

Verwaltungsgerichtshof

Zlen. Ra 2014/04/0046 bis 0051-5

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek und die Hofräte Dr. Kleiser, Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Revision der 1. S AG, 2. S H AG und 3. L GmbH, alle in S, alle vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Oktober 2014, Zlen. W134 2000196-1/25E, W134 2003810-1/22E, W134 2006715-1/11E, W134 2006716-1/11E, W134 2010887-1/11E und W134 2010888-1/11E, betreffend Maßnahmenbeschwerden gegen Hausdurchsuchungen nach dem Wettbewerbsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bundeswettbewerbsbehörde, vor dem Verwaltungsgerichtshof vertreten durch die Finanzprokurator; weitere Partei: Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberinnen haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von € 1.106.40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I.

Angefochtener Beschluss

Mit dem angefochtenen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts (im Folgenden: Verwaltungsgericht) wurden die Maßnahmenbeschwerden der Revisionswerberinnen gegen zwei Hausdurchsuchungen der

(22. April 2015)

Bundeswettbewerbsbehörde vom 19. bis 20. August 2013 in M und am 20. August 2013 in S nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG als unzulässig zurückgewiesen (A I.) und die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt (B).

Begründend stellte das Verwaltungsgericht fest, mit Beschluss vom 6. August 2013, 26 Kt 88/13-2, habe das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht über Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde wegen des begründeten Verdachts der Teilnahme an wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen betreffend vertikale Preisabstimmungen der Erstrevisionswerberin mit Unternehmen der Brauereiwirtschaft sowie horizontale Preisabstimmungen des Einzelhandels über Unternehmen der Brauereiwirtschaft eine Hausdurchsuchung in den Geschäftsräumlichkeiten und Fahrzeugen der Erstrevisionswerberin am Standort M und die Sicherstellung von physischen und elektronischen Kopien angeordnet. Mit der Durchführung der Hausdurchsuchung und Zustellung dieser Entscheidung an das betroffene Unternehmen sei die Bundeswettbewerbsbehörde beauftragt worden. In der rechtlichen Beurteilung dieses Beschlusses sei darauf hingewiesen worden, dass auch nach Informationsquellen gesucht werden dürfe, die noch nicht bekannt seien, und dass für die Zweckmäßigkeit einer Hausdurchsuchung insbesondere eine Verdunkelungsgefahr spreche.

Mit Beschluss vom 20. August 2013, 26 Kt 88/13-4, 26 Kt 101/13, 102/13, habe das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht den Hausdurchsuchungsbefehl vom 6. August 2013 auf die Geschäftsräumlichkeiten der Erstrevisionswerberin, der Zweitrevisionswerberin und der Drittrevisionswerberin jeweils in S, E-Straße, erweitert.

Sowohl der Beschluss vom 6. August 2013 als auch der Beschluss vom 20. August 2013 seien von den Revisionswerberinnen mit Rekurs bekämpft worden. Beiden Rekursen sei mit Beschluss des Obersten Gerichtshofes (OGH) als Kartellobergericht vom 14. Februar 2014, 16 Ok 8/13, 16 Ok 9/13 nicht Folge gegeben worden.

Die Hausdurchsuchung habe an näher bezeichneten Adressen am 19. August 2013 in M und am 20. August 2013 in M und S stattgefunden.

Zum Einsatz forensischer Software bei dieser Hausdurchsuchung stellte das Verwaltungsgericht zusammenfassend fest, die belangte Behörde habe sich zur Umsetzung des durch den Hausdurchsuchungsbefehl vorgegebenen gerichtlichen Auftrages der Sicherstellung von (physischen) und elektronischen Kopien und um auch große Datenmengen schnell und effizient sichten zu können, zweier IT-Experten des Bundeskriminalamtes (BKA) bedient. Einem Experten des BKA sei in der Folge bei der Durchsuchung des Notebooks eines S-Mitarbeiters aufgefallen, dass eine "BITLOCKER"-Verschlüsselung eingeschaltet gewesen sei. Die Erstrevisionswerberin habe sich gegenüber dem Experten des BKA nicht kooperativ verhalten und das Administratorenpasswort nicht herausgegeben. Um zu verhindern, dass das "BITLOCKER"-Programm die Daten verschlüssele und damit für die belangte Behörde unleserlich mache, hätten die IT-Experten des BKA als Vorsichtsmaßnahmen beschlossen, mit Hilfe des Einsatzes des forensischen (Computer)Programms "DumpIT" den Arbeitsspeicher des durchsuchten Notebooks zu sichern, weil in diesem Arbeitsspeicher der Schlüssel für das Programm "BITLOCKER" abgelegt sei. Ein IT-Experte des BKA habe in der Folge einen forensischen USB-Stick am Laptop des S-Mitarbeiters angesteckt und versucht, das Programm "DumpIT" auszuführen. Die Ausführung dieses Programms sei jedoch auf Grund mangelnder Benutzerrechte fehlgeschlagen. In der Folge hätten sich die IT-Experten des BKA einen Überblick über das Notebook verschaffen wollen. Dazu sei das Programm "osTRIAGE" verwendet worden. "osTRIAGE" werde von ungefähr 50 Behörden weltweit eingesetzt. Dazu habe ein IT-Experte des BKA versucht, das Programm "osTRIAGE" vom USB-Stick aus zu starten, wobei das Programm auf dem Computer nicht installiert worden sei. Der vorhandene Virens scanner habe beim Programm "osTRIAGE" angeschlagen. In der Folge sei das Programm nicht ordnungsgemäß gelaufen und habe der IT-Experte des BKA den Prozess "osTRIAGE" beendet. Anschließend habe ein IT-Experte des BKA das auf

dem Rechner befindliche Programm "Snipping-Tool" geöffnet und damit zu Dokumentationszwecken zwei Screenshots angefertigt. Weitere Handlungen hätten die IT-Experten auf diesem Computer nicht durchgeführt. Auf einem weiteren Computer hätten die IT-Experten des BKA keine forensische Software ausgeführt, sondern lediglich zu Dokumentationszwecken zwei Screenshots ebenfalls mit dem Programm "Snipping-Tool" angefertigt.

Weitere Handlungen auf Computern der Erstrevisionswerberin hätten die IT-Experten des BKA nicht durchgeführt.

Es gebe zwei Gründe, warum man die Programme "DumpIT" und "osTRIAGE" einsetze. Zum einen könne der Betroffene lügen und zum anderen könne das Gerät auch über das Netzwerk von außen manipuliert werden. Der Einsatz von "DumpIT" verhindere zudem den Verlust des Zugriffs auf Daten im Falle eines Stromausfalls, weil dort der Zugriffsschlüssel verloren ginge. Der Einsatz von "osTRIAGE" in der Funktion als erzeugendes Werkzeug für eine "Überblickskarte", also einen Überblick über den Speicherort der Daten, beschleunige die Amtshandlung um ein Vielfaches gegenüber einer rein manuellen Sicht.

Sodann führte das Verwaltungsgericht beweiswürdigend im Wesentlichen aus, der festgestellte Sachverhalt ergebe sich aus den Aussagen der IT-Experten des BKA A R, Th R und Dr. D S (letzterer Amtssachverständiger im Bereich Informatik im Cybercrime-Kompetenzcenter des BKA; dieser sei bei der Hausdurchsuchung selbst nicht tätig gewesen, jedoch nach dieser hinzugezogen worden, um Vorhaltungen und Befürchtungen seitens der Erstrevisionswerberin, aber auch die Behauptung der IT-Experten des BKA zu überprüfen. Dabei habe Dr. D S die verwendeten Werkzeuge und den eingesetzten USB-Stick (Datenträger) einer Prüfung unterzogen sowie die beiden Beamten befragt bzw. ebenfalls "einer Prüfung unterzogen". Die Zeugen A R und Th R seien direkt vor Ort bei der Hausdurchsuchung durchführend tätig gewesen).

In rechtlicher Hinsicht verwies das Verwaltungsgericht auf Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG und das hg. Erkenntnis vom 12. September 2013, 2013/04/0005, u.a.. Danach führte das Verwaltungsgericht aus, die Bundeswettbewerbsbehörde habe auf Grund der erlassenen Hausdurchsuchungsbefehle das Recht gehabt, die geschäftlichen Unterlagen zu sichten (§ 11a Abs. 1 Z 2 iVm § 12 Abs. 4 Wettbewerbsgesetz [WettbG]), die geschäftlichen Unterlagen zu kopieren (§ 11a Abs. 1 Z 2 iVm § 12 Abs. 4 WettbG) sowie Beweismittel in ihre Verfügungsmacht zu bringen (§ 12 Abs. 4 WettbG).

Diese Zugriffsrechte bezögen sich auf geschäftliche Unterlagen "unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen". Damit seien auch elektronisch gespeicherte Unterlagen erfasst. Es komme nicht darauf an, ob diese Unterlagen auf der Festplatte eines in den durchsuchten Räumlichkeiten befindlichen Endgeräts gespeichert seien oder ob diese Unterlagen auf externen Speicherplätzen lägen.

Gemäß § 14 Abs. 2 WettbG seien im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde die hilfeleistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auch ermächtigt, die Bundeswettbewerbsbehörde durch die Sicherung von Unterlagen in elektronischer Form zu unterstützen. Gemäß § 12 Abs. 4 WettbG seien bei der Durchführung der Hausdurchsuchung Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. In diesem Sinne sei es zulässig, wenn die Bundeswettbewerbsbehörde bei einer Hausdurchsuchung forensische Computerprogramme verwende um dem Zweck der Amtshandlung, nämlich eine große Datenmenge schnell und effizient sichten zu können, zum Durchbruch zu verhelfen. Weiters sei es zulässig, wenn die Bundeswettbewerbsbehörde bei einer Hausdurchsuchung forensische Computerprogramme verwende, die dem Zweck der Amtshandlung, nämlich geschäftliche Unterlagen zu kopieren und diese in einer für sie lesbaren Form (also nicht etwa verschlüsselt) in ihre Verfügungsmacht zu bringen, dienten.

Eine etwaige verspätete Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls vom 6. August 2013 sowie eine etwaige unterlassene Prüfungsmöglichkeit stellten keine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehls dar.

Ein Exzess durch eine "unzulässige Fishing Expedition" liege jedenfalls nicht vor, da in der rechtlichen Beurteilung des Beschlusses des Oberlandesgerichtes Wien vom 6. August 2013 (Hausdurchsuchungsbefehl) darauf hingewiesen worden sei, dass auch nach Informationsquellen gesucht werden dürfe, die noch nicht bekannt seien.

Soweit ein zeitlicher Exzess der Hausdurchsuchung in M gerügt werde, habe die belangte Behörde versucht, bei der Hausdurchsuchung forensische Computerprogramme zu verwenden, um eine große Datenmenge schnell und effizient sichten zu können; sie sei also grundsätzlich bestrebt gewesen, Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. Das gerügte Verhalten der belangten Behörde stelle daher keine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehls dar.

Soweit eine unzulässige Kopie elektronischer Daten gerügt werde, sei darauf zu verweisen, dass der Wortlaut des Hausdurchsuchungsbefehls ausdrücklich die Sicherstellung von (physischen und) elektronischen Kopien anordne und darin darauf hingewiesen worden sei, dass auch nach Informationsquellen gesucht werden dürfe, die noch nicht bekannt seien. Die inhaltlich uneingeschränkte Kopie des gesamten "Shares (Netzwerkverzeichnisse) mit der Bezeichnung ZN 06-700 und ZN 06-710" sowie die Kopie der gesamten Outlook-Postfächer dreier näher bezeichneter Mitarbeiter der Erstrevisionswerberin stelle daher keine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehls dar.

Auch das Vorbringen der Revisionswerberin, wonach die entsprechenden elektronischen Daten physisch nicht in den Geschäftsräumlichkeiten in M gespeichert gewesen seien, die Kopie dieser Daten daher im Abrufen vom zentralen Server in S voraussetze und dies bedeute, dass die Hausdurchsuchung vom

19. August 2013 in räumlicher Sicht den Hausdurchsuchungsbefehl überschritten habe, da dieser sich ausdrücklich auf die Geschäftsräumlichkeiten in M beschränkt habe, gehe ins Leere. Denn die Revisionswerberinnen hätten zu Recht darauf verwiesen, dass sich die Zugriffsrechte der belangten Behörde auf die geschäftlichen Unterlagen "unabhängig davon in welcher Form sie vorliegen" bezögen. Auch elektronisch gespeicherte Unterlagen seien damit erfasst. Es komme daher nicht darauf an, ob diese Unterlagen auf der Festplatte eines in den durchsuchten Räumlichkeiten befindlichen Endgerätes gespeichert seien oder ob diese Unterlagen auf externen Speicherplätzen (etwa dem zentralen Server in S) lägen. Auch in diesem Punkt liege keine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehls vor.

Zur Rüge der Revisionswerberinnen eines verbotenen Einsatzes einer "Spionage-Software" verwies das Verwaltungsgericht auf die getroffenen Feststellungen und hielt rechtlich fest, es sei zulässig, wenn die Bundeswettbewerbsbehörde bei einer Hausdurchsuchung geschäftliche Unterlagen sichte, kopiere und Beweismittel in ihre Verfügungsmacht bringe, dass sie dabei forensische Computerprogramme verwende, um große Datenmengen schnell und effizient sichten zu können und um geschäftliche Unterlagen zu kopieren und diese in einer für sie lesbaren Form in ihre Verfügungsmacht zu bringen. Im vorliegenden Fall habe die Bundeswettbewerbsbehörde lediglich vier Screenshots angefertigt und diese in ihre Verfügungsmacht gebracht. Alle anderen Versuche forensische Computerprogramme zu starten, seien gescheitert. Diesbezüglich liege somit keine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehles vor.

Soweit "Verstöße gegen das Datenschutzgesetz" gerügt würden, führte das Verwaltungsgericht aus, etwaige Verletzungen des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000) könnten vor der Datenschutzbehörde gerügt werden. Ein diesbezügliches Verfahren sei anhängig.

Zu den Anträgen der Revisionswerberin auf Vernehmung "weiterer mehr als 20" Zeugen, die Unterbrechung des Verfahrens sowie die Einholung eines

Sachverständigengutachtens führte das Verwaltungsgericht aus, diese Anträge seien zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nicht notwendig gewesen.

Zusammenfassend ergebe sich nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, dass bei der durchgeführten Hausdurchsuchung keine offenkundige Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehles durch die Bundeswettbewerbsbehörde stattgefunden habe und daher ein der Verwaltung zuzurechnendes Organhandeln nicht vorliege. Die Maßnahmenbeschwerden seien daher zurückzuweisen gewesen.

Revisionsverfahren

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Revision, die vom Verwaltungsgericht gemäß § 30a Abs. 7 VwGG unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorgelegt wurde.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erstattete, vertreten gemäß § 23 Abs. 3 VwGG (und § 15 Abs. 2 WettbG) durch die Finanzprokurator, eine Revisionsbeantwortung.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Grundsätzlich

Die (außerordentliche) Revision wendet sich gegen die Zurückweisung der Maßnahmenbeschwerden der Revisionswerber nach Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG durch das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) betreffend zwei Hausdurchsuchungen der Bundeswettbewerbsbehörde.

Die Revision ist zulässig. Sie ist jedoch aus den nachstehenden Erwägungen nicht berechtigt.

Rechtslage

Die in der vorliegenden Rechtssache maßgeblichen Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes, BGBl. I Nr. 62/2002 in der Fassung BGBl. I Nr. 129/2013 (WettbG), lauten:

"Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde

§ 1. (1) Beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend wird eine Bundeswettbewerbsbehörde mit dem Ziel eingerichtet,

a) funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Sinne des KartG 2005, BGBl. I Nr. 62/2005, oder der Europäischen Wettbewerbsregeln (§ 4 Abs. 1) in Einzelfällen entgegenzutreten sowie

b) eine die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und den Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren (§ 4 Abs. 2) wahrende Anwendung des KartG 2005, BGBl. I Nr. 62/2005, zu gewährleisten.

...

Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde

§ 2. (1) Zur Erreichung ihrer Ziele gemäß § 1 ist die Bundeswettbewerbsbehörde befugt zur Untersuchung und Bekämpfung vermuteter oder drohender Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen (§ 1), ...

...

Ermittlungen

§ 11. (1) Die Bundeswettbewerbsbehörde kann nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes alle Ermittlungen führen, die ihr zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß diesem Bundesgesetz zukommen. Die im Rahmen von Ermittlungen erlangten Kenntnisse dürfen - sofern nicht eine Berechtigung zur Zusammenarbeit nach § 10 Abs. 1 besteht - nur zu dem mit der Ermittlungshandlung verfolgten Zweck verwertet werden.

...

Auskunftsverlangen und Unterlagen Vorlage

§ 11a. (1) Die Bundeswettbewerbsbehörde ist, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß diesem Bundesgesetz erforderlich ist, auch befugt:

...

2. geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen, Abschriften und Auszüge der Unterlagen anzufertigen sowie

3. vor Ort alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen sowie von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen.

...

Hausdurchsuchung

§ 12. (1) Das Kartellgericht hat, wenn dies zur Erlangung von Informationen aus geschäftlichen Unterlagen erforderlich ist, auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde bei Vorliegen des begründeten Verdachts einer Zuwiderhandlung gegen §§ 1, 5 oder 17 KartG 2005, Art. 101 oder 102 AEUV eine Hausdurchsuchung anzuordnen.

(2) Das Kartellgericht hat weiters auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde eine Hausdurchsuchung anzuordnen auf Grund einer Nachprüfungsentscheidung der Europäischen Kommission wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln. Dem Antrag ist das Original oder eine beglaubigte Ausfertigung der Nachprüfungsentscheidung anzuschließen. Das Kartellgericht hat neben der Echtheit der Nachprüfungsentscheidung der Europäischen Kommission nur zu prüfen, ob die beabsichtigte Durchsuchung nicht willkürlich oder, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, unverhältnismäßig ist. Im Falle von Nachprüfungen nach Art. 21 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt der Hausdurchsuchungsbefehl nach dem ersten Satz auch als Genehmigung im Sinne des Art. 21 Abs. 3 erster Satz der zitierten Verordnung.

(3) Die Hausdurchsuchung ist vom Senatsvorsitzenden im Verfahren außer Streitsachen mit Beschluss anzuordnen. Gegen den Beschluss steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen; dieses hat keine aufschiebende Wirkung. Mit der Durchführung der Hausdurchsuchung ist die Bundeswettbewerbsbehörde zu beauftragen, die den Hausdurchsuchungsbefehl den in § 11a Abs. 2 genannten Personen sogleich oder doch innerhalb von 24 Stunden zuzustellen hat.

(4) Bei der Durchführung der Hausdurchsuchung sind Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte desjenigen, bei dem die Hausdurchsuchung vorgenommen wird (Betroffener), sind soweit wie möglich zu wahren. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat über die Hausdurchsuchung ein Protokoll aufzunehmen und das Kartellgericht darüber zu informieren. Der Betroffene hat das Recht, bei der Durchsuchung anwesend zu sein und eine Person seines Vertrauens zuzuziehen. Der Bundeswettbewerbsbehörde kommen bei Hausdurchsuchungen die in § 11a Abs. 1 Z 2 und 3 genannten Befugnisse zu. Die Bundeswettbewerbsbehörde ist befugt, für die Dauer der Hausdurchsuchung in dem hierfür erforderlichen Ausmaß alle Räumlichkeiten zu versiegeln und Beweismittel in Beschlag zu nehmen, soweit dies zur Sicherung des Ermittlungserfolges geboten ist.

(5) Unmittelbar vor einer auf Grund von Abs. 1 angeordneten Hausdurchsuchung ist der Betroffene (Abs. 4) zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung zu befragen, es sei denn, dies würde den Ermittlungserfolg wegen Gefahr im Verzug gefährden. Widerspricht er im Rahmen der Prüfung von Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, der Einsichtnahme in bestimmte, einzeln bezeichnete Unterlagen oder ihrer Beschlagnahme unter Berufung auf eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder ein ihm zustehendes Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs. 1 Z 2 bis 5 StPO, so sind diese Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und dem Kartellgericht vorzulegen; zuvor dürfen sie nicht eingesehen werden. Das Kartellgericht hat die Unterlagen zu sichten und mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden dürfen oder sie dem Betroffenen (Abs. 4) zurückzustellen sind. Gegen diesen Beschluss steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen.

(6) Ist eine Bezeichnung einzelner Unterlagen im Zuge der Hausdurchsuchung nicht möglich, weil diese dadurch in unverhältnismäßiger Weise verzögert würde, so sind auf Verlangen des Betroffenen (Abs. 4) Kategorien von Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme zu sichern und bei der Bundeswettbewerbsbehörde getrennt vom Ermittlungsakt zu hinterlegen. Der Betroffene (Abs. 4) ist von der Bundeswettbewerbsbehörde aufzufordern, innerhalb einer von ihr zu setzenden Frist von mindestens zwei Wochen die Unterlagen einzeln zu bezeichnen. Zu diesem Zweck ist er berechtigt, in die hinterlegten Unterlagen Einsicht zu nehmen. Unterlässt er fristgerecht die Bezeichnung von einzelnen Unterlagen, so werden die Unterlagen Bestandteil des Ermittlungsaktes der Bundeswettbewerbsbehörde. Hinsichtlich der einzeln bezeichneten Unterlagen ist im Sinne des Abs. 5 vorzugehen.

...

Heranziehung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes

§ 14. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben der Bundeswettbewerbsbehörde über deren Ersuchen zur Sicherung der Ermittlungen und Hausdurchsuchungen (§§ 11a und 12) im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches Hilfe zu leisten.

(2) Im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde sind die gemäß Abs. 1 hilfeleistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auch ermächtigt, die Bundeswettbewerbsbehörde durch die Sicherung von Unterlagen in elektronischer Form zu unterstützen.

...

Vertretung

§ 15. ...

(2) Die Bundeswettbewerbsbehörde kann mit ihrer Vertretung auch die Finanzprokurator oder einen Rechtsanwalt betrauen."

Zum Maßnahmenbegriff

Die Revision bringt als grundsätzliche Rechtsfrage vor, die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichtes weiche von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Maßnahmenbegriff ab. So habe der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis 2013/04/0005 festgehalten, dass eine offenkundige Überschreitung des richterlichen Befehls eine Maßnahme darstelle. Auch im vorliegenden Fall sei von einer Maßnahme auszugehen. Zur Frage, ob die Verweigerung der Prüfung des Hausdurchsuchungsbefehls und die Möglichkeit, das Gesuchte freiwillig herauszugeben, eine Maßnahme darstelle, fehle es an höchstgerichtlicher Rechtsprechung. Auch sei die Entscheidung von grundlegender Bedeutung im Hinblick auf die in der Lehre konstatierten Rechtsschutzlücken bei wettbewerbsrechtlichen Hausdurchsuchungen. Während das Kartellobergericht vermeine, dass die Durchführung einer Hausdurchsuchung eine verwaltungspolizeiliche Maßnahme darstelle, gehe der Verfassungsgerichtshof (VfGH) davon aus, dass nur bei offenkundigen Überschreitungen des Hausdurchsuchungsbefehls eine Maßnahmenbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden könne. Anders als unter dem Regime der StPO bestehe im wettbewerbsrechtlichen Verfahren nicht die Möglichkeit des Einspruchs wegen Rechtsverletzung, sodass gegen rechtswidrige Handlungen im Zuge von Hausdurchsuchungen kein Rechtsschutz bestünde. Sodann enthält die Revision näheres Vorbringen, warum nach Auffassung der Revisionswerberinnen bei der vorliegenden Hausdurchsuchung maßnahmenfähige, rechtswidrige Handlungen durch die Bundeswettbewerbsbehörde gesetzt worden seien. Dabei rügen sie insbesondere den Einsatz von "Spionagesoftware", der im Zuge von

kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen ein absolutes Novum sei und zu dem höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit.

Diese Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über eine Maßnahmenbeschwerde entspricht der (bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012) bestandenen Zuständigkeit der Unabhängigen Verwaltungssenate, nach Art. 129a Abs. 1 Z 2 B-VG über Maßnahmenbeschwerden zu entscheiden (vgl. RV 1618 BlgNR 24. GP, 13, und *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit [2013], Rz 15 zu Art. 130 B-VG).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem vom Verwaltungsgericht zitierten hg. Erkenntnis vom 12. September 2013, 2013/04/0005, 0049 bis 0053, zur Maßnahmenbeschwerde nach Art. 129a Abs. 1 Z 2 B-VG festgehalten:

"Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes entscheiden die unabhängigen Verwaltungssenate gemäß Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG und § 67a Abs. 1 Z. 2 AVG über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (ausgenommen in Finanzstrafsachen des Bundes) in ihren Rechten verletzt zu sein. Werden solche behördlichen Akte in Durchführung richterlicher Befehle gesetzt, fallen sie nicht in den Bereich der Hoheitsverwaltung, sondern sie sind - solange die Verwaltungsorgane den ihnen durch den richterlichen Befehl gestellten Ermächtigungsrahmen nicht überschreiten - funktionell der Gerichtsbarkeit zuzurechnen. Bei offenkundiger Überschreitung des richterlichen Befehls liegt hingegen insoweit ein der Verwaltung zuzurechnendes Organhandeln vor (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. September 1998, Zl. 97/01/1084, 1085 und 1087, vom 6. Juli 1999, Zl. 96/01/0061, 0062, vom 20. Juni 2008, Zl. 2007/01/1166, und vom 7. Oktober 2010, Zl. 2008/17/0222; vgl. weiters etwa VfGH vom 17. Juni 1991, B 1017/90, mwN, und vom 20. September 2012, B 1233/11).

Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die gesetzten Maßnahmen durch die gerichtliche Anordnung gedeckt waren. Ausgangspunkt einer entsprechenden Beurteilung ist der Wortlaut des richterlichen Befehls (vgl. etwa das hg. Erkenntnis

vom 24. August 2004, Zl. 2003/01/0041). Auch dessen Sinngehalt ist für die Auslegung von Bedeutung (vgl. etwa VfGH vom 17. Juni 1991, B 1017/90).

Die rechtliche Zurechnung des Vollzugshandelns zur Justizgewalt wird nicht schon dadurch unterbrochen, dass im Vollzug des richterlichen Befehls Gesetzeswidrigkeiten hinsichtlich der bei einem solchen Akt zu wählenden Förmlichkeiten unterlaufen. Durchbrochen wird der Auftragszusammenhang des Organhandelns zur richterlichen Gewalt nur durch solche Maßnahmen, die ihrem Inhalt und Umfang nach in der gerichtlichen Anordnung keine Deckung mehr finden. Eine Hausdurchsuchung auf Grund gerichtlicher Anordnung bleibt somit gleichwohl der Akt eines Gerichtes und ist deshalb der Überprüfung durch die unabhängigen Verwaltungssenate entzogen, wenn bei Durchführung der gerichtlichen Anordnung eine Gesetzeswidrigkeit (z.B. die unterlassene Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls oder die unterlassene Befragung des Betroffenen vor Beginn der Hausdurchsuchung) unterläuft. Die Modalitäten und die näheren Umstände, unter denen eine Hausdurchsuchung erfolgte, sind keine vor den unabhängigen Verwaltungssenaten selbständig bekämpfbaren Maßnahmen. Bei einer auf Grund eines richterlichen Befehls durchgeführten Hausdurchsuchung ist auch die Vorgangsweise bei Durchsetzung des Hausdurchsuchungsbefehls dem Gericht zuzurechnen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. September 1998, Zlen. 97/01/1084, 1085 und 1087, vom 6. Juli 1999, Zl. 96/01/0061, 0062, vom 16. Februar 2000, Zl. 96/01/0233, vom 17. Mai 1995, Zl. 94/01/0763; ebenso VfGH vom 30. September 1991, B 1108/90, und vom 26. September 1988, B 608/87, u.a.).

Diese Grundsätze gelten - wie im Hinblick auf den Beschluss des Obersten Gerichtshofes (OGH) vom 6. Juni 2012, 16 Ok 2/12, festzuhalten ist - auch für Hausdurchsuchungen nach § 12 WettbG. Dementsprechend kommt eine Überprüfung der Vorgangsweise der Bundeswettbewerbsbehörde anlässlich einer gerichtlich angeordneten Hausdurchsuchung durch die unabhängigen Verwaltungssenate auch in diesen Fällen nur in Betracht, soweit es zu einer offenkundigen Überschreitung des richterlichen Befehls ('Exzess') gekommen ist (vgl. in diesem Sinn bereits das in der gegenständlichen Angelegenheit ergangene Erkenntnis des VfGH vom 1. Dezember 2012, B 619/12-10, mwN, wonach eine Rechtsschutzlücke nicht zu erkennen ist)."

An dieser Rechtsprechung zum Maßnahmenbegriff hielt der Verwaltungsgerichtshof im hg. Beschluss vom 21. Jänner 2015, Ro 2014/04/0063, mit Verweis auf das obzitierte hg. Erkenntnis vom 12. September 2013 und auf das entsprechend zu staatsanwaltlichen Anordnungen ergangene hg. Erkenntnis vom 24. Oktober 2013, Zl. 2013/01/0036, mwN, fest und führte zusammenfassend aus, für die Zuständigkeit zur Behandlung einer Maßnahmenbeschwerde ist alleine maßgeblich, ob es zu einer Überschreitung der gerichtlichen Anordnung im Sinne

eines Exzesses gekommen ist. Von einem Exzess kann (in diesem Sinn) nur bei Maßnahmen gesprochen werden, die ihrem Inhalt und Umfang nach in der gerichtlichen Anordnung keine Deckung mehr finden.

Nach dieser Rechtsprechung ist fallbezogen für die vom Verwaltungsgericht verneinte Zuständigkeit zur Behandlung der Maßnahmenbeschwerde nach Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG alleine maßgeblich, ob es vorliegend zu einer Überschreitung der angeführten Hausdurchsuchungsbefehle im Sinne eines Exzesses gekommen ist.

Eine Rechtsschutzlücke ist angesichts des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Anordnung der Hausdurchsuchung (nach § 12 WettbG) und der Möglichkeit der Maßnahmenbeschwerde nicht zu erkennen (vgl. hierzu den hg. Beschluss vom 21. Jänner 2015, Ro 2014/04/0063, mit Verweis auf Rechtsprechung des VfGH und OGH).

Zu den von den Revisionswerberinnen behaupteten Überschreitungen der Hausdurchsuchungsbefehle ist Folgendes auszuführen:

Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls

Die Revision bringt in diesem Punkt vor, im vorliegenden Fall sei die Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehles unter Verletzung der im WettbG normierten 24-Stunden-Frist erfolgt, weil der Hausdurchsuchungsbefehl vom 6. August 2013 dem Leiter der zu durchsuchenden Zweigniederlassung erst zu Beginn der Hausdurchsuchung am 19. August 2013 übergeben worden sei. Das Verwaltungsgericht habe sich mit dieser Frage nicht auseinander gesetzt. Auch der vermeintliche Überraschungseffekt stehe einer Zustellung binnen 24 Stunden nicht entgegen.

Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die rechtliche Zurechnung des Vollzugshandelns zur Justizgewalt nicht schon dadurch unterbrochen wird, dass im Vollzug des richterlichen Befehls Gesetzeswidrigkeiten hinsichtlich der bei einem solchen Akt zu wahrenen Förmlichkeiten unterlaufen. So hat der

Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis vom 12. September 2013 festgehalten, dass eine Hausdurchsuchung auf Grund gerichtlicher Anordnung der Akt eines Gerichtes bleibt und deshalb der Überprüfung durch die unabhängigen Verwaltungssenate (nunmehr: Verwaltungsgerichte) auch dann entzogen ist, wenn bei Durchführung der gerichtlichen Anordnung eine Gesetzeswidrigkeit wie die unterlassene Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehls oder die unterlassene Befragung des Betroffenen vor Beginn der Hausdurchsuchung unterläuft.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass sich der OGH im Beschluss vom 14. Februar 2014, 16 Ok 8/13, 9/13, mwN, mit dem Vorbringen einer unzureichenden Zustellung des Hausdurchsuchungsbefehles (vom 6. August 2013) als Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs. 1 Z 4 ZPO auseinandergesetzt hat und im Hinblick auf § 12 WettbG zum Ergebnis gekommen ist, dass durch die Vorgangsweise der Wettbewerbsbehörde das rechtliche Gehör der Revisionswerberinnen nicht verletzt wurde (vgl. II.6. des Beschlusses).

Mit diesem Vorbringen wird somit von vornherein kein Exzess aufgezeigt.

Unterlassene Befragung

Dazu bringt die Revision vor, die unterlassene Befragung der vertretungsbefugten Organe stelle jedenfalls eine Maßnahme dar. Anders als von der Bundeswettbewerbsbehörde behauptet, könne man nicht davon ausgehen, dass die Unterlassung der Befragung nur aus dem Grund zulässig gewesen sei, um die Vernichtung oder Veränderung gesuchter Geschäftsunterlagen hintanzuhalten. Die Maßnahmen würden sich schon auf Grund des Umstandes, dass das Bundesverwaltungsgericht zum Vorliegen von Gefahr in Verzug keine Feststellungen getroffen habe, als rechtswidrig erweisen. Auch gebe es keinerlei Anhaltspunkt, dass *in concreto* Gefahr in Verzug vorgelegen sei. Damit zeige sich deutlich, dass das Unterlassen der Befragung gemäß § 12 Abs. 5 WettbG nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprochen habe.

Mit diesem Vorbringen zeigen die Revisionswerber von vornherein keinen Exzess bei der Durchführung der vorliegenden Hausdurchsuchung auf, weil - wie oben ausgeführt - nach ständiger hg. Rechtsprechung die rechtliche Zuordnung des Vollzugshandelns zur Justizgewalt nicht schon dadurch unterbrochen wird, dass im Vollzug des richterlichen Befehls Gesetzwidrigkeiten hinsichtlich der bei einem solchen Akt zu wahrenen Förmlichkeiten unterlaufen. Im zitierten Erkenntnis vom 12. September 2013 hat der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit dem WettbG die unterlassene Befragung des Betroffenen vor Beginn der Hausdurchsuchung als eine solche Förmlichkeit gewertet.

Zudem hat der OGH im zitierten Beschluss vom 14. Februar 2014, 16 Ok 8/13, 9/13, mwN, ausgesprochen, dass § 12 WettbG als Spezialnorm zu § 15 AußStrG anzusehen ist und somit das rechtliche Gehör im Verfahren zur Erlassung des Hausdurchsuchungsbefehls betrifft. Eine solche Verletzung sah der OGH im Hinblick auf § 12 Abs. 5 WettbG als nicht gegeben an, weil die Revisionswerberinnen vor dem OGH nicht behauptet hatten, dass diese Bestimmung bei Durchführung der Hausdurchsuchung nicht eingehalten worden wäre (vgl. II.6. und II.7.).

Kopie elektronischer Daten außerhalb der durchsuchten Räumlichkeiten

Dazu rügt die Revision, Daten, die auf einem Server gespeichert seien, der sich nicht an der im Hausdurchsuchungsbefehl genannten Adresse befände, seien von diesem Hausdurchsuchungsbefehl nicht umfasst. Durch die Durchsuchung dieser Daten hätten die Mitarbeiter der Bundeswettbewerbsbehörde den Rahmen des Hausdurchsuchungsbefehles verlassen, sodass ein Exzess vorliege, der eine rechtswidrige Maßnahme darstelle. Im Erkenntnis 2013/04/0005 habe es der Verwaltungsgerichtshof als rechtswidrig erkannt, dass manche der durchsuchten Unternehmen im Hausdurchsuchungsbefehl nicht genannt worden seien. Nichts anderes habe vorliegend zu gelten. Wenn die Durchsuchung in Räumlichkeiten bzw. von Daten, die sich in diesen Räumlichkeiten befänden, nicht vom

Hausdurchsuchungsbefehl gedeckt sei, könne dies nur eine rechtswidrige Maßnahme darstellen.

Dem entgegnet die Bundeswettbewerbsbehörde, zur Durchführung einer zweckmäßigen Hausdurchsuchung sei es erforderlich, nicht nur auf vor Ort gespeicherte, elektronische Daten zuzugreifen, sondern auch auf jene elektronischen Daten, die sich auf einem an einem anderen Ort befindlichen Datenträger (z.B. einem Server) befänden. Die räumliche Auslagerung müsse diesbezüglich als technisches Äquivalent zur lokalen Speicherung betrachtet werden. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, er habe die Durchsuchungsmöglichkeit auf Datenbestände einschränken wollen, die physisch am Ort der Durchsuchung abgespeichert würden, auf welcher der Betroffene aber selbst vor Ort auch zugreifen könne. Insbesondere durch die Speicherung von Daten auf Servern im Ausland könnte das Eingriffsrecht somit einer gerichtlichen Kontrolle gänzlich entzogen werden.

Mit diesem Vorbringen machen die Revisionswerberinnen einen Exzess durch eine räumliche Überschreitung der gerichtlichen Anordnung geltend, weil es unzulässig gewesen sei, auf Daten zuzugreifen, die auf einem Server gespeichert seien, der sich nicht an der vom Hausdurchsuchungsbefehl genannten Adresse der zu durchsuchenden Räumlichkeiten in M befände. In dieser Hinsicht weisen die Revisionswerberinnen zu Recht darauf hin, dass der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis 2013/04/0005, 0049 bis 0053, ausgeführt hat, dass sich eine Unzuständigkeit der belangten Behörde nicht begründen lässt, wenn sich eine Durchsuchung von Räumlichkeiten nicht auf den gerichtlichen Hausdurchsuchungsbefehl stützen kann, weil sich der Hausdurchsuchungsbefehl auf diese Räumlichkeiten nicht örtlich bezogen habe.

Die Revisionswerberinnen übergehen zunächst, dass nach den unstrittigen Feststellungen der Hausdurchsuchungsbefehl mit Beschluss des Kartellgerichts vom 20. August 2013 auf die Geschäftsräumlichkeiten der Revisionswerberinnen in S erweitert wurde. Das Vorbringen kann sich daher nur auf die Kopie von Daten am ersten Tag der Hausdurchsuchung (19. August 2013) beziehen.

In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass bereits mit dem (ursprünglichen) Beschluss des Kartellgerichts vom 6. August 2013 die Sicherstellung von physischen und elektronischen Kopien angeordnet wurde.

Wie bereits im hg. Beschluss vom 21. Jänner 2015, Ro 2014/04/0063, ausgeführt, ist es für das Wesen einer Hausdurchsuchung charakteristisch, dass nach Gegenständen gesucht wird, von denen unbekannt ist, wo sie sich befinden. In diesem Zusammenhang kommt der Bundeswettbewerbsbehörde nach § 12 Abs. 4 vorletzter Satz iVm § 11a Abs. 1 Z 2 WettbG die Befugnis zu, geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen. Mit dieser Bestimmung werden daher auch elektronisch gespeicherte Unterlagen erfasst, wie im Übrigen auch § 14 Abs. 2 WettbG zeigt, der von der Sicherung von Unterlagen in elektronischer Form spricht. Entscheidend ist, dass diese Unterlagen in den vom Hausdurchsuchungsbefehl erfassten Räumlichkeiten eingesehen werden können. Daher ist die Auffassung des Verwaltungsgerichts zutreffend, dass es nicht darauf ankommt, ob derartige elektronische Unterlagen auf der Festplatte eines in den erfassten Räumlichkeiten befindlichen Endgerätes oder auf externen Speicherplätzen (etwa dem zentralen Server in S) gespeichert sind. Für diese Auslegung sprechen auch die von der Bundeswettbewerbsbehörde in ihrer Revisionsbeantwortung dargelegten teleologischen Überlegungen zum Zweck einer Hausdurchsuchung.

Einsatz von forensischer Software

Die Revision rügt zentral den von ihr so genannten "verbotenen Einsatz einer Spionagesoftware" als Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls. Deren Einsatz im Zuge kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen sei ein absolutes Novum, zu dem höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle. Wie sich aus dem seitens der Revisionswerberinnen vorgelegten Gutachten des (gerichtlich beeedeten) Sachverständigen K ergebe, seien die Funktionen der eingesetzten Programme für eine Durchsuchung eines Konzernnetzwerkes im Zuge einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung gleichermaßen "ungeeignet wie unsinnig". Das Programm erzeuge

forensische "Logfiles", darüber hinaus seien auch Passwörter ausgelesen worden. Der Einsatz derartiger für strafrechtliche Zwecke konzipierter Software (die für Kinderpornografiefälle entwickelt worden sei) ohne einen Hausdurchsuchungsbefehl auf Grundlage der StPO sondern auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Anordnung sei von vornherein unzulässig. Im Einsatz verschiedenartiger, *ex ante* ungeeigneter forensischer Programme im Zuge der Hausdurchsuchung liege der gewichtigste, verfahrensgegenständliche Exzess. Zunächst sei der Einsatz derartiger Programme nicht erforderlich gewesen, zumal die Durchsuchung des Notebooks des betreffenden Mitarbeiters der Erstrevisionswerberin durch Organe der Bundeswettbewerbsbehörde uneingeschränkt möglich gewesen sei. Auch dass ermittlungsrelevante Daten durch Mitarbeiter der Revisionswerberinnen verändert oder gelöscht werden könnten, sei zu keinem Zeitpunkt zu befürchten gewesen.

Selbst wenn man von der Erforderlichkeit des Einsatzes forensischer Ermittlungsprogramme zwecks Datensichtung und Ermittlung ausgehen würde, seien die von der Bundeswettbewerbsbehörde eingesetzten Programme ungeeignet gewesen. Insbesondere sei der Einsatz von "osTRIAGE" nach Auffassung des Sachverständigen K nicht geboten gewesen. Das Programm "osTRIAGE" sei für gänzlich andere Ermittlungsmaßnahmen programmiert worden; es würde eigentlich für die Untersuchung von Kinderpornografieverdachtsfällen eingesetzt, nicht für kartellrechtliche Ermittlungen. Auch der Einsatz der Software "DumpIT" sei nicht erforderlich gewesen. Auch in dieser Hinsicht habe die Bundeswettbewerbsbehörde vor Ort vollen Zugriff auf die entschlüsselten Daten gehabt, sodass die Kenntnis von Administratorpasswörtern bzw. "BITLOCKER"-Passwörtern nicht erforderlich gewesen sei. Hätte sich bei der Untersuchung des Notebooks herausgestellt, dass darauf belastendes Material gespeichert sei, hätten diese Funde vor Ort dokumentiert und gesichert werden müssen. Erst wenn dies auf Grund der Umstände nicht möglich gewesen wäre, wäre es allenfalls geboten gewesen, einen Schlüssel zur Entsperrung des erzeugten Festplattenimages der Erstrevisionswerberin anzufordern. Auch hätte die Bundeswettbewerbsbehörde als gelinderes Mittel eine transparente Firewall

vorschlagen können, die jeden Zugriff über das Netzwerk von außen auf das Notebook unterbunden hätte.

Unabhängig von der Frage, ob Verdunkelungsgefahr überhaupt vorgelegen sei, sei der Einsatz der gegenständlichen forensischen Software *a priori* jedenfalls rechtswidrig. In Österreich existiere keine gesetzliche Grundlage für den Einsatz derartiger Software; dieser Einsatz sei nicht einmal im Rahmen strafgerichtlicher Ermittlungen zulässig.

Auch durch den heimlichen Einsatz der forensischen Software "osTRIAGE" und "DumpIT" habe die Bundeswettbewerbsbehörde den Hausdurchsuchungsbefehl überschritten. Es wäre notwendig gewesen, aus verfassungsrechtlicher Perspektive den Betroffenen darüber in Kenntnis zu setzen, wenn es geboten erachtet werden würde, forensische Instrumente einzusetzen. Dabei gehe es nicht darum, Betroffenen die Möglichkeit der Datenverheimlichung zu eröffnen, sondern ihnen aus rechtsstaatlicher Perspektive die Möglichkeit zu eröffnen, ihre subjektiven Rechte geltend zu machen. Alleine der Umstand, dass der Virens Scanner der Revisionswerberinnen die Ausführung bestimmter Teilprogramme (etwa im Rahmen der Ausführung von "osTRIAGE") nicht unterbinden habe können, diese daher ungehindert und ohne Information der Betroffenen weiter heimlich laufen würden, belege, dass die Bundeswettbewerbsbehörde mit "Kanonen auf Spatzen" geschossen habe. Dieser Handlungsexzess wäre wegen evidenter Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte der Revisionswerberinnen (Art. 5 StGG, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 7 Abs. 1 B-VG iVm § 12 Abs. 4 WettbG) vom Bundesverwaltungsgericht aufzugreifen gewesen.

Das Auslesen des gesamten Arbeitsspeichers des Notebooks eines näher bezeichneten Mitarbeiters der Erstrevisionswerberin sei durch die richterliche Ermächtigung in dieser Form nicht gedeckt gewesen. Die Weigerung der Bundeswettbewerbsbehörde, den vor ihr eingesetzten USB-Stick (oder eine forensische Kopie desselben) zwecks Überprüfung herauszugeben, belege, dass offensichtlich gesetzwidriger Weise Forensik-Programme eingesetzt worden seien,

die nicht bloß darauf abzielten, elektronisch Daten zu sichten und zu sichern, sondern die darauf ausgelegt seien, ohne Kenntnis und Einfluss der Betroffenen Zugang zu weiteren sensiblen Daten (wie Administratorpasswörtern) zu erlangen. Eine solche Vorgangsweise, die den Betroffenen *ex ante* nicht einmal zur Kenntnis gebracht werde, sei nicht zulässig und vom richterlichen Befehl verfassungskonform intendiert nicht gedeckt.

Die Bundeswettbewerbsbehörde führt zu diesem Vorbringen in der Revisionsbeantwortung aus, sie könne im Rahmen einer Hausdurchsuchung auch Zugriff auf elektronisch gespeicherte Unterlagen nehmen. Der von der Revision verwendete Ausdruck "Spionagesoftware", welcher auf keinerlei objektiven Informationsquellen fuße, werde ausdrücklich zurückgewiesen. Bei dieser Software handle es sich um branchenübliche, international verwendete forensische Software. Weiters sei vorliegend festgestellt worden, dass es zu keiner Ausführung des Programmes "DumpIT" und des Programmes "osTRIAGE" gekommen sei, sodass schon per se kein Einsatz der genannten Computerprogramme stattfinden habe können und damit keine Maßnahme vorliege, über die das Verwaltungsgericht absprechen könne.

Mit ihrem Vorbringen rügen die Revisionswerberinnen den Einsatz von forensischer Software, *in concreto* der von der Bundeswettbewerbsbehörde eingesetzten Programme "osTRIAGE" und "DumpIT", als Überschreitung des gerichtlichen Hausdurchsuchungsbefehls.

Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass nach den Feststellungen des angefochtenen Beschlusses beide Programme nicht ausgeführt wurden. Wenn die Bundeswettbewerbsbehörde in ihrer Revisionsbeantwortung meint, eine bekämpfbare Maßnahme liege schon aus diesem Grund nicht vor, ist festzuhalten, dass auch eine versuchte Ausführung dieser Programme eine Maßnahme darstellen kann (vgl. insoweit zu einer Maßnahmenbeschwerde gegen eine versuchte Abschiebung das hg. Erkenntnis vom 23. Juli 1999, 99/02/0021).

Was den Einsatz forensischer Software anlangt, ist darauf hinzuweisen, dass - wie bereits oben ausgeführt - der Bundeswettbewerbsbehörde bei Hausdurchsuchungen nach § 12 Abs. 4 vorletzter Satz iVm § 11a Abs. 1 Z 2 WettbG die Befugnis zukommt, geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen. In diesem Zusammenhang normiert (seit der Novelle BGBl. I Nr. 13/2013) § 14 Abs. 2 WettbG, dass die gemäß Abs. 1 leg. cit. hilfeleistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde auch ermächtigt sind, die Bundeswettbewerbsbehörde durch die Sicherung von Unterlagen in elektronischer Form zu unterstützen. Damit sollte durch den Gesetzgeber klargestellt werden, dass auch die Sicherstellung von IT-Daten durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen ihrer Hilfeleistung bei Hausdurchsuchungen zulässig ist (RV 1804 BlgNR 24. GP, 17).

Dass für eine Sicherstellung von IT-Daten forensische Software eingesetzt werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Somit besteht für den Einsatz forensischer Software eine gesetzliche Grundlage.

In den Hausdurchsuchungsbefehlen vom 6. August 2013 und vom 20. August 2013 wurde ausdrücklich und nicht weiter eingeschränkt die Sicherstellung (auch) von elektronischen Kopien angeordnet. Damit ist grundsätzlich im Zusammenhang mit § 12 Abs. 4 WettbG davon auszugehen, dass der bei den Hausdurchsuchungen erfolgte Einsatz von forensischer Software durch den gerichtlichen Hausdurchsuchungsbefehl gedeckt war.

Soweit die Revisionswerberinnen den konkreten Einsatz der verwendeten Programme als unverhältnismäßig rügen, so wäre dieser Einsatz nur dann nicht mehr durch die gerichtliche Anordnung in den genannten Hausdurchsuchungsbefehlen gedeckt (und damit die rechtliche Zurechnung des Vollzugshandelns zur Justizgewalt unterbrochen), wenn die Verwendung dieser Programme als forensische Software derart unverhältnismäßig gewesen wäre, dass grundsätzlich nicht angenommen

werden könnte, sie wäre vom richterlichen Befehl gedeckt (vgl. idS zu rassistischen Beschimpfungen das hg. Erkenntnis vom 6. Dezember 2007, 2004/01/0133).

Derartiges kann dem Revisionsvorbringen aber nicht entnommen werden. Die Revision bringt vor, als Maßnahmen wären eine Trennung des untersuchten Notebooks vom Netzwerk und eine Sichtung der lokalen Daten am Notebook oder die Vorschaltung einer transparenten Firewall vor das untersuchte Notebook zur Unterbindung eines Zugriffs von außen in Frage gekommen. Dieses Vorbringen übersieht, dass vorliegend nicht nur lokale Daten auf dem Notebook, sondern auch Unterlagen auf externen Speicherplätzen untersucht werden sollten (vgl. zu den Gründen des Antrages der Bundeswettbewerbsbehörde auf Erweiterung des Hausdurchsuchungsbefehls die Ausführungen des OGH im zitierten Beschluss vom 14. Februar 2014, 16 Ok 8/13, 16 Ok 9/13, II.4.). Mit der bloßen Behauptung, die Bundeswettbewerbsbehörde habe mit den verwendeten Programmen Kennwörter und Schlüssel vom lokalen Notebook extrahieren können sowie die Ausführung bestimmter Teilprogramme habe durch den Virenschanner der Revisionswerberinnen nicht unterbunden werden können und diese würden daher "ungehindert weiterlaufen", wird den Feststellungen des Verwaltungsgerichts, wonach im vorliegenden Fall lediglich mehrere Screenshots angefertigt worden und alle anderen Versuche, forensische Software zu starten, gescheitert seien, nicht substantiiert entgegen getreten.

Ein Exzess kann mit dem Einsatz forensischer Software vorliegend nicht dargetan werden.

Grundrecht auf Datenschutz

Dazu rügt die Revision, die Auffassung des Verwaltungsgerichtes, Rechtsverletzungen infolge der Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz könnten niemals einen Maßnahmenexzess bilden, sei unzutreffend. Mit einer Beschwerde nach § 30 DSG könnte kein Maßnahmenexzess im Sinne des Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG verfolgt werden. Durch den Einsatz der gegenständlichen Software

sei auch das Grundrecht auf Datenschutz verletzt worden, was einen Maßnahmenexzess zur Folge habe. Dabei verweist die Revision auf die §§ 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Verwaltungsgericht eine Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz feststellen müssen.

Der mit diesem Vorbringen behauptete Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) und die gerügte Verletzung der §§ 6 und 7 DSG 2000 wurde vom Verwaltungsgericht zutreffend nicht im Rahmen des Maßnahmenbeschwerdeverfahren nach Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG geprüft. Unter Berücksichtigung der durch Art. 83 Abs. 2 B-VG geforderten eindeutigen Festlegung von Behördenzuständigkeiten (vgl. so zur ausschließlichen Zuständigkeit der Datenschutzkommission iZm einer Maßnahmenbeschwerde nach SPG das hg. Erkenntnis vom 22. Dezember 2010, 2006/01/0488) kommt die Zuständigkeit zur Überprüfung von Datenanwendungen im Fall eines begründeten Verdachtes auf Verletzung von Rechten nach dem DSG 2000 (§ 30 leg. cit.) sowie auf Entscheidung über Beschwerden von Personen oder Personengemeinschaften, die behaupten, in ihrem Recht auf Geheimhaltung (§ 1 Abs. 1) verletzt zu sein, sofern der Anspruch nicht nach § 32 Abs. 1 leg. cit. vor einem Gericht geltend zu machen ist oder sich gegen ein Organ im Dienste der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit richtet (§ 31 Abs. 2 DSG 2000), nach diesem Bundesgesetz ausschließlich der Datenschutzbehörde zu.

Waffengleichheit, Zeugeneinvernahmen

Zuletzt macht die Revision als Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend, das Verfahren sei mit erheblichen "Stoffsammlungsmängeln behaftet". Das Bundesverwaltungsgericht habe seine Entscheidung ausschließlich auf die Aussagen der Zeugen A R, Th R und Dr. D S gestützt, die jedoch, wie die Revision näher ausführt, nicht ausreichend für den Einsatz der Programme qualifiziert seien. Das von den Revisionswerberinnen vorgelegte Gutachten des Sachverständigen K vom 29. September 2013, das zum

Ergebnis gekommen sei, dass der Einsatz der Software nicht zulässig gewesen sei, sei dagegen nicht der Entscheidung zugrunde gelegt worden. Darüber hinaus hätten die Revisionswerberinnen zu den Vorgängen eine Vielzahl von Zeugen beantragt. Das Bundesverwaltungsgericht habe sämtliche Zeugen der Revisionswerberinnen nicht gehört, hingegen die von der Bundeswettbewerbsbehörde namhaft gemachten Zeugen sehr wohl einvernommen. Schon aus Gründen der Waffengleichheit wäre es geboten gewesen, insbesondere den Abteilungsleiter der IT-Basistechnologie, der von den Revisionswerberinnen namhaft gemacht worden sei, aber auch jene Personen, die vor Ort anwesend gewesen seien, einzuvernehmen.

Mit diesem Vorbringen wird ein vom Verwaltungsgerichtshof aufzugreifender Verfahrensmangel nicht dargetan:

Das Prinzip der Waffengleichheit stellt einen der Wesenszüge des fairen Verfahrens iSd Art. 6 EMRK dar (vgl. etwa das Erkenntnis des VfGH vom 10. März 2015, G 180/2014 ua, mwN auf Rechtsprechung des EGMR, und das hg. Erkenntnis vom 14. Oktober 2011, 2008/09/0125, mwN). Es gewährt den Anspruch auf rechtliches Gehör der Partei, die ihren Standpunkt entweder persönlich oder angemessen vertreten darlegen können muss. Das Gericht hat das Parteivorbringen und die präsentierten Beweise angemessen zu würdigen (vgl. die bei *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ [2012], Rz. 64 zu § 24, 423 f, wiedergegebene Rechtsprechung des EGMR). Die Waffengleichheit iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK erfordert es, dass in einem Verfahren jeder Partei die Möglichkeit eingeräumt wird, von jedem Vorbringen des Gegners Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen (vgl. das Urteil des EGMR vom 15. Juli 2010, *Mladoshovitz gegen Österreich*, Appl. 38663/06, Rn. 36). Der in Art. 47 der Charta der Grundrechte (GRC) verankerte Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes umfasst mehrere Elemente, zu denen u.a. die Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Waffengleichheit, das Recht auf Zugang zu den Gerichten sowie das Recht, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, gehören. Der Grundsatz der Waffengleichheit gebietet, dass es jeder Partei angemessen ermöglicht wird,

ihren Standpunkt sowie ihre Beweise unter Bedingungen vorzutragen, die sie nicht in eine gegenüber ihrem Gegner deutlich nachteilige Position versetzen (vgl. im Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Kartellrecht das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union [EuGH] vom 6. November 2012 in der Rechtssache C-199/11, Europese Gemeenschap gegen Otis NV und andere, Rn. 48 und 71).

Das Verwaltungsgericht hat die Pflicht, für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen und auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhaltes von Bedeutung sein kann, einzugehen. Das Verwaltungsgericht darf sich über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung hinwegsetzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2014, Ro 2014/09/0056, mwN). Die Behörde hat Beweisanträgen grundsätzlich zu entsprechen, wenn die Aufnahme des darin begehrten Beweises im Interesse der Wahrheitsfindung notwendig erscheint. Dementsprechend dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel an sich ungeeignet ist, über den Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern und damit zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. April 2014, 2012/08/0134, mwN).

Vorliegend wurde den Revisionswerberinnen nicht zuletzt im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ausreichend die Möglichkeit eingeräumt, von jedem Vorbringen der Bundeswettbewerbsbehörde Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen. Was die von den Revisionswerberinnen präsentierten Beweise anlangt, ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Erkenntnis nicht den oben angeführten Anforderungen der hg. Rechtsprechung an die Behandlung von Beweisanträgen entspricht.

Jedoch legt die Revision vor dem Hintergrund, dass im vorliegenden Maßnahmenbeschwerdeverfahren nach Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG alleine maßgeblich ist, ob es zu einer Überschreitung der angeführten Hausdurchsuchungsbefehle im Sinne eines Exzesses gekommen ist, die Relevanz dieses Verfahrensfehlers nicht dar. Das Vorbringen, durch die unterlassene Einvernahme der beantragten Zeugen habe ein "unzureichendes Bild" entstehen können, sowie die Zeugen seien zum Beweisthema namhaft gemacht worden, dass Zwangsmaßnahmen seitens "der Behörden" gesetzt worden seien, ist zu unkonkret, um darzulegen, inwieweit die beantragten Beweise zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts im Hinblick auf die Frage einer allfälligen Überschreitung des gerichtlichen Befehls geeignet gewesen wären. Dies gilt auch für das nicht weiter konkretisierte Vorbringen, den Revisionswerberinnen wäre es gelungen, mit einem vorzulegenden Privatgutachten des Sachverständigen K die Ausführungen des Amtssachverständigen des BKA zu entkräften.

Ergebnis

Aus diesen Erwägungen erweist sich die Revision als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Aufwandersatz

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 518/2013 in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014.

W i e n , am 22. April 2015