Hervorhebung im Original nicht enthalten).

137. *3.* Ich möchte noch einige Ausführungen zum Verhalten der anderen Klägerinnen machen.

Im Unterschied zur Hoechst AG widersetzten sich diese Unternehmen nicht den Nachprüfungen, doch scheinen die Bediensteten der Kommission im Rahmen dieser Nachprüfungen Schränke und Schubladen sowie den Handkoffer und den Terminkalender eines Verantwortlichen eines dieser Unternehmen durchsucht zu haben. Die Unternehmen tragen vor, die an Ort und Stelle anwesenden Angehörigen ihres Führungspersonals hätten hiergegen mündlich protestiert. Die Kommission behauptet hingegen, sie hätten einer Durchsuchung aller Schränke und Schreibtische durch ihre Beamten zugestimmt.

138. Wie ist diese Streitfrage zu beurteilen? Tatsache ist zunächst, daß sich in diesem Verfahrensstadium nicht mehr feststellen läßt, was wirklich vorgegangen ist, da kein neutraler Zeuge bei diesen Nachprüfungshandlungen zugegen war. Fest steht ferner, daß das Verfahren, wenn die Vertreter eines Unternehmens damit einverstanden sind, daß die Bediensteten der Kommission selbst den Schränken und Schubladen Unterlagen entnehmen, nicht dieses Umstands wegen als fehlerhaft angesehen werden kann. Schließlich werden die Unternehmen, wie ich schon dargelegt habe, ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, sich der Nachprüfung — und damit auch der Art und Weise, in der die Bediensteten der Kommission diese vorzunehmen beabsichtigen — zu widersetzen und dies in einem Protokoll festhalten zu lassen, was dazu führt, daß sich die Bediensteten der Kommission entfernen.

139. Die Angehörigen des Führungspersonals der Dow Benelux NV und der drei spanischen Unternehmen haben aber ihren angeblichen Widerspruch dagegen, daß die Bediensteten der Kommission nach Geschäftsunterlagen suchen, nicht zu Protokoll gegeben. Somit ist davon auszugehen, daß diese Unternehmen die Nachprüfung in der Form, in der sie durchgeführt wurde, geduldet haben, so daß es nicht in Betracht kommt, *den Vollzug* der sie betreffenden Entscheidung für rechtswidrig zu erklären, selbst wenn man dies grundsätzlich für möglich hält. Auch die Fortsetzung des gegen sie von der Kommission durchgeführten Verfahrens ist nicht rechtswidrig.

140. Im Ergebnis schlage ich Ihnen somit vor, die Anträge der Klägerinnen insoweit zurückzuweisen, als diese die Verletzung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung rügen.

D — *Die Rolle der nationalen Gerichte und die Befugnisse, die dem Gerichtshof zustehen oder ihm zugewiesen werden könnten*

141. Ich habe zuvor festgestellt, daß es, wenn eine gegen den Widerspruch des Unternehmens durchgeführte Nachprüfung nach nationalem Recht eine Durchsuchung darstellt, für die es einer richterlichen Anordnung bedarf, Sache der zuständigen nationalen Behörden ist, eine solche Anordnung zu erwirken. Meines Erachtens darf das nationale Gericht jedoch seine Prüfung des entsprechenden Antrags nicht auf die Frage erstrecken, ob die Nachprüfungsentscheidung der Kommission rechtmäßig ist. Nur dem Gerichtshof steht es nämlich zu, eine Handlung eines Gemeinschaftsorgans aufzuheben oder für ungültig zu erklären. In seinem Urteil vom 20. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85 (Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Slg. 1987, 4199) hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß die nationalen Gerichte zwar die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung prüfen und eventuell feststellen können, daß die Handlung in vollem Umfang gültig ist (Randnr. 14), daß sie aber nicht befugt sind, selbst die Ungültigkeit solcher Handlungen festzustellen (Randnr. 20). Er hat dies aus dem Erfordernis der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der notwendigen Kohärenz des vom Vertrag geschaffenen Rechtsschutzsystems abgeleitet. Zwar hat er in der Randnummer 19 desselben Urteils ausgeführt, daß

„Abweichungen von der Regel, nach der die nationalen Gerichte nicht befugt sind, selbst die Ungültigkeit von Gemeinschaftshandlungen festzustellen, unter bestimmten Umständen im Falle eines Verfahrens der einstweiligen Anordnung geboten sein können".

142. Ich meine jedoch, daß eine „Abweichung" von dieser Regel nicht gerechtfertigt wäre, wenn es um die Durchführung einer Nachprüfung geht. Hier dürfte die in Artikel 192 EWG-Vertrag enthaltene Regelung für die Zwangsvollstreckung analog anzuwenden sein. Nach dieser Vorschrift erfolgt die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Rates oder der Kommission, die eine Zahlung auferlegen, nach den Vorschriften des Zivilprozeßrechts des Staates, in dessen Hoheitsgebiet sie stattfindet; jedoch wird die Vollstreckungsklausel nach einer Prüfung, die sich lediglich auf die Echtheit des Titels erstrecken darf, von der staatlichen Behörde erteilt, die die Regierung jedes Mitgliedstaats zu diesem Zweck bestimmt hat.

143. Wenn es sich aber bei der Vollstrekkung einer Geldbuße, die unbestreitbar einen Eingriff in das Eigentum mit sich bringt, als möglich erwiesen hat, die Tätigkeit der nationalen Behörden auf die Prüfung der Echtheit der Entscheidung zu beschränken, so ist nicht einzusehen, weshalb die nationalen Gerichte bei Durchsuchungen berechtigt sein sollten, die Entscheidung der Kommission auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, da das Unternehmen diese Ent-

scheidung ja auf jeden Fall durch eine Klage nach Artikel 173 anfechten kann. Wird die Nachprüfungsentscheidung aufgehoben, so kann die Kommission von den Informationen, die sie erlangt hat, keinen Gebrauch machen. Vielleicht bedarf es in einigen Mitgliedstaaten noch einer Rechtsetzung, um die zur Durchführung des Artikels 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 erlassenen nationalen Vorschriften in diesem Sinn zu ergänzen.

144. Bisher konnte das durch die Verordnung Nr. 17 geschaffene System weitgehend korrekt funktionieren, da kein Unternehmen die Durchführung von Nachprüfungshandlungen wirklich behindert hat. Nachdem die Hoechst AG hierfür ein Beispiel gegeben hat, ist zu befürchten, daß der Regelung des Artikels 14 Absatz 3 künftig durch eine immer stärkere Zunahme formeller Weigerungserklärungen der Unternehmen in der Praxis ihre Wirksamkeit genommen wird. Die Unternehmen könnten jedesmals die Vorlage einer Durchsuchungsanordnung verlangen, so daß die Kommission den Vorteil des Überraschungseffekts einbüßt. Die Nachprüfungen drohen so völlig ins Leere zu gehen.

145. Will die Kommission dies verhindern, so wird sie sich logischerweise veranlaßt sehen, die zuständigen nationalen Behörden in jedem Fall zu ersuchen, vorsorglich eine Durchsuchungsanordnung oder eine „Court order" zu erwirken, die sie vorlegen können, sobald sich herausstellt, daß sich das Unternehmen der Nachprüfung ganz oder teilweise widersetzt. Das „Select Committee on the European Communities" des House of Lords hat in seinem Bericht vom 15. Mai 1984 [14] bereits auf die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise zumindest in den Fällen, in denen eine Weigerung zu befürchten ist, sowie auf die Möglichkeit ihrer Anwendung in England und Wales hingewiesen (Abschnitt 45 des Berichts).

146. Allerdings wäre es bei weitem vorzuziehen, wenn für die Bediensteten der Kommission selbst vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine richterliche Anordnung erlassen werden könnte.

147. Der Gerichtshof entscheidet nämlich über eine eventuelle Klage gegen die Nachprüfungsentscheidung, über einen Antrag auf Ausssetzung des Vollzugs oder über eine eventuelle Anfechtungsklage gegen die abschließende Entscheidung der Kommission, mit der wegen einer Verletzung des Artikels 85 oder des Artikels 86 gegen das Unternehmen vorgegangen wird. Es wäre daher konsequent, wenn der Gerichtshof auf Antrag der Kommission vor Durchführung der Nachprüfung auch prüfen könnte, ob die Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln, die der Kommission vorliegen, hinreichend konkret sind. Damit würde sich jeder Antrag des Unternehmens auf Aussetzung des Vollzugs erübrigen.

148. Ein zusätzliches Argument für eine solche „europäische Durchsuchungsanordnung" ergibt sich daraus, daß in Fällen, in denen die Kommission meint, in verschiedenen Ländern gleichzeitig Nachprüfungen durchführen zu müssen, die erforderlichen Anordnungen vielleicht nicht immer in allen diesen Ländern rechtzeitig erwirkt werden können.

149. In seinem im Auftrag der Hoechst AG erstellten Rechtsgutachten (Anlage 6 zur Erwiderung) vertritt Professor Dr. Frowein

14 — Commission's Powers of Investigation and Inspection, House of Lords, Session 1983/84, 18th Report, HMSO.

die Ansicht, eine solche Befugnis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften lasse sich schon jetzt aus dem Gemeinschaftssystem und seinen Strukturen sowie aus dem Grundsatz ableiten, daß die Gemeinschaft die Wahrung der Grundrechte gewährleiste.

150. Diese Ansicht ist sehr bestechend, zumal der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft in seinem Artikel 81 ein Verfahren dieser Art auf dem Gebiet der Sicherheitsüberwachung vorsieht. In dieser Vorschrift heißt es insbesondere:

„Wird der Durchführung einer Überwachungsmaßnahme widersprochen, so hat die Kommission beim Präsidenten des Gerichtshofes einen Gerichtsbefehl zu beantragen, um die Durchführung dieser Überwachung im Zwangswege sicherzustellen. Der Präsident des Gerichtshofes entscheidet innerhalb von drei Tagen.

Bei Gefahr im Verzuge kann die Kommission durch eine eigene Entscheidung eine schriftliche Anordnung der Überwachungsmaßnahmen erlassen. Diese Anordnung ist dem Präsidenten des Gerichtshofes unverzüglich zur nachträglichen Genehmigung vorzulegen."

151. Es ließe sich also geltend machen, daß die Mitgliedstaaten für den Fall, für den sie unmittelbar ein detailliertes Überwachungsverfahren, nämlich die Regelung des Artikels 81 Euratom-Vertrag, festgelegt haben, eine Anordnung des Präsidenten des Gerichtshofes vorgesehen haben und daß es daher möglich sein müßte, dieselbe Lösung analog auch im Rahmen der Überwachungsregelung anzuwenden, deren Erlaß Artikel 87 EWG-Vertrag dem Rat übertragen hat[15].

15 — Auch Artikel 1 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften sieht, wenn auch in einem völlig anderen Zusammenhang, eine Ermächtigung des Gerichtshofes für jede Durchsuchung der Räumlichkeiten und Gebäude der Gemeinschaften vor.

152. Dem könnte man entgegenhalten, daß der Gerichtshof nicht von sich aus im Rahmen des EWG-Vertrags eine Lösung anwenden darf, die dort im Gegensatz zu einem am selben Tag unterzeichneten Vertrag gerade nicht vorgesehen ist, und daß es zumindest erforderlich wäre, daß der Rat den Inhalt des Artikels 81 Euratom-Vertrag in eine geänderte Fassung der Verordnung Nr. 17 aufnimmt. Der Rat könnte sich dabei im übrigen auf Artikel 164 EWG-Vertrag stützen, der dem Gerichtshof allgemein die Aufgabe der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zuweist.

153. Die einzige Lösung, die nicht auf Kritik stoßen könnte, wäre natürlich eine Ergänzung des EWG-Vertrags selbst. Bei dieser Gelegenheit könnte man im übrigen ausdrücklich vorsehen, daß eine Aussetzung des Vollzugs einer Nachprüfungsentscheidung gemäß Artikel 185 nicht möglich ist, weil sie die Zerstörung aller kompromittierenden Unterlagen ermöglichen würde. Eine Versiegelung der Schränke und Archive, wie sie die Kommission vorschlägt, würde meines Erachtens keine ausreichende Garantie darstellen und ließe sich in der Praxis gewiß auch schwer realisieren.

154. Wie dem auch sei, ich halte es nicht für erforderlich, daß Sie zu diesen Fragen im Rahmen der vorliegenden Rechtssachen Stellung nehmen, und möchte es daher bei den soeben von mir angestellten Überlegungen bewenden lassen, ohne Ihnen eine Entscheidung für die eine oder die andere der ins Auge gefaßten Möglichkeiten vorzuschlagen.

II — Zur Rüge der Verletzung wesentlicher Formvorschriften

155. Die Hoechst AG macht geltend, die Nachprüfungsentscheidung verstoße gegen das *Kollegalitätsprinzip,* weil sie entgegen ihrer Bezeichnung als Entscheidung der Kommission von einem einzelnen Mitglied der Kommission und nicht von dieser als Kollegialorgan erlassen worden sei.

156. Tatsächlich ist die Entscheidung von dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Mitglied der Kommission erlassen worden, das aufgrund einer internen Entscheidung vom 5. November 1980 befugt ist, im Namen der Kommission bestimmte in der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Verfahrensmaßnahmen zu treffen, insbesondere ein Unternehmen zur Duldung einer Nachprüfung gemäß Artikel 14 Absatz 3 zu verpflichten.

157. In seinem Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssache 5/85 (AKZO Chemie, Slg. 1986, 2585) hat der Gerichtshof die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Ermächtigung eines einzelnen Mitglieds der Kommission eingehend geprüft. Er ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß

„die Entscheidung vom 5. November 1980, mit der das für Wettbewerb zuständige Mitglied der Kommission ermächtigt wurde, im Namen und unter der Verantwortung der Kommission durch Entscheidungen gemäß Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 anzuordnen, daß Unternehmen sich Nachprüfungen zu unterziehen haben, nicht gegen das in Artikel 17 des Fusionsvertrags niedergelegte Kollegalitätsprinzip verstößt" (Randnr. 40).

158. Wenn dieses Kommissionsmitglied somit rechtmäßigerweise eine solche Entscheidung erlassen kann, so tut es dies im Namen der Kommission, die die volle Verantwortung für sie übernimmt (Randnr. 36 des Urteils). Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, daß sie als Entscheidung der Kommission bezeichnet worden ist.

159. Die Hoechst AG regt an, diese Rechtsprechung im Lichte des Grundsatzes „nulla poena sine lege" zu überprüfen. Bei Nichtbeachtung einer Entscheidung, mit der gemäß Artikel 14 Absatz 3 eine Nachprüfung angeordnet werde, könne aufgrund von Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 eine Geldbuße verhängt werden. Die Kommission habe mit einer bloßen verwaltungsinternen Maßnahme, die Artikel 14 betreffe, die Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldbuße nach Artikel 15 verändert.

160. Diese Argumentation überzeugt nicht. Artikel 15 trägt zur Definition der Zuwiderhandlung, deren Ahndung er ermöglichen soll, nichts bei. Die Zuwiderhandlung besteht im Verstoß eines Unternehmens gegen seine Verpflichtung, die Nachprüfungen, so wie sie in Artikel 14 Absatz 1 definiert und in der aufgrund von Artikel 14 Absatz 3 getroffenen Entscheidung konkretisiert sind, zu dulden. Sowohl die Sanktion als auch die Zuwiderhandlung sind somit gesetzlich festgelegt; ihr Inhalt wird durch die fragliche Ermächtigung in keiner Weise berührt.

161. Aufgrund des soeben Gesagten, ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, mit dem die spanischen Unternehmen die angeblich mangelhafte Form der erlassenen Entscheidungen rügen. Da diese auch dann Entscheidungen der Kommission bleiben, wenn sie aufgrund der Ermächtigung eines ihrer Mitglieder erlassen worden sind, gibt ihre Bezeichnung als Entscheidungen der Kommision in zutreffender Weise Aufschluß darüber, *welches Organ sie erlassen hat.*

162. Da der Gerichtshof ferner in dem schon erwähnten Urteil in der Rechtssache 5/85 ausdrücklich festgestellt hat, daß „die Kommission" bei der fraglichen Ermächtigungsregelung „befaßt [bleibt], da dem ermächtigten Mitglied keine eigene Befugnis übertragen wird" (Randnr. 36), sind die Entscheidungen tatsächlich aufgrund der *Entscheidungsbefugnis* der Kommission erlassen worden, und zwar unabhängig von dem angewandten Verfahren und selbst dann, wenn sie nur von einem Mitglied der Kommission — hier demjenigen, dem die Ermächtigung erteilt wurde — unterzeichnet worden sind.

163. Schließlich kann auch in dem Umstand, daß die den Empfängern zugestellten Entscheidungen mit der Formel „Für die Kommission, P. Sutherland, Mitglied der Kommission" enden, ohne jedoch dessen *Unterschrift* zu tragen, kein wesentlicher Formfehler liegen. Die Klägerinnen konnten nämlich keinesfalls verkennen, daß es sich um Entscheidungen der Kommission handelte, zumal sie durch deren Dienstsiegel und die Unterschrift ihres Generalsekretärs beglaubigt waren und ihnen von ordnungsgemäß zu ihrem Vollzug bevollmächtigten Bediensteten der Kommission ausgehändigt wurden.

III — Zur Rüge der unzulänglichen Begründung

164. Alle Klägerinnen machen einen Verstoß gegen Artikel 190 EWG-Vertrag sowie gegen Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 geltend, weil die angefochtenen Entscheidungen keine hinreichende Umschreibung von Gegenstand und Zweck der mit ihnen angeordneten Nachprüfung sowie keine Angabe darüber enthielten, zu welchem Zeitpunkt oder in welchem Zeitraum die vermeintlichen Zuwiderhandlungen begangen worden sein sollten.

165. Die Dow Benelux NV und die spanischen Unternehmen tragen ferner vor, die Kommission habe es versäumt, den fraglichen Markt räumlich abzugrenzen, zwischen dem Markt für PVC und dem für Polyäthylen sowie innerhalb des letzteren zwischen den drei Märkten für die verschiedenen Arten dieses Stoffes zu unterscheiden sowie anzugeben, ob es sich bei der angeblichen Zuwiderhandlung um ein horizontales oder um ein vertikales Kartell oder aber um beides handele.

166. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 selbst mit folgenden Worten den wesentlichen Inhalt einer Nachprüfungsentscheidung festlegt: „Die Entscheidung bezeichnet den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung, bestimmt den Zeitpunkt des Beginns der Nachprüfung und weist auf die in Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c und Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d vorgesehenen Zwangsmaßnahmen sowie auf das Recht hin, vor dem Gerichtshof gegen die Entscheidung Klage zu erheben."

167. In dem schon erwähnten Urteil in der Rechtssache 136/79 hat der Gerichtshof eine Entscheidung, die den hier streitigen Entscheidungen entsprach, als ausreichend begründet angesehen, weil sie den Anforderungen dieser Vorschrift genüge (Slg. 1980, 2033, 2059, Randnr. 27).

168. Zwar wurde die Rüge der unzulänglichen Begründung im damaligen Fall insbesondere darauf gestützt, daß die Kommission nicht angegeben hatte, weshalb sie von ihren Befugnissen aus Artikel 14 Absatz 3 und nicht von den ihr nach Artikel 14 Absatz 2 zustehenden Befugnissen Gebrauch gemacht hat.

169. Entgegen der Ansicht der spanischen Unternehmen ergibt sich hieraus meines Erachtens aber nicht, daß die Anforderungen an die Begründung verschieden sind, je nachdem, ob es sich um einen materiell-

rechtlichen oder um einen bloß das Verfahren betreffenden Punkt handelt.

170. Allgemein bin ich der Ansicht, daß es angesichts der Natur und des Zwecks der fraglichen Entscheidungen legitim ist, die Anforderungen an die Begründung auf das in Artikel 14 Absatz 3 ausdrücklich Vorgesehene zu beschränken.

171. Zum einen sind nämlich Nachprüfungsentscheidungen, ebenso wie Auskunftsverlangen nach Artikel 11 Absatz 5, Ermittlungsmaßnahmen, die als einfache Angelegenheit der laufenden Verwaltung anzusehen sind [16] Als solche unterscheiden sie sich eindeutig von anderen in der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Entscheidungen, so z. B. Entscheidungen über die Ausstellung von Negativattesten (Artikel 2), über die Verpflichtung zur Abstellung von Zuwiderhandlungen (Artikel 3), über Freistellungen nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag (Artikel 6) oder über den Widerruf einer Freistellung (Artikel 8), Bußgeldentscheidungen (Artikel 15) oder Entscheidungen über die Verhängung von Zwangsgeldern (Artikel 16). Insbesondere wegen dieser Verschiedenartigkeit gilt die in Artikel 19 enthaltene Regelung über die Anhörung Beteiligter und Dritter nicht für Entscheidungen nach den Artikeln 14 Absatz 3 und 11 Absatz 5 [17].

172. Zum anderen sollen es Nachprüfungsentscheidungen der Kommission ermöglichen, „die Unterlagen zusammenzustellen, die erforderlich sind, um die Richtigkeit und die Tragweite einer bestimmten Sach- und Rechtslage zu überprüfen" [18]. Naturgemäß kann eine solche Entscheidung somit keine eingehende, genaue und vollständige Begründung enthalten.

173. Im vorliegenden Fall enthalten alle angefochtenen Entscheidungen in ihrer Präambel eine Darlegung des mit ihnen verfolgten *Ziels*, das darin besteht, daß „die Kommission alle maßgeblichen Tatsachen und alle Umstände betreffend diese ... Absprachen und Verhaltsweisen ... feststellen kann" (fünfte Begründungserwägung), die, wenn ihr Vorliegen nachgewiesen ist, „einen schwerwiegenden Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellen" könnten (dritte Begründungserwägung). Sowohl in der ersten Begründungserwägung als auch in Artikel 1 ist angegeben, daß *Gegenstand* der Nachprüfung die eventuelle Teilnahme der Adressatinnen an Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen „in der EG zwischen gewissen Herstellern und Händlern von PVC und Polyäthylen (einschließlich, aber nicht nur LdPE) bezüglich festen oder anzustrebenden Verkaufspreisen und Lieferquoten" ist.

174. Die von den Unternehmen vorzulegenden Bücher und *Geschäftsunterlagen* sowie die von ihnen abzugebenden mündlichen Erklärungen sind im Hinblick auf den so umschriebenen Gegenstand der Untersuchung bestimmt. Daß sie nicht auf andere Art präzisiert oder gar aufgezählt sind, kann, wie wir gesehen haben, nicht zu einer übermäßigen Ausdehnung der Befugnisse der Bediensteten der Kommission führen, die in der Lage sein müssen, sich zu vergewissern, daß keine die Untersuchung betreffenden Unterlagen vor ihnen versteckt werden. Außerdem besteht der Zweck jeder Nachprüfung gerade darin, Tatsachen zu ermitteln, deren Vorliegen die Kommission mit guten Gründen vermuten kann, sowie ihre zuweilen nur knappen Informationen zu ergänzen und zu untermauern; ihre Nachprüfungsbefugnis muß sich somit notwendigerweise auf Unterlagen beziehen, die sie nicht kennt.

16 — Siehe das Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssache 5/85, AKZO Chemie, Slg. 1986, 2585, 2615, Randnr. 38.

17 — Wegen dieses „Wesensunterschied[s] zwischen Entscheidungen am Ende eines solchen Verfahrens und Nachprüfungsentscheidungen" siehe das bereits erwähnte Urteil in der Rechtssache 136/79, Slg. 1980, 2033, 2058, Randnr. 21. Ich werde hierauf im Zusammenhang mit der Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds gegen die Hoechst AG zurückkommen.

18 — Urteil in der Rechtssache 136/79, a. a. O., Randnr. 21.

175. Letzteres ist auch ein ausreichender Grund dafür, daß sie nicht anzugeben braucht, zu welchem *Zeitpunkt* oder in welchem *Zeitraum* die vermuteten Zuwiderhandlungen begangen worden sein sollen; auch diese Daten will sich die Kommission durch die Nachprüfung erst verschaffen.

176. Gleiches gilt für die Bezeichnung der *Art der Zuwiderhandlung* (horizontales oder vertikales Kartell) sowie der genauen Abgrenzung des *fraglichen Marktes,* auf dem die Zuwiderhandlung begangen worden sein soll. Erst eine eventuelle Entscheidung der Kommission, mit der das tatsächliche Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 EWG-Vertrag festgestellt wird, muß diese Angaben enthalten.

177. Daher vermag der Umstand, daß die Dow Benelux NV kein PVC herstellt und daß die Dow Chemical Ibérica SA und die Alcudia SA diesen Stoff weder herstellen noch mit ihm handeln, nicht die Aufhebung einer Nachprüfungsentscheidung zu rechtfertigen, die sich darauf bezieht, daß „zwischen gewissen Herstellern *und* Händlern von PVC *und* Polyäthylen ... Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ... abgeschlossen ... worden sind". Diese Unternehmen können an derartigen Vereinbarungen oder Verhaltensweisen als bloße PVC-Händler oder als Hersteller und Händler von Polyäthylen beteiligt sein. Erst bei Erlaß der abschließenden Entscheidungen, mit denen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 EWG-Vertrag festgestellt wird, muß die Kommission berücksichtigen, in welcher Weise sie sich tatsächlich an einem solchen Kartell beteiligt und welche genaue Rolle sie dabei gespielt haben sowie welchen Grad ihre Beteiligung in bezug auf jeden der fraglichen Märkte erreicht hat.

178. Dasselbe gilt für die EMP, die weder PVC noch Polyäthylen herstellt und mit keinem von beiden handelt, aber Mehrheitsaktionärin der Alcudia SA ist. Abgesehen davon, daß ein Unternehmen an Vereinbarungen beteiligt sein kann, ohne tatsächlich an ihrer Durchführung mitzuwirken, indem es die Erzeugnisse, auf die sie sich beziehen, herstellt und mit ihnen handelt, vermag „der Umstand, daß die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt ... noch nicht auszuschließen, daß ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann, namentlich dann, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt" [19]. Dieser kann somit eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln zugerechnet werden, sofern sie das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft entscheidend beeinflussen kann und von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Zur Klärung der Frage, ob dies der Fall war, muß die Kommission auch bei der Muttergesellschaft Nachprüfungen vornehmen können. Sollte sie feststellen, daß das Tochterunternehmen auf dem fraglichen Gebiet kommerziell so selbständig ist, daß sein Verhalten nicht der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann, so muß sie dies bei Erlaß der endgültigen Entscheidung berücksichtigen.

Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, daß die angefochtenen Entscheidungen hinreichend und korrekt begründet sind.

IV — Zu der Rüge, daß keine oder keine ausreichend bestimmten Beweise vorgelegen hätten

179. Alle Klägerinnen tragen vor, die angefochtenen Entscheidungen enthielten keine klare Angabe darüber, auf welche „Informationen" oder „Beweise" die Kommission

19 — Urteil vom 25. Oktober 1983 in der Rechtssache 107/82, AEG/Kommission, Slg. 1983, 3151, Randnr. 49; siehe auch das Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69, ICI/Kommission, Slg. 1972, 619, Randnrn. 132 f.

ihre Anordnung der streitigen Nachprüfungen stütze.

180. Während die Hoechst AG diese Rüge im Zusammenhang mit der Begründung der Entscheidung vorbringt, beharren die spanischen Unternehmen darauf, hieraus einen gesonderten Klagegrund zu machen. Für sie stellt der Erlaß einer Entscheidung, mit der subjektive Rechte eingeschränkt werden, ohne daß zuvor konkrete, zuverlässige, aktuelle und schwerwiegende Indizien vorliegen, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar. Die Dow Benelux NV wiederum erblickt in dem Umstand, daß die Entscheidung jedes angemessenen Beweises entbehrt, eine Verletzung des Artikels 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17.

181. Aufgrund der Ausführungen, die ich soeben zu den Anforderungen an die Begründung einer Nachprüfungsentscheidung gemacht habe, sind diese Rügen zurückzuweisen.

182. Artikel 14 Absatz 3 verlangt nicht, daß die Kommission in ihrer Entscheidung die Indizien und Beweise, über die sie verfügt, konkretisiert. Ihre Befugnisse aus dieser Vorschrift dienen gerade zur Überprüfung der Informationen, auf die sich die Vermutung stützt, daß eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln vorliegt.

183. In dem bereits angeführten Urteil in der Rechtssache 136/79 hat der Gerichtshof ausgeführt, ob sich die Kommission für diese oder jene Ermittlungsmaßnahme entscheide, hänge von den Erfordernissen einer den Besonderheiten des Einzelfalls angemessenen Untersuchung und nicht von den in dem damaligen Fall von der Klägerin angeführten Umständen — dem Ernst der Lage oder einer außerordentlichen Dringlichkeit — ab [20]. Konsequenterweise ist es auch Sache der Kommission, selbst zu beurteilen, ob die ihr vorliegenden Informationen eine Ermittlungsmaßnahme, wie zum Beispiel eine Nachprüfung, rechtfertigen.

184. Das Vorbringen der Dow Benelux NV, die Kommission sei „aufgrund ihrer Ermittlungsbefugnisse ausschließlich befugt, sich Gewißheit in bezug auf eine bestimmte Vermutung zu verschaffen, die auf feststehende Beweise gegründet" sein müsse (Sitzungsbericht in der Rechtssache 85/87, S. 10), trifft nur zur Hälfte zu. Eine Nachprüfung muß sich nämlich nur auf eine „bestimmte Vermutung" beziehen; daher schreibt Artikel 14 Absatz 3 die Angabe von Gegenstand und Zweck jeder Nachprüfung vor. Sie braucht aber nicht notwendigerweise auf „feststehende Beweise" gestützt zu sein, denn sonst wäre sie überflüssig.

185. Dies gilt auch für den angeblichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der nach Ansicht der Dow Chemical Ibérica SA, der Alcudia SA und der EMP zur Nichtigkeit der Entscheidung führt, „weil bei deren Erlaß nicht die dem gesetzlichen Tatbestand genügenden Tatsachen vorlagen, die ihren Erlaß gerechtfertigt hätten" (Klageschrift in den Rechtssachen 97 bis 99/87, jeweils Abschnitt II. B. 2.1., S. 7). Bei Erlaß einer Nachprüfungsentscheidung sind diese Tatsachen begriffsnotwendig stets nur vermutete Tatsachen, denn die Nachprüfung soll gerade erst den Beweis für ihr Vorliegen erbringen.

186. Dieser Grundsatz sowie der Grundsatz der Rechtssicherheit (Klageschrift in den Rechtssachen 97 bis 99/87, jeweils Abschnitt II. B. 2.2. am Ende) ist auch nicht etwa deshalb verletzt, weil die angefochtenen Entscheidungen eine Ausdehnung der Nachprüfungen über die bereits vorliegenden konkreten Beweise oder Indizien hinaus zulassen. Eine Nachprüfung darf sich nämlich nicht auf die bekannten Beweise und Indizien beschränken, sondern dient auch zur Beschaffung anderer Informationen über die vermuteten Tatsachen.

20 — Slg. 1980, 2033, Randnrn. 28 bis 30.

187. Werden keine ausreichenden Informationen erlangt und die Tatsachenvermutungen nicht erhärtet, so muß die Kommission ihr Vorgehen beenden, da sie sonst Gefahr läuft, daß der Gerichtshof eine auf unzureichende Beweise gestützte eventuelle Entscheidung, mit der eine Zuwiderhandlung festgestellt wird, aufhebt.

188. Von grundsätzlicherer Natur ist der Einwand der Dow Benelux NV, daß die Kommission die *Beweise*, die ihr bei Anordnung der Nachprüfung vorgelegen hätten, *auf rechtswidrige Weise erlangt* habe und daß diese Beweise daher selbst rechtswidrig seien.

V — Zu der Rüge, die sich auf die rechtswidrige Erlangung der Informationen bezieht, aufgrund deren die Nachprüfung angeordnet wurde

189. Die Dow Benelux NV hat diese Behauptung erst in ihrer Erwiderung (Abschnitt 66) als eine von mehreren Erklärungen dafür aufgestellt, weshalb sich die Kommission trotz der stillschweigenden Aufforderung, die sie mit dem Einwand, daß keine angemessenen Beweise vorlägen, an die Kommission gerichtet habe, beharrlich weigere, die fraglichen Informationen und Beweise in das Verfahren einzuführen.

190. Später erfuhr die Dow Benelux NV, daß die Kommission diese Informationen und Beweise im Rahmen einer Nachprüfung wegen eines vermuteten Kartells für Polypropylen erlangt haben soll; die Dow Benelux NV schloß daraus, daß ihre ursprüngliche Vermutung zutreffend war.

191. Mit einem am 26. Oktober 1988, also nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens, eingereichten Schriftsatz beantragte sie daher, ihr zu gestatten, diese als „neu" bezeichneten Tatsachen, die die Rüge des Fehlens angemessener Beweise untermauerten, in das laufende Verfahren einzuführen, hilfsweise, die neuen Rügen einer Verletzung der Artikel 14 und 20 der Verordnung Nr. 17, die sich aus diesen neuen Tatsachen ergäben, zuzulassen.

192. Da der Gerichtshof, nachdem sich die Kommission gegen die Zulassung der „neuen" Tatsachen wie auch der „neuen" Rügen gewandt hatte, am 23. November 1988 beschlossen hat, die Entscheidung über den Antrag dem Endurteil vorzubehalten, ist zunächst dessen *Zulässigkeit* zu prüfen.

193. Die Dow Benelux NV hat ihren Hauptantrag auf Artikel 91 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes gestützt, der in seinem § 1 Absatz 1 folgendes bestimmt: „Will eine Partei eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes über eine prozeßhindernde Einrede oder einen Zwischenstreit herbeiführen, so hat sie dies mit besonderem Schriftsatz zu beantragen." Ihren Hilfsantrag hat sie auf Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung gestützt, wonach im Laufe des Verfahrens keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel mehr vorgebracht werden können, „es sei denn, daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind".

194. Es liegt auf der Hand, daß keine dieser beiden Vorschriften unmittelbar auf den Antrag der Dow Benelux NV anwendbar ist. Artikel 91, der zum Dritten Titel der Verfahrensordnung mit der Überschrift „Besondere Verfahrensarten" gehört, betrifft nicht die Einführung neuer Tatsachen oder neuer Rügen in ein „normales" Verfahren, dessen Ablauf im Zweiten Titel geregelt ist. Er soll es, wie seinem Wortlaut zu entnehmen ist, den Parteien ermöglichen, beim Gerichtshof zu beantragen, „vorab", d. h. unter Beschränkung auf Einreden oder

Zwischenstreitigkeiten, über eine zwischen ihnen streitige Frage zu entscheiden.

195. Zu Artikel 42 § 2 wiederum ist festzustellen, daß er seinem Wortlaut nach nicht die Berücksichtigung rechtlicher oder tatsächlicher Gründe zuläßt, die erst nach Ablauf des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind. Würde es in einem solchen Fall ausreichen, das Verfahren seinen weiteren Gang gehen zu lassen und in Kauf zu nehmen, daß die Klägerin dann aufgrund von Artikel 98 die Wiederaufnahme des durch Urteil abgeschlossenen Verfahrens beantragt? Diese Frage ist zu verneinen, da „die Wiederaufnahme des Verfahrens" nach Artikel 41 der Satzung des Gerichtshofes der EWG „beim Gerichtshof nur dann beantragt werden [kann], wenn eine Tatsache von entscheidender Bedeutung bekannt wird, die vor Verkündung des Urteils dem Gerichtshof und der die Wiederaufnahme beantragenden Partei unbekannt war". Daraus ergibt sich, daß eine entscheidende Tatsache, die zwischen dem Ende des schriftlichen Verfahrens und der Verkündung des Urteils zutage getreten ist, weder vor noch nach der Urteilsverkündung geltend gemacht werden kann. Eine solche Lücke läßt sich kaum mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rechtspflege vereinbaren.

196. Dagegen ergibt sich aus Artikel 60 der Verfahrensordnung, daß der Gerichtshof sogar noch nach Schluß der mündlichen Verhandlung neue Beweiserhebungen anordnen kann. In einem Urteil vom 16. Juni 1971 [21] hat der Gerichtshof ausgeführt, einem entsprechenden Antrag „könnte nur stattgegeben werden, wenn er Tatsachen beträfe, die geeignet wären, einen entscheidenden Einfluß auszuüben, und wenn der Kläger diese Tatsachen nicht schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung hätte geltend machen können" (Randnr. 7).

21 — Rechtssache 77/70, Prelle/Kommission, Slg. 1971, 561.

197. Außerdem kann der Gerichtshof nach Artikel 61 der Verfahrensordnung die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anordnen. In einem Beschluß vom 3. Dezember 1962 [22] hat er einen entsprechenden Antrag zurückgewiesen, weil das zu seiner Begründung dienende Vorbringen der Partei, die den Antrag auf Wiedereröffnung gestellt habe, schon vor der mündlichen Verhandlung bekannt und „diese Partei somit in der Lage" gewesen sei, „es in der Verhandlung geltend zu machen".

198. Aus alledem ergibt sich, daß Tatsachen von entscheidender Bedeutung, die im schriftlichen Verfahren nicht vorgetragen werden konnten, noch in der mündlichen Verhandlung in das Verfahren eingeführt werden können und sogar müssen, da anderenfalls jeder Antrag auf neue Beweiserhebungen oder die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung unzulässig oder unbegründet wäre.

199. Solche Tatsachen müssen, um als „neu" angesehen werden zu können, nicht unbedingt nach dem Ende des schriftlichen Verfahrens eingetreten sein, sondern es genügt, daß sie demjenigen, der sich auf sie beruft, zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt waren [23].

200. Daher kann dem Vorbringen der Kommission, daß die hier angeführten Tatsachen nicht neu seien, weil sie [was zutrifft] nicht verpflichtet sei, dem betroffenen Unternehmen bei der Nachprüfung die ihr vorliegenden Informationen offenzulegen und es über die Art und Weise ihrer Erlangung zu

22 — Verbundene Rechtssachen 2 und 3/62, Kommission/Luxemburg und Belgien, Slg. 1962, 911.

23 — Siehe in diesem Sinn das Urteil vom 1. April 1982 in der Rechtssache 11/81, Dürbeck/Kommission, Slg. 1982, 1251, Randnr. 17, sowie die zwei in den beiden vorstehenden Fußnoten angeführten Urteile. Siehe auch Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung sowie deren Artikel 98, wonach die Frist für die Stellung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens an dem Tag beginnt, „an dem der Antragsteller Kenntnis von der Tatsache erhalten hat, auf die er seinen Antrag stützt".

unterrichten, nicht gefolgt werden. Wenn die Kommission auch niemals ausdrücklich bestritten hat, daß sich die Untersuchung gegen die Dow Benelux NV auch auf Erkenntnisse stützte, die sie bei früheren Nachprüfungen in anderen Unternehmen erlangt hatte, die sich auf andere Erzeugnisse und Zuwiderhandlungen bezogen, hat die Dow Benelux NV hiervon doch erst im Juli/August 1988, also nach Ablauf des schriftlichen Verfahrens, Kenntnis erlangt.

201. Die Dow Benelux NV war somit berechtigt, die neue Tatsache nach Ablauf des schriftlichen Verfahrens vorzutragen und aus ihr rechtliche Konsequenzen zu ziehen, indem sie einen Verstoß gegen die Artikel 14 Absatz 3 und 20 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 rügte.

202. Ich schlage Ihnen daher vor, die Rechtsprechung, die sich aus den zuletzt angeführten Urteilen ergibt, etwas fortzuentwikkeln und auch für das Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel aufgrund von Tatsachen, die nach Ablauf des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind, die Anwendbarkeit von Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung zu bejahen. Bei einer solchen Ausdehnung kann die andere Partei jederzeit schriftlich (Artikel 42 § 2 Absatz 2) oder mündlich zu einem derartigen Vorbringen Stellung nehmen, wobei die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorbringens dem Endurteil vorbehalten bleibt (Artikel 42 § 2 Absatz 3). Im vorliegenden Fall hat die Kommission sogar beides tun können, zum einen, weil ihr der Schriftsatz der Dow Benelux NV vom 26. Oktober 1988 zur Stellungnahme übermittelt wurde, zum anderen, weil der Gerichtshof am 23. November 1988 beschlossen hat, die Entscheidung über den Antrag dem Endurteil vorzubehalten.

203. Kommen wir nunmehr zur Prüfung der *Begründetheit* der Rüge, die aus der rechtswidrigen Erlangung dieses Beweisstücks abgeleitet wird.

204. Nach Ansicht der Klägerin hat die Kommission Gegenstand und Zweck der Polypropylen betreffenden Nachprüfung überschritten und so gegen Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 verstoßen, weil sie im Rahmen dieser Nachprüfung die Informationen erlangt hat, die dann als Grundlage für die Nachprüfungsentscheidung bezüglich PVC und Polyäthylen dienten. Dadurch, daß sie diese Informationen später zu einem anderen Zweck als demjenigen, zu dem die Polypropylen betreffende Nachprüfung angeordnet worden sei, nämlich im Rahmen der Untersuchung bezüglich PVC und Polyäthylen, verwertet habe, habe sie auch Artikel 20 Absatz 1 dieser Verordnung verletzt. Nach dieser Vorschrift dürfen „die bei Anwendung der Artikel 11, 12, 13 und 14 erlangten Kenntnisse ... nur zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden".

205. Meines Erachtens rechtfertigt keines dieser beiden Argumente die Aufhebung der streitigen Nachprüfungsentscheidung.

206. Der Grund, weswegen nach Artikel 14 Absatz 3 in jeder Nachprüfungsentscheidung Gegenstand und Zweck der Nachprüfung angegeben sein müssen, besteht zunächst darin, zu verhindern, daß die Kommission Nachprüfungen ohne konkrete Verdachtsmomente aufs Geratewohl durchführt. Ihre Bediensteten sind dadurch aber nicht gezwungen, ihre Augen zu verschließen, wenn sie im Laufe einer Nachprüfung, die ein bestimmtes Erzeugnis betrifft, zufällig Hinweise auf ein Kartell oder eine beherrschende Stellung für ein anderes Erzeugnis finden, denn die Kommission hat allgemein die Aufgabe, die nach Artikel 85 Absatz 1 verbotenen Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie die nach Artikel 86 verbotene mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu *ermitteln* (siehe die achte Begründungserwägung der Verordnung Nr. 17). Anderenfalls könnten die Unternehmen sogar ein Interesse daran haben, derartige Unterlagen in die den Be-

diensteten der Kommission vorgelegten Akten einzuschmuggeln, um so die Eröffnung eines Verfahrens bezüglich dieser Erzeugnisse unmöglich zu machen.

207. Artikel 14 Absatz 3 soll aber auch das Unternehmen, das zur Duldung einer Nachprüfung verpflichtet worden ist, gegen die Suche nach Informationen schützen, die in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Nachprüfung stehen. Er gestattet es daher der Kommission nicht, im Rahmen einer bestimmten Nachprüfung Unterlagen zu kontrollieren und zu kopieren, die sich nicht auf die angeordnete Untersuchung beziehen. Will sie sich Beweise über eine andere Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln als diejenige verschaffen, deren Vorliegen sie vermutet hat und für die sie Beweise hat entdecken wollen, so kann sie dies nur dadurch tun, daß sie ein Auskunftsverlangen übermittelt oder entweder bei demselben Unternehmen oder bei anderen Unternehmen eine neue Nachprüfung durchführt.

208. Artikel 20 Absatz 1 wiederum soll gewährleisten, daß die Kommission die insbesondere im Rahmen einer Nachprüfung erlangten Kenntnisse nur dazu verwendet, zu erhärten, daß die von ihr vermutete Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln tatsächlich vorliegt. Sollte die Kommission aber bei einer solchen Nachprüfung den Beweis für die Beteiligung anderer Unternehmen an der vermuteten Zuwiderhandlung erlangen, so hat sie selbstverständlich das Recht, eine entsprechende Feststellung zu treffen, ohne zuvor unbedingt eine neue Nachprüfung bei diesen Unternehmen vornehmen zu müssen. Letzteres ist nur geboten, wenn die Kommission noch Zweifel an dieser Beteiligung hat und sie diese nicht anders beweisen kann.

209. Artikel 20 Absatz 1 verbietet es ihr allerdings, Beweise für ein Kartell für das Erzeugnis B, die sie zufällig bei einer das Erzeugnis A betreffenden Untersuchung gefunden hat, dazu zu verwenden, sogleich eine Beschwerdemitteilung an alle an diesem Kartell beteiligten Unternehmen zu richten.

210. Im vorliegenden Fall ist aber festzustellen, daß die Kommission die Informationen, die ihre Bediensteten vielleicht zufällig im Rahmen der Polypropylen betreffenden Untersuchung bei anderen, an den vorliegenden Rechtsstreitigkeiten nicht beteiligten Unternehmen gefunden haben, weder zum Nachweis von Zuwiderhandlungen dieser Unternehmen auf anderen Gebieten — was, nebenbei gesagt, im Rahmen der vorliegenden Rechtsstreitigkeiten völlig unerheblich wäre — noch zum Nachweis für Zuwiderhandlungen der Dow Benelux NV bei PVC und Polyäthylen verwendet hat. Die Kommission hat die zufällig erlangten Informationen lediglich als Grundlage dafür herangezogen, Nachprüfungen für die zuletzt genannten Erzeugnisse bei anderen Unternehmen und insbesondere bei der Dow Benelux NV anzuordnen. Aus den dargelegten Gründen kann eine solche Vorgehensweise nicht als unvereinbar mit den Artikeln 14 und 20 angesehen werden. Die Kommission hat somit ihre Nachprüfungsentscheidung bezüglich PVC und Polyäthylen nicht auf rechtswidrig erlangte Informationen gestützt.

VI — Zu den übrigen von der Dow Chemical Ibérica SA, der Alcudia SA und der EMP erhobenen Rügen

211. Die spanischen Unternehmen haben im Unterschied zu den anderen Klägerinnen noch mehrere andere Rügen erhoben, die ich nunmehr der Reihe nach prüfen werde.

212. a) Sie machen geltend, bis zum Beitritt Spaniens zur Gemeinschaft sei die Kommission nicht befugt gewesen, Nachprüfungen bei spanischen Unternehmen durchzuführen; sie habe daher auch später keine solche Befugnis für *vor dem Beitritt liegende Verhaltensweisen und Handlungen* haben können.

213. Die Klägerinnen stellen nicht die Befugnis der Kommission in Frage, ihr Verhalten in der Zeit vor dem Beitritt insoweit zu ahnden, als es wettbewerbswidrige Wirkungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes hervorgerufen hat und noch hervorruft. In seinem Urteil vom 27. September 1988 in den sogenannten „Zellstoff-Sachen“ [24] hat der Gerichtshof bestätigt, daß die Wettbewerbsregeln des Vertrages auf Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft anwendbar sind, soweit sie sich an einer gegenseitigen Abstimmung beteiligen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt und bewirkt (Randnrn. 13 und 14).

214. Es wäre zumindest paradox anzunehmen, daß die spanischen Unternehmen zwar für ihr Verhalten vor dem Beitritt Spaniens belangt werden können, daß sich aber Nachprüfungen, die sie seit dem Beitritt zu dulden haben, nicht auf eben dieses Verhalten beziehen dürfen; dies gilt um so mehr, als dieses Verhalten auch nach dem Beitritt noch wettbewerbswidrige Wirkungen hervorrufen kann.

215. Außerdem können Nachprüfungen, die die Kommission bei spanischen Unternehmen nach dem Beitritt Spaniens vornimmt, auch dazu dienen, Beweise gegen in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen zu beschaffen, die sich an den Vereinbarungen und/oder Verhaltensweisen beteiligt haben, auf die sich die Nachprüfung bezieht.

216. Ich möchte noch hinzufügen, daß Nachprüfungsentscheidungen nicht etwa deshalb Rückwirkung entfalten, weil sie sich auf Tatsachen aus der Zeit vor ihrem Erlaß beziehen. Naturgemäß können sie sich nur auf vergangene Sachverhalte beziehen, selbst wenn das fragliche Verhalten möglicherweise in die Gegenwart hinein fortgesetzt wird.

217. Daher kann auch kein Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 2 des Beitrittsvertrags und gegen Artikel 2 der Beitrittsakte [25] vorliegen, wonach die ursprünglichen Verträge und die vor dem Beitritt erlassenen Rechtsakte der Organe der Gemeinschaften von dem auf den 1. Januar 1986 festgesetzten Beitritt an gelten.

218. Aufgrund dieser Vorschriften gilt die Verordnung Nr. 17 in Spanien seit dem 1. Januar 1986, und die spanischen Unternehmen müssen die Nachprüfungen dulden, die seitdem aufgrund des Artikels 14 Absatz 3 der Verordnung angeordnet werden, der den Umfang der Nachprüfungen nicht zeitlich auf Tatsachen beschränkt, die seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 eingetreten sind.

219. b) Die spanischen Klägerinnen machen außerdem geltend, daß ein Verstoß gegen das *Grundrecht der Unschuldsvermutung* vorliege, weil in den angefochtenen Entscheidungen von „Beweisen“ — und nicht nur

24 — Verbundene Rechtssachen 89, 104, 114, 116, 117 und 125 bis 129/85, Slg. 1988, 5193.

25 — ABl. L 302 vom 15. 11. 1985.

von bloßen Indizien — für ihr wettbewerbswidriges Verhalten die Rede sei.

220. Insoweit ist einzuräumen, daß in den ersten beiden Begründungserwägungen der an die drei spanischen Unternehmen gerichteten Nachprüfungsentscheidungen an den Stellen, wo in den an die Hoecht AG und die Dow Benelux NV gerichteten Entscheidungen von „Informationen" die Rede ist, zweimal das Wort „Beweise" vorkommt. Im Spanischen heißt es insbesondere „La Comisión ha conseguido pruebas que indican la existencia de acuerdos" („Die Kommission hat Beweise erlangt, die auf *das Vorliegen* von Vereinbarungen ... hindeuten"), während in der an die Hoechst AG gerichteten Entscheidung die Formulierung „Informationen ..., die den *Verdacht* begründen, daß ..." verwendet worden ist. In der an die Dow Benelux NV gerichteten Entscheidung heißt es, „dat de Commissie informatie heeft ontvangen waaruit het bestaan kan worden afgeleid van overeenkomsten ..." („daß die Kommission Informationen erhalten hat, aus denen sich das Vorliegen von Vereinbarungen ... ableiten läßt").

221. Diese Unterschiede im Wortlaut sind gewiß bedauerlich, doch ergibt sich aus den folgenden Begründungserwägungen aller dieser Entscheidungen sehr klar, daß die Kommission sich nicht auf schlüssige Beweise, sondern auf Informationen beziehen wollte, die bei ihr den Verdacht auf das Vorliegen von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen hervorriefen. So heißt es in der dritten Begründungserwägung der auf spanisch abgefaßten Entscheidungen: „Si se prueba la existencia de tales acuerdos ... ello prodría constituir una grave infracción ..." („Falls sich herausstellen sollte, daß derartige Vereinbarungen ... vorliegen, könnte dies einen schwerwiegenden Verstoß ... darstellen"). In der vierten Begründungerwägung ist von den „acuerdos y prácticas concertadas de que se sospecha" („vermuteten Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen") die Rede. Die fünfte Begründungserwägung enthält dieselbe Formulierung sowie die Wendung „en las empresas sospechosas de participar en los mismos" („bei den Unternehmen, die an ihnen mutmaßlich beteiligt sind").

222. c) Die spanischen Klägerinnen rügen ferner einen Verstoß gegen den *allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, der verlange, daß die Kommission bei Ausübung ihrer administrativen Befugnisse zum Schutz innerstaatlicher Rechte eingeräumte Rechtsstellungen nur insoweit beeinträchtige, als dies unbedingt erforderlich sei. Im vorliegenden Fall hätte die Kommission aufgrund dieses allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 so auslegen müssen, daß er mit dem verfassungsmäßigen Schutz der Grundrechte in Spanien in Einklang stehe.

223. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Zum einen kann die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaft nur am Gemeinschaftsrecht und nicht an einer wie auch immer gearteten Bestimmung des nationalen Rechts, und sei sie auch verfassungsrechtlicher Natur, gemessen werden. Ebenso kann man die Frage, ob ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts beachtet worden ist, nicht von dem nationalen Recht entnommenen Begriffen und Normen abhängig machen.

224. Zum anderen haben wir bereits gesehen, daß die angefochtenen Nachprüfungsentscheidungen mit Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 im Einklang stehen und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nicht verletzen. Daher verbietet sich die Annahme, daß sie über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten rechtmäßigen Zieles erforderlich war.

225. d) Die spanischen Klägerinnen machen schließlich geltend, daß gegen das *Diskriminierungsverbot* verstoßen worden sei, weil andere, in anderen Mitgliedstaaten nieder-

gelassene Unternehmen die Möglichkeit erhalten hätten, die Nachprüfung, die sie zu dulden gehabt hätten, vorab gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit und Begründetheit überprüfen zu lassen.

226. Sollte dies tatsächlich der Fall gewesen sein, so wäre diese angebliche Diskriminierung gewiß nicht der Kommission zuzurechnen und könnte somit nicht die Aufhebung einer von ihr erlassenen Nachprüfungsentscheidung rechtfertigen.

227. Zum einen ist nicht dargetan, daß die Kommission jemals selbst vor einer Nachprüfung in irgendeinem anderen Mitgliedstaat eine richterliche Anordnung beantragt hat. Im Fall der Hoechst AG hat sie dies ausdrücklich abgelehnt, und es war das Bundeskartellamt, das sich an das nationale Gericht gewandt hat.

228. Zum anderen ist eine eventuelle Ungleichbehandlung nur auf von den Unternehmen selbst herbeigeführte Unterschiede der Situationen zurückzuführen, da eine richterliche Anordnung nur dann in Betracht kommen kann, wenn das betroffene Unternehmen die Duldung der angeordneten Nachprüfung ablehnt.

229. Wenn Unternehmen schließlich bei Widerspruch gegen Nachprüfungen mit Hilfe der in Artikel 14 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Unterstützung zur Duldung dieser Nachprüfungen gezwungen werden und dies mangels einheitlicher Verfahren und Vorschriften gemäß den nationalen Bestimmungen geschieht, so ist die daraus möglicherweise resultierende Ungleichbehandlung lediglich der Reflex der Unterschiede zwischen dem Recht der verschiedenen Mitgliedstaaten, auf die sich aber Artikel 7 EWG-Vertrag und das Diskriminierungsverbot nicht beziehen [26].

230. Somit ist auch diese letzte Rüge zurückzuweisen.

*

231. Die Anträge der Unternehmen Hoechst AG, Dow Benelux NV, Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA und Empresa Nacional del Petroleo SA auf Aufhebung der Nachprüfungsentscheidungen der Kommission vom 15. Januar 1987 sind somit unbegründet und daher zurückzuweisen.

232. Die anderen im Rahmen der Rechtssachen 85 und 97 bis 99/87 gestellten Anträge, die im wesentlichen dahin gehen, anzuordnen, daß die Kommission alle oder bestimmte im Lauf der Nachprüfungen erlangte Unterlagen sowie die dabei von ihr gemachten Aufzeichnungen zurückzugeben oder zu vernichten hat, oder aber, es der Kommission zu verbieten, die erlangten Informationen auszuwerten oder zu verbreiten, sind als unzulässig anzusehen, da der Gerichtshof nicht befugt ist, im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Artikel 173 EWG-Vertrag solche Anordnungen auszusprechen [27].

*

233. Ich habe nun noch zu den Anträgen Stellung zu nehmen, mit denen die Hoechst AG die Aufhebung der Entscheidungen vom 3. Februar 1987 zur Festsetzung eines Zwangsgelds und vom 26. Mai 1988 zur Festsetzung der endgültigen Höhe eines Zwangsgelds gemäß Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 und hilfsweise die Herabsetzung des endgültig festgesetzten Betrags des Zwangsgelds begehrt.

26 — Siehe in diesem Sinn insbesondere das Urteil vom 19. Januar 1988 in der Rechtssache 223/86, Pesca Valentia/Minister for Fisheries and Forestry, Irland und Attorney General, Slg. 1988, 83, Randnr. 18.

27 — Siehe in diesem Sinn insbesondere das Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 53/85, AKZO Chemie/Kommission, Slg. 1986, 1965, Randnr. 23.

VII — Zur Entscheidung vom 3. Februar 1987 zur Festsetzung eines Zwangsgelds gegen die Hoechst AG (Rechtssache 46/87)

234. Die Hoechst AG bringt zweierlei Rügen gegen die Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds vor.

235. Mit der ersten Rüge macht sie die Rechtswidrigkeit der Nachprüfungsentscheidung geltend, zu deren zwangsweisem Vollzug die Zwangsgeldentscheidung bestimmt gewesen sei; durch die Aufhebung der ersteren werde der letzteren die Rechtsgrundlage entzogen. Wie sich aber aus dem zuvor Gesagten ergibt, ist die Prämisse dieser Rüge unzutreffend; die Rüge ist daher zurückzuweisen.

236. Mit der zweiten Rüge wird die Verletzung wesentlicher Formvorschriften geltend gemacht. Hierzu trägt die Klägerin vor, die Entscheidung sei

a) im beschleunigten schriftlichen Verfahren,

b) ohne vorherige Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen und

c) ohne Anhörung des betroffenen Unternehmens

erlassen worden.

237. In ihrer Antwort auf die ihr vom Gerichtshof gestellte Frage nimmt die Hoechst AG ihre Einwände gegen die Befugnis eines einzelnen Mitglieds der Kommission zum Erlaß von Zwangsgeldentscheidungen zurück. Tatsächlich erstreckt sich die Ermächtigung, die dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Mitglied der Kommission mit der internen Entscheidung vom 5. November 1980 erteilt wurde, nicht auf derartige Entscheidungen, und die angefochtene Entscheidung ist im Wege des schriftlichen Verfahrens erlassen worden, das die Kommission in ihrer Klagebeantwortung (S. 5, Abschnitt 6) als „beschleunigtes schriftliches Verfahren" bezeichnet hat.

238. Die Rüge, die die Klägerin erklärtermaßen aufrechterhält, richtet sich indessen nicht gegen die „Schriftlichkeit" des Verfahrens, sondern gegen dessen „beschleunigten" Charakter. Hierzu ist zu bemerken, daß sich ein beschleunigtes schriftliches Verfahren von einem normalen schriftlichen Verfahren lediglich dadurch unterscheidet, daß den Mitgliedern der Kommission im Rahmen des ersteren eine geringere Anzahl von Tagen für die Erhebung von Einwänden gegen die ihnen zur Billigung vorgelegte Entscheidung zur Verfügung steht. Dies kann die Gültigkeit der Entscheidung nicht beeinträchtigen. Diese Rüge ist somit zurückzuweisen.

239. Die Klägerin trägt ferner vor, insbesondere lasse Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 kein Verfahren zu, das es der Kommission erlauben würde, von der gesetzlich vorgeschriebenen Anhörung der Betroffenen und der Mitgliedstaaten abzusehen. Dieses Vorbringen betrifft die unter b und c aufgeführten Punkte, die zusammen zu behandeln sind.

240. Artikel 16 betrifft die Zwangsgelder. In seinem Absatz 3 heißt es: „Artikel 10 Absätze 3 bis 6 sind anzuwenden." Diese Vorschriften regeln die Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt.

241. Artikel 19 Absatz 1 lautet: „Vor Entscheidungen auf Grund der Artikel 2, 3, 6, 7, 8, 15 und 16 gibt die Kommission den

beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit, sich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern." Die Durchführungsbestimmungen über die damit vorgeschriebenen Anhörungen wurden mit der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963[28] erlassen. Diese Verordnung sieht insbesondere vor, daß die Kommission vor Anhörung des Beratenden Ausschusses den Unternehmen die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte schriftlich mitteilt (Artikel 2) und Personen, die dies in ihrer schriftlichen Äußerung beantragt haben, Gelegenheit zur mündlichen Erläuterung gibt, wenn die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld gegen sie festsetzen will (Artikel 7).

242. Die Klägerin macht geltend, da die Artikel 16 Absatz 3 und 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 nicht zwischen Entscheidungen, durch die nach Artikel 16 Absatz 1 Zwangsgelder zur Erzwingung unter anderem der Duldung einer Nachprüfung (Buchstabe d) erlassen würden, und Entscheidungen nach Artikel 16 Absatz 2 zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds nach Duldung der Nachprüfung durch die Unternehmen unterschieden, müsse die Kommission bei Erlaß *beider* Entscheidungen den Beratenden Ausschuß konsultieren und die Betroffenen anhören. Die Kommission vertritt dagegen die Ansicht, sie müsse nur bei *einer dieser beiden* Entscheidungen so verfahren.

243. Meines Erachtens ist die Kommission bei Erlaß der ersten der genannten Entscheidungen aus folgenden Gründen nicht zur Einhaltung des fraglichen Verfahrens verpflichtet:

244. *1.* Keines dieser Formerfordernisse ist für den Erlaß der Nachprüfungsentscheidung vorgesehen. Artikel 14 sieht lediglich die vorherige Unterrichtung (Absatz 2) oder Anhörung (Absatz 4) der zuständigen Behörden des Mitgliedstaats vor, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll. Der Grund hierfür liegt darin, daß „Artikel 14 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ... es der Kommission ... ermöglichen [soll], bei Unternehmen, die im Verdacht stehen, gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verstoßen zu haben, überraschende Nachprüfungen durchzuführen; deshalb muß die Kommission in der Lage sein, ihre Entscheidung zu treffen, ohne Formerfordernissen genügen zu müssen, die deren Erlaß verzögern könnten"[29].

245. Man kann sich fragen, ob sich der Gerichtshof nicht in Wirklichkeit auf Artikel 14 Absatz 3 beziehen wollte. Die Rechtssache 5/85 betraf nämlich die Aufhebung einer aufgrund dieser Vorschrift erlassenen Entscheidung. Wie dem auch sei, die Feststellung des Gerichtshofes muß auch für Artikel 14 Absatz 3 gelten, denn der Gerichtshof hat ausdrücklich anerkannt, daß die Kommission vor Erlaß einer Entscheidung nach Absatz 3 nicht erst Absatz 2 anzuwenden braucht (Urteil in der Rechtssache 136/79, Slg. 1980, 2055, Randnr. 11).

246. Nun soll aber mit einer Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds nach Artikel 16 Absatz 1 lediglich erreicht werden, daß ein Unternehmen, das sich einer Nachprüfung widersetzt, diese schließlich duldet. Die Zwangsgeldentscheidung nimmt gewissermaßen an der Nachprüfungsentscheidung teil. Sowohl die Anhörung des Beratenden Ausschusses als auch die der Betroffenen würde sich naturgemäß nicht auf die Zwangsgeldentscheidung, sondern auf die Gründe beziehen, aus denen das betroffene Unternehmen die Duldung der Nachprüfung abgelehnt hat. Würde man die Durch-

28 — Verordnung über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates, ABl. vom 20. 8. 1963, S. 2268.

29 — Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssachen 5/85, AKZO Chemie/Kommission, Slg. 1986, 2585, Randnr. 24.

führung dieser Anhörungen für den Erlaß einer solchen Entscheidung verlangen, so würde man damit das, was die Verordnung Nr. 17 für die Nachprüfungsentscheidungen nicht vorgesehen hat, wiedereinführen.

247. *2.* Den Unternehmen würde sogar ein Anreiz gegeben, sich zunächst der Nachprüfungsentscheidung zu widersetzen, um Zeit zu gewinnen, ohne deswegen Gefahr zu laufen, ein diesem Zeitgewinn proportionales Zwangsgeld entrichten zu müssen. Die Kommission könnte dieses nämlich erst verhängen, nachdem die Anhörung des Beratenden Ausschusses und des betroffenen Unternehmens abgeschlossen wäre. Wenn das Unternehmen dann die Nachprüfung dulden würde, so fände diese mit einer Verzögerung statt, durch die die Kommission den Vorteil des Überraschungseffekts einbüßen und der Nachprüfung wahrscheinlich jeder Nutzen genommen würde, dies alles infolge des Zeitbedarfs für die Anhörung des Beratenden Ausschusses, der frühestens 14 Tage nach Absendung der Einladung zusammentreten kann (Artikel 10 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17), und der zusätzlich benötigten Zeit für das Verfahren der Mitteilung der Beschwerdepunkte, in dem den Betroffenen mindestens zwei Wochen für ihre schriftliche Äußerung zur Verfügung stehen (Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 99/63). In dieser Äußerung können sie überdies noch eine mündliche Anhörung beantragen.

248. *3.* Die Nachprüfungsentscheidung sowie die Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds zu dem Zweck, das betroffene Unternehmen zur Duldung der Nachprüfung zu bewegen, sind keine echten beschwerenden Handlungen im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17. In der dritten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 99/63 heißt es ausdrücklich, daß diese Vorschrift sowie der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangen, daß die Unternehmen „*nach Abschluß* der Untersuchungen" das Recht haben müssen, „sich zu allen Beschwerdepunkten zu äußern, die die Kommission in ihren Entscheidungen in Betracht ziehen *will*". Eine Nachprüfungsentscheidung ist aber eine bloße Untersuchungsmaßnahme. Zwar stellt sie, da sie rechtliche Wirkungen entfaltet und die Rechtsstellung des betroffenen Unternehmens durch die Verpflichtung zur Duldung der Nachprüfung unmittelbar beeinträchtigt, eine anfechtbare Handlung im Sinne des Urteils vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81 [30] dar. Sie setzt aber nicht voraus, daß auf seiten des Unternehmens irgendein Verschulden oder eine Zuwiderhandlung vorliegt, die die Kommission ihm vorwirft. Auf eben diese Feststellung hat sich der Gerichtshof in dem bereits erwähnten Urteil in der Rechtssache 136/79 gestützt, als er darlegte, weshalb der Anspruch auf rechtliches Gehör im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht gewährleistet sein muß. Dieses Verfahren, so hat er ausgeführt, „betrifft ... nicht die Abstellung einer Zuwiderhandlung oder die Feststellung einer Rechtswidrigkeit; es soll der Kommission vielmehr nur ermöglichen, die Unterlagen zusammenzustellen, die erforderlich sind, um die Richtigkeit und die Tragweite einer bestimmten Sach- und Rechtslage zu überprüfen" (Slg. 1980, 2033, Randnr. 21).

249. Die Zwangsgeldentscheidung trägt nur zur sachdienlichen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens bei und ist daher ebenfalls dem Untersuchungsstadium zuzurechnen. Sie kann nur dann selbständige Wirkungen entfalten, wenn das betroffene Unternehmen sich weiterhin der Nachprüfung widersetzt, denn das tageweise berechnete Zwangsgeld beginnt erst im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung anzufallen. Erst mit der Entscheidung zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds wird schließlich geahndet, daß das Unter-

30 — IMB, Slg. 1981, 2639. In diesem Urteil hat der Gerichtshof folgendes ausgeführt: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind alle Maßnahmen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen, Handlungen oder Entscheidungen, gegen die die Anfechtungsklage nach Artikel 173 gegeben ist" (Randnr. 9).

nehmen seine Pflicht zur Duldung der Nachprüfung nicht eingehalten hat.

250. *4.* Die Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds ist für sich genommen nicht vollstreckbar. Das Zwangsgeld kann erst erhoben werden, nachdem es endgültig festgesetzt worden ist; dabei ist zum einen der Zeitraum, der zwischen der Bekanntgabe der Entscheidung und der Durchführung der Nachprüfung verstrichen ist, und zum anderen die der Kommission in Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 eingeräumte Möglichkeit zu berücksichtigen, die endgültige Höhe auf einen Betrag festzusetzen, der unter dem Betrag liegt, der sich aus der ursprünglichen Entscheidung ergeben würde. (Angesichts ihres Verhältnisses zu dieser zweiten Entscheidung ließe sich zur Not sogar die Ansicht vertreten, daß es sich bei ihr um eine bloße vorbereitende Maßnahme handele.)

Da somit bei Erlaß der Entscheidung zur Festsetzung des Zwangsgelds keine wesentlichen Formvorschriften verletzt worden sind, ist der Aufhebungsantrag der Hoechst AG zurückzuweisen.

251. Gleiches gilt für den Hilfsantrag, der dahin geht, diese Entscheidung insoweit aufzuheben, als sie dazu gedient habe, die Hoechst AG zur Duldung einer Durchsuchung zu zwingen. Wie ich bereits festgestellt habe, hat sich das Unternehmen nämlich jeder Art von Nachprüfung widersetzt, so daß die Kommission berechtigt war, ihm ein Zwangsgeld aufzuerlegen.

VIII — Zur Entscheidung vom 26. Mai 1988 zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds (Rechtssache 227/88)

252. Da weder die Nachprüfungsentscheidung noch die Entscheidung zur Festsetzung des Zwangsgelds rechtswidrig sind, sind die auf ihre Nichtigkeit gestützten Rügen, die die Hoechst AG zur Begründung ihres Antrags auf Aufhebung der Entscheidung zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds vorgebracht hat, zurückzuweisen.

253. Zum Hilfsantrag der Hoechst AG auf Herabsetzung des Zwangsgelds ist lediglich festzustellen, daß die Kommission, indem sie es auf 55 000 ECU festgesetzt hat, nur den mit der Entscheidung vom 3. Februar 1987 festgesetzten Tagessatz von 1 000 ECU mit der Zahl der Tage multipliziert hat, die zwischen dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung (5. Februar 1987) und dem Tag, an dem die Nachprüfung tatsächlich durchgeführt werden konnte (2. April 1987), verstrichen waren. Sie hat sich damit in den durch Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 gezogenen Grenzen bewegt, die, nebenbei gesagt, gewiß einer Anpassung bedürften.

254. Da Klagen beim Gerichtshof keine aufschiebende Wirkung haben, ist die Kommission nicht verpflichtet, bei der Berechnung der Tage der Verzögerung die Erhebung einer solchen Klage oder, wenn die Aufhebung des Vollzugs nicht angeordnet worden ist, die Stellung eines darauf gerichteten Antrags auf einstweilige Anordnung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist die Aussetzung des Vollzugs der Nachprüfungsentscheidung und der Zwangsgeldentscheidung mit Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 26. März 1987 abgelehnt worden.

255. Außerdem gilt für Handlungen der Gemeinschaftsorgane so lange eine Vermutung ihrer Gültigkeit, bis der Gerichtshof sie eventuell für ungültig erklärt[31]. Daher beruft sich die Hoechst AG zu Unrecht zur Begründung ihrer Weigerung, die uneingeschränkte Rechtswirksamkeit der Nachprü-

31 — Siehe außer dem von der Kommission angeführten Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 101/78, Granaria, Slg. 1979, 623, das Urteil vom 1. April 1982 in der Rechtssache 11/81, Dürbeck, Slg. 1982, 1251, Randnr. 17.

fungsentscheidung und der Zwangsgeldentscheidung anzuerkennen, auf „übergeordnete Interessen an der Wahrung eines gesetzes- und verfassungsgemäßen Ermittlungsverfahrens", deren Beachtung sie habe erreichen wollen, sowie darauf, daß dem Verfahren „schwierige, keineswegs als geklärt anzusehende Rechtsfragen zugrunde liegen". Die Hoechst AG hat sich damit zum Richter aufgeworfen, statt die Wahrung des Rechts dem Gerichtshof zu überlassen. Sie hat sogar noch auf ihrer Haltung beharrt, nachdem der Präsident des Gerichtshofes in seinem Beschluß vom 26. März 1987 festgestellt hatte, daß ihr durch die beiden Entscheidungen, deren Vollzug sie auszusetzen beantragt hatte, kein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen könne und daß die von ihr erhobene Klage ihr die Gewähr für einen wirksamen gerichtlichen Schutz ihrer Interessen biete.

256. Der Antrag auf Herabsetzung des endgültigen Betrags des Zwangsgelds ist somit ebenfalls unbegründet.

Abschließend schlage ich Ihnen somit vor, die Klagen der Hoechst AG (Rechtssachen 46/87 und 227/88) und der Dow Benelux NV (Rechtssache 85/87) sowie der Dow Chemical Ibérica SA, der Alcudia SA und der Empresa Nacional del Petroleo SA (verbundene Rechtssachen 97 bis 99/88) abzuweisen und den Klägerinnen sämtliche Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung in den Rechtssachen 46/87 und 85/87 aufzuerlegen.