Anhörungen vor Erlaß einer solchen Entscheidung erfolgen, so würde dies dazu führen, daß der Erlaß der Entscheidung hinausgezögert und damit die Wirksamkeit der Nachprüfungsentscheidung in Frage gestellt würde.

Jedoch müssen die Anhörung des betroffenen Unternehmens, die ein wesentliches Element des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt, und die Anhörung des Beratenden Ausschusses vor Erlaß der Entscheidung zur endgültigen Festsetzung des Zwangsgelds erfolgen, so daß sowohl das betroffene Unternehmen als auch der Beratende Ausschuß in der Lage sind, sich zu allen Gesichtspunkten, die die Kommission bei der Festsetzung des Zwangsgelds und seiner endgültigen Höhe berücksichtigt hat, in zweckdienlicher Weise zu äußern.

9. Alle Rechtssubjekte des Gemeinschaftsrechts sind verpflichtet, die volle Wirksamkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane anzuerkennen, solange diese nicht vom Gerichtshof für ungültig erklärt worden sind, und die Vollziehbarkeit dieser Handlungen zu respektieren, solange der Gerichtshof nicht die Aussetzung ihres Vollzugs angeordnet hat. Verweigert ein Unternehmen jede Art von Mitwirkung am Vollzug einer an sie gerichteten Nachprüfungsentscheidung, so ist dieses Verhalten mit der genannten Verpflichtung unvereinbar und läßt sich nicht mit übergeordneten rechtlichen Interessen rechtfertigen, so daß eine Herabsetzung des wegen dieser Weigerung festgesetzten Zwangsgelds nicht in Betracht kommt.

SITZUNGSBERICHT

in den verbundenen Rechtssachen 46/87 und 227/88 *

I — Sachverhalt

Die Klägerin ist ein Unternehmen der chemischen Industrie, das unter anderem PVC und Polyäthylen herstellt und in den Verkehr bringt.

Da der Kommission Informationen vorlagen, die für sie den Verdacht begründeten, daß zwischen bestimmten Herstellern und Händlern von PVC und von Polyäthylen in der Gemeinschaft Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen bezüglich der Festsetzung von Preisen und Lieferquoten für diese Erzeugnisse bestanden, beschloß sie, bei mehreren Unternehmen, darunter die Klägerin, eine Nachprüfung durchzuführen, und erließ am 15. Januar 1987 die streitige Entscheidung.

Mit dieser Entscheidung versehen, wurden am 20. Januar 1987 zwei Beamte der Kommission in Begleitung eines Beamten des Bundeskartellamts, der für Wettbewerbsfragen zuständigen deutschen Behörde, unangemeldet bei der Klägerin vorstellig, um die Nachprüfung durchzuführen. Die Klägerin weigerte sich jedoch, die Nachprüfung zu dulden; zur Begründung machte sie geltend, daß es sich um eine Durchsuchung handele, die, jedenfalls mangels einer vorherigen richterlichen Anordnung, rechtswidrig sei.

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Zwei Tage später unternahm die Kommission einen zweiten Versuch, bei dem nunmehr außer zwei Beamten des Bundeskartellamts auch zwei Polizeibeamte zugegen waren. Diese zogen sich jedoch zurück, weil sie der Ansicht waren, daß die Kommission eine Durchsuchung vorzunehmen beabsichtige.

Nach dem Fehlschlag des dritten Versuchs einer Nachprüfung am 23. Januar 1987 forderte die Kommission die Klägerin mit Fernschreiben vom 29. Januar 1987 auf, bis zum 2. Februar 1987 ihre Bereitschaft zu erklären, die Nachprüfung zu dulden; andernfalls werde sie gegen die Klägerin ein Zwangsgeld von 1 000 ECU für jeden Tag des Verzugs festsetzen. In ihrem Antwortschreiben erhielt die Klägerin ihre Auffassung aufrecht, daß es sich um eine rechtswidrige Durchsuchung handele. Mit der streitigen Entscheidung vom 3. Februar 1987 setzte die Kommission dann das Zwangsgeld gegen die Klägerin fest.

Am 12. Februar 1987 wies das Amtsgericht Frankfurt den Antrag des Bundeskartellamts auf Erlaß eines Durchsuchungsbefehls zurück, weil ihm keine Tatsachen vorgetragen worden seien, die den Verdacht von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen begründen könnten.

Mit Beschluß vom 26. März 1987 (Rechtssache 46/87 R) wies der Präsident des Gerichtshofes den Antrag der Klägerin auf Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidungen vom 15. Januar und vom 3. Februar 1987 zurück.

Am 31. März 1987 erwirkte das Bundeskartellamt beim Amtsgericht Frankfurt einen Durchsuchungsbefehl unmittelbar zugunsten der Kommission. Diese konnte am 2. und 3. April 1987 die Nachprüfung durchführen, da die Vertreter der Klägerin sich unter Aufrechterhaltung ihrer Bedenken hinsichtlich der Befugnisse der Kommission dem wegen der richterlichen Anordnung nicht mehr widersetzten.

Nachdem der Klägerin Gelegenheit zur Äußerung gegeben und der Beratende Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen angehört worden war, setzte die Kommission mit der streitigen Entscheidung vom 26. Mai 1988 ein endgültiges Zwangsgeld von 55 000 ECU, d. h. von 1 000 ECU für jeden Tag des Zeitraums vom 6. Februar bis einschließlich 1. April 1987, fest.

II — Schriftliches Verfahren

Mit Klageschriften, die am 16. Februar 1987 und am 5. August 1988 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen sind, hat die Hoechst AG gemäß Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage auf Aufhebung der Entscheidungen der Kommission vom 15. Januar und vom 3. Februar 1987 (Rechtssache 46/87) sowie vom 26. Mai 1988 (Rechtssache 227/88) erhoben.

Das schriftliche Verfahren ist ordnungsgemäß abgelaufen. In der Rechtssache 227/88 hat die Klägerin auf die Einreichung einer Erwiderung verzichtet.

Mit Beschluß vom 23. November 1988 hat der Gerichtshof die beiden Rechtssachen zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung den Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Die Parteien sind jedoch zur schriftlichen Beantwortung mehrerer Fragen aufgefordert worden; dieser Aufforderung sind sie innerhalb der festgesetzten Frist nachgekommen.

III — Anträge der Parteien

Die *Klägerin* beantragt,

1) folgende Entscheidungen der Kommission für nichtig zu erklären:

a) die der Klägerin am 20. Januar 1987 übergebene Entscheidung vom 15. Januar 1987 betreffend eine Nachprüfung gemäß Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 (IV/31.865 — PVC und IV/31.866 — Polyäthylen),

b) die der Klägerin am 4. Februar 1987 per Telekopie übermittelte Entscheidung vom 3. Februar 1987 zur Festsetzung eines Zwangsgelds gemäß Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 (IV/31.865 — PVC und IV/31.866 — Polyäthylen) und

c) die am 3. Juni 1988 zugestellte Entscheidung vom 26. Mai 1988 zur Festsetzung der endgültigen Höhe eines Zwangsgelds gemäß Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 (IV/31.865 — PVC und IV/31.866 — Polyäthylen),

2) hilfsweise,

a) die mit dem Antrag zu 1 a angefochtene Entscheidung insoweit für nichtig zu erklären, 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,

b) die Zwangsgeldfestsetzung vom 3. Februar 1987 insoweit für nichtig zu erklären, als sie dazu dient, die Klägerin zur Duldung einer unter a genannten Maßnahme zu zwingen,

c) den endgültig festgesetzten Betrag des Zwangsgelds herabzusetzen,

3) der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die *Kommission* beantragt,

1) die Klage abzuweisen,

2) der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

IV — Vorbringen der Parteien

A — *Die Entscheidung über die Nachprüfung*

Die Klägerin bringt gegen die Entscheidung vom 15. Januar 1987 drei Rügen vor, die sie darauf stützt, daß die Entscheidung von einem Mitglied der Kommission, und nicht von dieser als Kollegialorgan erlassen worden sei (unten Nr. 1), daß die Entscheidung unzulänglich begründet sei (unten Nr. 2) und daß die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission begrenzt seien (unten Nr. 3).

1. *Erlaß durch ein Mitglied der Kommission und nicht durch diese als Kollegialorgan*

a) Die *Klägerin* äußert Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Ermächtigungsverfahrens (wonach ein Kommissionsmitglied dazu ermächtigt wird, im Namen der Kommission zu entscheiden) mit der Verfassungsordnung der Gemeinschaft, insbesondere mit dem Grundsatz „nulla poena sine lege". Bei Nichtbeachtung einer Entscheidung, mit der 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, nämlich mit der Ermächtigungsentscheidung vom 5. November 1980 für Wettbewerbsfragen, also ohne Gesetz, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Bußgeldnorm verändert. Seit dem 5. November 1980 seien die Garantien, die mit der Einsetzung eines Kollegialorgans verbunden seien, zu Lasten des der Nachprüfung unterworfenen Unternehmens vermindert.

b) Die *Kommission* bestreitet diese Prämisse unter Berufung auf das Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssache 5/85 (AKZO, Slg. 1986, 2585). Außerdem sanktioniere Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 17 die Verletzung einer Verpflichtung, die nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch das Gesetz, nämlich durch Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, geschaffen worden sei.

2. *Unzulängliche Begründung*

a) Nach Ansicht der *Klägerin* verletzt die Entscheidung vom 15. Januar 1987 Artikel 190 EWG-Vertrag und Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, weil sie nicht hinreichend bestimmt sei und eine „Blankoverfügung" für die mit ihrer Durchführung beauftragten Beamten darstelle.

Die streitige Entscheidung umschreibe den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung nicht in ausreichender Weise. Das Verhalten, auf das sich die Nachprüfung beziehen solle, sei in ihr nicht bezeichnet. Es sei erforderlich gewesen, konkrete Tatsachen anzugeben, die es ermöglichten, den Tatverdacht und die zu seiner Aufklärung dienende Nachprüfung auf eine bestimmte, nach Zeit, Ort, Gegenstand oder Art der Begehung abgegrenzte Handlung einzuschränken. Die Entscheidung gebe nicht einmal andeutungsweise zu erkennen, zu welchem Zeitpunkt oder in welchem Zeitraum die Klägerin die vermeintliche Zuwiderhandlung begangen haben solle.

Außerdem seien in der angefochtenen Entscheidung die der Klägerin auferlegten Pflichten und die von ihr vorzulegenden Schriftstücke nicht in ausreichender Weise bestimmt. Sie enthalte weder in ihrem verfügenden Teil noch in ihrer Begründung eine Durchsuchungsanordnung, sondern lediglich eine Nachprüfungsanordnung. Die in Artikel 1 der Entscheidung aufgeführten Pflichten gingen über den in ihrer Begründung bezeichneten Gegenstand der Nachprüfung hinaus.

Durch ihre völlige Unbestimmtheit verletze die Entscheidung zugleich verfassungsrechtlich geschützte Grund- und Verfahrensrechte einschließlich des Artikels 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. das Urteil vom 23. September 1986, a. a. O.) sowie des Grundsatzes der Rechtssicherheit (vgl. das Urteil vom 9. Juli 1981 in der Rechtssache 169/80, Gondrand, Slg. 1981, 1931).

b) Die *Kommission* vertritt die Ansicht, die Befugnisse der Vollzugsbeamten und die Grenzen dieser Befugnisse ergäben sich in erster Linie nicht aus der Nachprüfungsentscheidung, sondern aus dem Gesetz. Die Aufzählung dieser Befugnisse in der Entscheidung habe nur deklaratorische Bedeutung.

Mindestinhalt einer Entscheidung nach Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 seien der Nachprüfungsgegenstand, d. h. die vermutete Zuwiderhandlung, und der Zweck der Nachprüfung, d. h. die Aufklärung der näheren Umstände dieser Zuwiderhandlung (vgl. das Urteil vom 26. Juni 1980 in der Rechtssache 136/79, National Panasonic, Slg. 1980, 2033). Diesen Anforderungen werde die streitige Entscheidung gerecht.

Die Konkretisierung des Tatverdachts gehöre dagegen nicht zum Inhalt der Nachprüfungsentscheidung.

Die Kommission trägt weiter vor, der Zeitpunkt oder Zeitraum der vermuteten Zuwiderhandlung sei ihr in der Regel nicht bekannt. Außerdem handele es sich normalerweise um Dauerverstöße oder Verstöße im Fortsetzungszusammenhang und nicht um punktuelle Handlungen. Nur wenn eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise ganz ausnahmsweise, anders als im vorliegenden Fall, in einer einzigen Handlung bestehe, könne man konkrete Angaben verlangen.

3. *Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission*

a) Die *Klägerin* macht geltend, die streitige Entscheidung sei rechtswidrig, soweit mit ihr die Bediensteten der Kommission zur Vornahme der von ihnen beabsichtigten Durchsuchungsmaßnahmen ermächtigt worden seien. Derartige Maßnahmen seien sowohl mit Artikel 14 der Entscheidung Nr. 17 als auch mit den Grundrechten unvereinbar.

Falls Artikel 14 entgegen der von ihr vertretenen Ansicht dahin gehend auszulegen sein sollte, daß er der Kommission die Durchführung von Durchsuchungen gestatte, sei er wegen seiner Unvereinbarkeit mit den Grundrechten rechtswidrig.

Die Klägerin beruft sich zunächst auf den Wortlaut von Artikel 14 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 17. Der dort verwendete Begriff „Nachprüfung" unterscheide sich in allen sprachlichen Fassungen vom Begriff der Durchsuchung. Die Durchsuchung sei in allen Rechtsordnungen eine von der Nachprüfung verschiedene Kategorie, und sie sei stets von besonderen gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Anforderungen abhängig.

Außerdem sehe der Katalog der Maßnahmen, die nach Artikel 14 getroffen werden könnten, die Durchsuchung nicht vor. Die Verordnung Nr. 17 räume nicht die Befugnis ein, „alle Räumlichkeiten zu durchsuchen", sondern ermächtige nur dazu, „alle Räumlichkeiten ... zu betreten".

Der Begriff der Durchsuchung sei eindeutig und gehe über ein bloßes Betreten der Räumlichkeiten hinaus. Die Klägerin zitiert die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG 51, 97, 106 f.) verwendete Definition, wonach für den Begriff der Durchsuchung kennzeichnend ist „das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhaltes, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnug von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will".

Wie die Gesetzesmaterialien (Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961/62, Dok. 57, Deringer-Bericht, S. 30) zeigten, seien sich die Verfasser der Verordnung Nr.

17 der Unterscheidung zwischen Nachprüfung und Durchsuchung ebenso bewußt gewesen wie der besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen im Falle einer Durchsuchung. Der Verordnungsgeber der Gemeinschaft habe demnach, da er die für eine Durchsuchung notwendigen Verfassungsgarantien nicht vorgesehen habe, der Kommission lediglich Nachprüfungsbefugnisse einräumen wollen.

Ferner macht die Klägerin geltend, die in Artikel 14 Absatz 1 aufgeführten Maßnahmen dürften nicht extensiv ausgelegt werden. Insbesondere sei die dem Unternehmen auferlegte Mitwirkungspflicht unvereinbar mit dem System der Untersuchung, bei der dem Betroffenen nur eine passive Rolle zugedacht sei. Außerdem stehe im Hinblick auf die Bußgeldnorm des Artikels 15 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 17 der verfassungsrechtliche Grundsatz „nulla poena sine lege" einer Auslegung im Wege der Analogie entgegen.

Auch nach der in der Lehre herrschenden Meinung habe die Kommission kein Durchsuchungsrecht. Zu demselben Ergebnis gelange man aufgrund einer Auslegung der nach Artikel 14 Absatz 6 ergangenen nationalen Vorschriften zur Ausführung der Verordnung Nr. 17; keine dieser Vorschriften treffe Vorkehrungen, die notwendig und geeignet wären, einem Recht auf Durchsuchung Geltung zu verschaffen.

Daß eine Nachprüfung ohne Durchsuchungsrecht wirksam sein könne, zeige insbesondere das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten (vgl. das Gutachten der Rechtsanwaltskanzlei Sullivan & Cromwell, New York, Anlage 7 zur Erwiderung). Außerdem könne der Schutz der Grundrechte im Rahmen des Artikels 14 der Verordnung Nr. 17 nicht von der Effizienz des behördlichen Handels abhängig gemacht werden.

Was die Grundrechte angeht, so macht sich die Klägerin die folgenden Ergebnisse eines Gutachtens von Professor J. A. Frowein, Heidelberg (Anlage 6 zur Erwiderung), zu eigen:

— Auf der Grundlage der gemeinsamen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten gibt es einen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz der Wohnung.

— Der Grundrechtsschutz der Wohnung gilt auch für Geschäftsräume.

— Durchsuchungen von Geschäftsräumen, die von Inspektionen zu unterscheiden sind, bedürfen auf der Grundlage des genannten Grundrechtsschutzes einer richterlichen Anordnung.

— Diese richterliche Anordnung muß vor der Durchsuchung erfolgen und die Grenzen der Durchsuchung im einzelnen festlegen.

— Nach dem System des Gemeinschaftsrechts kann ohne besondere Anordnung nur der Gemeinschaftsrichter (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften) für die Anordnung der Durchsuchung zuständig sein.

Die Klägerin fügt hinzu, eine nur nachträgliche richterliche Kontrolle würde einer Verweigerung des Grundrechtsschutzes gleichkommen, da die nachträgliche Kontrolle durch die Rechtsweggarantie der Artikel 173 und 186 EWG-Vertrag ohnehin gewährleistet sei.

b) Die *Kommission* macht vorab geltend, das Vorbringen der Klägerin sei insofern unschlüssig, als sie vortrage, daß Durchsuchungsmaßnahmen sowohl nach Artikel 14 Absatz 3 als auch nach dem Wortlaut der Entscheidung eindeutig ausgeschlossen seien, gleichzeitig aber die Aufhebung der Entscheidung beantrage. Die Ausführungen der Klägerin könnten allenfalls als Kritik am Verhalten der Bediensteten der Kommission ausgelegt werden, denen die Klägerin eine Überschreitung ihrer Befugnisse vorwerfe. Die Anfechtung der Entscheidung vom 15. Januar 1987 sei in einem solchen Fall nicht der geeignete Rechtsbehelf.

Das Vorbringen der Klägerin, daß Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 den Grundrechten zuwiderlaufe, hält die Kommission für unzulässig, da die Entscheidung die Klägerin insoweit nicht beschwere. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin lägen die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume (ausreichender Verdacht, richterliche Kontrolle) vor, da das Amtsgericht Frankfurt einen Durchsuchungsbefehl ausgestellt habe, weil es einen ausreichenden Anfangsverdacht für gegeben gehalten habe.

In der Sache macht die Kommission geltend, Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 verleihe ihr eine Durchsuchungsbefugnis.

„Nachprüfung" sei ein Oberbegriff, der die Durchsuchung umfasse. Letztere sei eine weiterreichende Form der Nachprüfung. Dies gelte sowohl für Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 als auch für § 46 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Dieses Ergebnis werde durch die Systematik des Artikels 14 der Verordnung Nr. 17 bestätigt. Aus seinem Absatz 6 ergebe sich, daß die Bediensteten der Kommission keinen unmittelbaren Zwang anwenden dürften, das heißt, daß es ihnen nicht gestattet sei, selbst gegen den Willen des Betroffenen tätig zu werden. Wenn dieser sich weigere, so müßten die Beamten der zuständigen nationalen Behörde Unterstützung gewähren, gegebenenfalls durch Anwendung von unmittelbarem Zwang, beispielsweise durch gewaltsames Öffnen von Möbeln und Entnahme von Akten, damit die Bediensteten der Kommission die gesuchten Geschäftsunterlagen ausfindig machen könnten.

Im Rahmen von Artikel 14 stünden den Mitgliedstaaten materiell nur diejenigen Befugnisse zu, die das Gemeinschaftsrecht gewähre. Wenn also Artikel 14 Absatz 3 keine Durchsuchungsbefugnisse einschließen sollte, so könnten die nationalen Bediensteten nicht die erforderliche Unterstützung gewähren.

Diese Auslegung entspreche der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, wie sie sich aus den §§ 3 und 4 des Gesetzes zur Ausführung der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit den §§ 8 und 12 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes ergebe.

Das Durchsuchungsrecht ergebe sich auch aus den in Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Betretungsrechten. Diese Rechte machten deutlich, daß die Bediensteten der Kommission nicht etwa darauf beschränkt seien, Unterlagen, die das Unternehmen ausgewählt und bestimmt habe, entgegenzunehmen, sondern daß sie vielmehr das Recht zur Nachprüfung am Ort der Aufbewahrung der gesuchten Unterlagen und zu ihrer Sichtung und Auswahl hätten.

Jede andere Auslegung des Artikels 14 würde diesem seine praktische Wirksamkeit nehmen und es dem Unternehmen ermöglichen, durch passiven Widerstand die Untersuchung der vermuteten Zuwiderhandlung endgültig zu verhindern. Ein Betretungsrecht der Bediensteten der Kommission wäre dann überflüssig; ein Auskunftsverlangen nach Artikel 11 der Verordnung würde hierfür ausreichen.

Der Rechtszustand in den Vereinigten Staaten könne nicht als Gegenargument dienen. Die Antitrustabteilung des amerikanischen Justizministeriums verfüge mit der Möglichkeit einer „subpoena", über ein sehr wirksames Instrument, für das es in Kontinentaleuropa keine Entsprechung gebe; sie sei außerdem zu Durchsuchungen aufgrund richterlicher Anordnung befugt.

Die Kommission verweist auf das Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Continental Can, Slg. 1973, 215), wonach der Schutz des Wettbewerbs ein grundlegendes Vertragsziel von zwingender Geltung sei. Dieser Schutz könne ohne eine wirksame Ermittlungstätigkeit der Kommission nicht gewährleistet werden.

Zu den Grundrechten vertritt die Kommission die Ansicht, es sei von dem in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorgesehenen maximalen Schutzumfang auszugehen.

Die Kommission stimmt mit der Klägerin darin überein, daß es ein gemeinschaftsrechtliches Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung gibt, daß dieses grundsätzlich auch die Geschäftsräume juristischer Personen schützt, daß hoheitliche Eingriffe in dieses Grundrecht dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen und daß für Durchsuchungen grundsätzlich eine richterliche Anordnung erforderlich ist.

Die Kommission macht geltend, die gerichtliche Kontrolle könne jedoch entweder vor der Nachprüfung (auf Initiative der Behörde) oder aber danach (auf Initiative des Unternehmens) erfolgen. Beispiele für eine solche nachträgliche Kontrolle enthielten § 55 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Artikel 13 Absatz 2 der italienischen Verfassung.

Das Gemeinschaftsrecht enthalte zwar keine speziellen Verfahrensregeln über die gerichtliche Kontrolle, es stelle aber dennoch eine Lösung des Problems in Form des Verfahrens der einstweiligen Anordnung vor dem Gerichtshof bereit. Artikel 83 § 1 der Verfahrensordnung ermögliche es, eine etwaige Grundrechtsverletzung im Rahmen dieses Verfahrens zu prüfen. Die Initiative hierzu liege beim Unternehmen, das gleichzeitig eine Nichtigkeitsklage gegen die Nachprüfungsentscheidung erheben müsse; diese Kontrolle gewährleiste aber die Einhaltung des Grundrechts vor Durchführung der Nachprüfung. Die Kommission trägt vor, sie sei bereit, nicht nur Hilfestellung bei der Abfassung eines Aussetzungsantrags zu leisten, sondern auch mit dem Vollzug der Nachprüfungsentscheidung zu warten, bis der Gerichtshof über den Antrag entschieden habe. Voraussetzung sei allerdings, daß sie konservierende Maßnahmen (z. B. Versiegelung von Behältnissen) treffen könne, um ein Beiseiteschaffen von Beweisstücken zu verhindern.

Schließlich widerspricht die Kommission der Auffassung der Klägerin, daß es eine implizite Zuständigkeit des Gerichtshofes für den Erlaß von Durchsuchungsanordnungen gebe. Nach Ansicht der Kommission fehlt es an einer Rechtsgrundlage für eine solche Zuständigkeit, denn der Gerichtshof sei auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit administrativer Entscheidungen beschränkt.

B — *Die Entscheidung zur Festsetzung eines Zwangsgelds*

Zum besseren Verständnis der Argumentation der Parteien ist vorab darauf hinzuweisen, daß sie von unterschiedlichen Auffassungen über das Verfahren zur Festsetzung von Zwangsgeldern nach Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 ausgehen.

Die Kommission trägt vor, die Festsetzung von Zwangsgeldern nach der genannten Vorschrift erfolge in zwei Schritten. Zu unterscheiden seien die vorläufige Festsetzung (Androhung) und die endgültige Festsetzung. Artikel 16 regele die erste Phase ausdrücklich in seinem Absatz 1, die zweite nur für den Sonderfall der Herabsetzung des mit der ursprünglichen Entscheidung festgesetzten Zwangsgelds in seinem Absatz 2. Nur die zweite Entscheidung, mit der die Gesamthöhe des bis dahin verwirkten Zwangsgelds festgesetzt werde, sei ein vollstreckbarer Titel im Sinne von Artikel 192 EWG-Vertrag. Bei der streitigen Entscheidung vom 3. Februar 1987 handele es sich um die erste Phase. Es sei ausreichend, wenn der Beratende Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen und das betroffene Unternehmen vor Erlaß der zweiten Entscheidung angehört würden.

Die Klägerin ist dagegen der Ansicht, diese Verfahrenserfordernisse müßten vor Erlaß der ersten Entscheidung, hier also derjenigen vom 3. Februar 1987, erfüllt sein.

1. Die *Klägerin* macht zunächst geltend, der Entscheidung vom 3. Februar 1987 zur Festsetzung eines Zwangsgelds werde durch die eventuelle Aufhebung der Nachprüfungsanordnung die Grundlage entzogen. Außerdem vertritt sie die Ansicht, die Kommission habe beim Erlaß der Zwangsgeldentscheidung wesentliche Formvorschriften verletzt.

Wie sich aus dem Wortlaut von Artikel 16 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 10 Absätze 3 bis 6 der Verordnung Nr. 17 eindeutig ergebe, hätte die Kommission vor Erlaß der streitigen Entscheidung den Beratenden Ausschuß anhören müssen. Die Klägerin beruft sich auf die Schlußanträge des Generalanwalts in den verbundenen Rechtssachen 228 und 229/82 (Ford, Slg. 1984, 1164, 1173).

Die Unterlassung der Anhörung der Klägerin vor Erlaß der fraglichen Entscheidung stelle einen Verstoß gegen Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit den Artikeln 2, 7, 10 und 11 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. 127, S. 2268) dar.

Aus dem Wortlaut des Artikels 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ergebe sich, daß diese Vorschrift sich in erster Linie auf Artikel 16 Absatz 1 beziehe, die einzige Vorschrift, in der von einer Zwangsgeldfestsetzung durch Entscheidung die Rede sei.

Wenn man nicht eine Anhörung des Unternehmens schon in der ersten Phase der Zwangsgeldfestsetzung (Artikel 16 Absatz 1) verlange, so werde das Rechtsschutzsystem des EWG-Vertrags in Frage gestellt. Der Betroffene müsse jeden ihn belastenden Verwaltungsakt überprüfen können, um fristgericht einen Rechtsbehelf einlegen zu können, ohne Gefahr zu laufen, mit dem Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs präkludiert zu werden.

Schon die Entscheidung nach Artikel 16 Absatz 1, durch die die Verpflichtung zur Zwangsgeldzahlung materiell begründet

werde, stelle einen schwerwiegenden und gefährlichen Eingriff dar, zumal dann, wenn es sich um ein Zwangsgeld handele, das dem Vollzug einer gravierende Rechtsfragen aufwerfenden Nachprüfungsentscheidung dienen solle. Es wäre daher unverhältnismäßig, wenn der Betroffene nicht vor Festsetzung des Zwangsgelds angehört würde. Im vorliegenden Fall habe für die Vornahme der Nachprüfung keine Dringlichkeit bestanden, denn das Verfahren sei bereits seit über drei Jahren anhängig gewesen.

Eine Anhörung des Unternehmens vor Erlaß der Zwangsgeldentscheidung stelle die Wirksamkeit des Ermittlungssystems nicht in Frage. Denn die Verletzung der Verpflichtung zur Duldung einer Nachprüfung sei in Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 17 unter Bußgeldandrohung gestellt; hinzu kämen die Sanktionen, die in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Ausführung des Gemeinschaftsrechts auf diesem Gebiet vorgesehen seien.

2. Die *Kommission* meint, die Klägerin gehe von einer unzutreffenden Auslegung des Systems der Zwangsgeldentscheidungen aus.

Die Kommission trägt vor, bei der gesamten Argumentation der Klägerin gegen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung vom 3. Februar 1987 handele es sich um ein verspätetes Vorbringen eines neuen Angriffsmittels, das nach Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung unzulässig sei. Die Klägerin habe nämlich ihren Aufhebungsantrag zunächst auf denjenigen Rechtsakt bezogen, den sie zu Unrecht für die endgültige Festsetzung des Zwangsgelds gehalten habe. In ihrer Erwiderung habe die Klägerin eine im Widerspruch zu ihrem eigenen Vorbringen in der Klageschrift stehende Kehrtwendung vollzogen, indem sie ihre Rügen gegen die (vermeintlich) endgültige Festsetzung von Zwangsgeld auf die (tatsächlich) der Androhung dienende Festsetzung übertragen habe.

Im übrigen seien die Rügen nicht begründet. Der von der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Rechtsschutz sei gewährleistet, wenn der Beratende Ausschuß und das betroffene Unternehmen in einer der beiden Phasen des Verfahrens angehört würden. Überraschend durchzuführende Nachprüfungen würden durch eine Anhörung in der ersten Phase unmöglich gemacht. Aber auch bei Nachprüfungen ohne Überraschung würde eine Anhörung in der ersten Phase die Ermittlungen erheblich verzögern, wenn nicht gar ganz unwirksam machen.

Außerdem werfe eine Entscheidung nach Artikel 16 Absatz 1 ihrer Natur nach keine bedeutenden Subsumtionsfragen auf, die eine Anhörung rechtfertigen würden. Die Androhung eines Zwangsgelds setze kein Verschulden des Unternehmens voraus, und die Angemessenheit des Tagessatzes sei keine Frage, auf die sich die Verfahrensgarantien bezögen. Selbst im Verfahren nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 sei die Höhe der Geldbuße nicht Gegenstand der Anhörung (ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes). Demnach gelte die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs auf jeden Fall nur für die Festsetzung von Zwangsgeldern in dem Sonderfall des Artikels 16 Absatz 2, da die Festsetzung eines Zwangsgelds, nachdem das Unternehmen seine Handlungspflicht erfüllt habe, kein Beugemittel, sondern eine Sanktion sei.

Schließlich wirft die Kommission der Klägerin vor, die Anhörung im Rahmen des Zwangsgeldverfahrens auf Einwände gegen das Nachprüfungsverfahren ausdehnen zu wollen. Für letzteres sehe die Verordnung Nr. 17 aber zu Recht keine Anhörung vor.

C — *Die Entscheidung zur Festsetzung der endgültigen Höhe des Zwangsgelds*

1. Die *Klägerin* vertritt die Ansicht, der Entscheidung vom 26. Mai 1988 werde die Grundlage entzogen, wenn die Nachprüfungsentscheidung oder die Entscheidung zur Festsetzung des Zwangsgelds aufgehoben werde, da die Aufhebung rückwirkend erfolge.

Die Entscheidung sei außerdem aus den oben angeführten Gründen aufzuheben, das heißt, weil sie der Erzwingung von Durchsuchungsmaßnahmen gedient habe, für die die Verordnung Nr. 17 keine Rechtsgrundlage biete und die mangels vorheriger richterlicher Anordnung mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsverfassungsrechts nicht vereinbar seien.

Was die Höhe des festgesetzten Zwangsgelds angehe, so habe die Kommission aus zwei Gründen gegen Artikel 16 der Verordnung Nr. 17 verstoßen.

Zum einen hätte die Kommission den Antrag auf Aussetzung des Vollzugs der Nachprüfungsentscheidung berücksichtigen müssen. Mit der Festsetzung des endgültigen Zwangsgelds auch für den Zeitraum des Verfahrens der einstweiligen Anordnung habe sich die Kommission in Widerspruch zu ihrer eigenen Position gesetzt, daß sie bereit sei, in einem solchen Fall mit dem Vollzug zu warten, bis der Gerichtshof entschieden habe.

Zum anderen sei der Gesamtbetrag des Zwangsgelds unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft, da die Klägerin sich bei ihren Entscheidungen ausschließlich von übergeordneten Interessen an der Wahrung eines gesetzes- und verfassungsgemäßen Ermittlungsverfahrens habe leiten lassen. Angesichts der einhelligen Auffassung der Literatur habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, daß Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 der Kommission kein Durchsuchungsrecht gewähre. Die Weigerung der Klägerin, die Nachprüfung und Durchsuchung zu dulden, sei ihr somit weder objektiv noch individuell vorwerfbar. Außerdem könne sich die Kommission auch nicht auf ein irgendwie geartetes Interesse an einem beschleunigten Vollzug berufen, da ihre Informationen über die angeblichen Zuwiderhandlungen schon vom Oktober 1983 datierten.

2. Die *Kommission* hält den Antrag auf Aufhebung der Entscheidung vom 26. Mai 1988 für unzulässig, soweit er mit der Nichtigkeit der Zwangsgeldentscheidung vom 3. Februar 1987 begründet wird. Denn im Falle der Aufhebung dieser Entscheidung werde die Entscheidung vom 26. Mai 1988 automatisch gegenstandslos. Nachdem die Klägerin Klage auf Aufhebung der ersten Entscheidung erhoben habe, habe sie kein Rechtsschutzinteresse mehr daran, daß auch die zweite Entscheidung aufgehoben werde.

In der Sache trägt die Kommission zum Verhältnis zwischen der streitigen Entscheidung und der Nachprüfungsentscheidung vor, die Aufhebung der letzteren würde der Entscheidung vom 26. Mai 1988 nicht die Grundlage entziehen. Wegen der Vermutung der Gültigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft bis zu ihrer Aufhebung durch den Gerichtshof sei die Klägerin verpflichtet gewesen, mangels einer Aussetzung des Vollzugs die Nachprüfung zu dulden. Diese Rechtsfolge sei endgültig und werde durch eine etwaige spätere Aufhebung nicht berührt.

Außerdem sei der Antrag insofern unschlüssig und daher unbegründet, als er darauf gerichtet sei, die Entscheidung vom 26. Mai 1988 aus denselben Gründen wie denjenigen aufzuheben, die gegen die Nachprüfungsentscheidung vorgebracht worden seien, selbst wenn der Gerichtshof diese Entscheidung nicht aufheben sollte. Die Nachprü-

fungsentscheidung könne nicht zugleich rechtswirksam und rechtswidrig sein.

Zur Höhe des festgesetzten Zwangsgelds trägt die Kommission vor, sie habe sich nicht in Widerspruch zur ihrer Position im vorliegenden Verfahren gesetzt. Ihre Erklärung, daß sie bereit sei, mit dem Vollzug der Nachprüfung zu warten, bis der Gerichtshof über den Antrag auf einstweilige Anordnung entschieden habe, habe sich ausschließlich auf eine mögliche künftige Anwendung von Artikel 83 der Verfahrensordnung als Rechtsgrundlage für eine der Durchsuchung vorausgehende gemeinschaftsrechtliche richterliche Kontrolle bezogen.

Was die Frage der Verhältnismäßigkeit der Bemessung des Zwangsgelds angeht, so wirft die Kommission der Klägerin vor, sie verlange eine Belohnung für eine Rechtsverletzung, die so schwer wiege, daß sie nach angelsächsischem Rechtsverständnis als „contempt of court" zu qualifizieren wäre. Die Klägerin habe nämlich nicht nur die Vermutung der Gültigkeit der Rechtsakte der Gemeinschaft mißachtet, sondern überdies auf ihrer Weigerung selbst noch nach Erlaß des Beschlusses beharrt, durch den der Präsident des Gerichtshofes ihren Antrag auf Aussetzung des Vollzugs zurückgewiesen habe.

G. C. Rodríguez Iglesias
Berichterstatter