

Im Auftrag des
Deutschen Anwaltvereins
herausgegeben von den
Rechtsanwälten:

Felix Busse
Dr. Michael Kleine-Cosack
Wolfgang Schwackenberg

Schriftleitung:

Dr. Peter Hamacher
Udo Henke
Rechtsanwälte
Bonn, Adenauerallee 106

Jahrgang 49
Oktober 1999

Anwalts- blatt



Nachrichten für die Mitglieder
des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Die Sicherung des „Legal Privilege“ im Gemeinschaftsrecht *

Maurits Dolmans, Dr. Helmut Eichler, Dr. Till Müller-
Ibold¹

Das Europäische Gemeinschaftsrecht schützt mit dem sog. „Legal Privilege“ ein Privileg, durch das die umfassende Beratung von Mandanten in Kenntnis aller tatsächlichen Umstände durch ihre Rechtsberater sichergestellt werden soll. Um die umfassende und offene Mitteilung des Sachverhalts vom Mandanten an den Berater zu ermöglichen, wird die Beschreibung der relevanten Tatsachen und die darauf aufbauende rechtliche Analyse des Rechtsberaters besonders geschützt. Der Schutz erfolgt zum einen dadurch, daß die Weitergabe durch den Berater an den Staat oder Dritte ohne Zustimmung des Mandanten verboten wird.² Der Schutz erfolgt zum anderen, indem dem Rechtsberater und dem Mandanten besonderer Schutz gegen den zwangsweisen Zugriff auf solchen Tatsachen durch den Staat gewährt wird. Der Umfang dieses Schutzes steht im Zentrum der Diskussion um das „Legal Privilege“.

Das Privileg ist als Phänomen und umfassender Rechtsgrundsatz zuerst im anglo-amerikanischen Rechtsraum beschrieben und anerkannt worden. Seine konkreten Ausprägungen sind – mit Unterschieden im einzelnen – schon seit langem auch in Kontinental-Europa bekannt, so daß Generalanwalt Warner schon 1981³ vom Schutz der Vertraulichkeit zwischen Rechtsberater und Mandant als einem „Recht“ sprechen konnte, „das im Recht der zivilisierten Staaten allgemein anerkannt ist“. Dies gilt auch für das Gemeinschaftsrecht. Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist die Frage, ob dieses Privileg, nach der Anerkennung durch den Europäischen Gerichtshof in der Leitentscheidung AM&S⁴, nur für frei praktizierende Anwälte gilt oder ob und unter welchen Bedingungen es auch auf Syndikusanwälte bzw. Unternehmensjuristen allgemein anwendbar sein müßte.

I. Der Hintergrund

Die Europäische Kommission besitzt weitreichende Ermittlungsbefugnisse. Insbesondere im Kartellverfahren, zur Durchsetzung der Vorschriften der Artikel 81 und 82 (ex-Artikel 85 und 86) EG-Vertrag⁵, kann sie, auf der Grundlage der sog. Verordnung 17⁶, die Erteilung aller für die Durchführung eines Kartellverfahrens „erforderlichen Auskünfte“ verlangen. Insbesondere kann sie aber „Nachprüfungen“ auch in der Form überraschender Razzien („dawn raids“) vor Ort bei Unternehmen durchführen, die im Verdacht stehen, gegen das Europäisches Kartellrecht verstoßen zu haben (Art. 14 VO 17/62). Bei solchen Nachprüfungen können die Beamten der Kommission Bücher und sonstige Geschäftsunterlagen prüfen und davon Kopien herstellen und mitnehmen.

Geht es nach den Vorstellungen der Kommission, so sollen diese Ermittlungsbefugnisse noch ausgeweitet werden. Fragen, deren Beantwortung erzwungen werden kann, dürfen bisher nur an Unternehmen, nicht aber an einzelne Mitarbeiter gestellt werden. Die Kommission hat vorgeschlagen, ihr auch das Recht einzuräumen, Auskunftersuchen auch an Mitarbeiter (einschließlich der Unternehmensjuristen) zu richten und ihr zusätzlich das Recht der münd-

* Frühere Überlegungen des Mitautors Maurits Dolmans zum gleichen Thema erschienen in der Zeitschrift „European Counsel“ vom April 1998 sowie in The Columbia Journal of European Law, 1998, Vol. 4, p. 125.

1 Maurits Dolmans ist Partner der Internationalen Rechtsanwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton in Brüssel und dort mit Fragen des Europäischen und nationalen Kartellrechts befaßt. Dr. Helmut Eichler ist Rechtsanwalt in Stuttgart und Consultant Counsel des IBM EMEA Law Department, Paris. Dr. Till Müller-Ibold ist Special Counsel der Internationalen Rechtsanwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton in Brüssel.

2 In Deutschland § 43 a Abs. 2 BRAO.

3 Generalanwalt Warner, AM&S Europe Ltd. / J. Kommission, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 (1636).

4 EuGH, Rs. 155/79, AM&S Europe Ltd. / J. Kommission, Slg. 1982 S. 1575.

5 Die hier verwendeten Artikel-Angaben des EG-Vertrages beruhen auf der durch den Vertrag von Amsterdam geänderten Numerierung. Der Vertrag von Amsterdam trat am 1.5.1999 in Kraft.

6 Verordnung 17/62/EWG, ABl. 1962, S. 204 mit späteren Änderungen.



lichen Einvernahme solcher Mitarbeiter zu geben.⁷ Eine solche Regelung würde die Versagung des „Legal Privilege“ zu einem noch viel größeren Problem machen.

Im Zuge der Angleichung der nationalen Kartellgesetze an das EG-Recht werden solche Befugnisse mehr und mehr in die Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten übernommen, die solche Regeln früher nicht kannten. Die deutschen Kartellbehörden hatten natürlich schon immer ausgedehnte Ermittlungsbefugnisse nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (jetzt §§ 54, 55) sowie nach Strafprozeßordnung und Ordnungswidrigkeitengesetz. Dieser Trend und die steigende Zahl von geschäftlichen Transaktionen, die kartellrechtliche Beratung verlangen, haben zu wachsender Besorgnis über die engen Grenzen des Schutzes der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant geführt.

II. Die Rechtslage nach der Entscheidung in Sachen AM&S

A. Die Leitentscheidung des EuGH

Für in eigener Kanzlei praktizierende „externe“ Rechtsanwälte hat der Europäische Gerichtshof die Beschlagnahmefreiheit des Schriftwechsels mit der Mandantschaft in der Entscheidung *AM&S Europe Ltd ./. Kommission*⁸ anerkannt. In der Entscheidung ging es um Unterlagen die entweder aus Schreiben der die Klägerin beratenden, unabhängigen Anwälte oder aus Zusammenfassungen von deren Ergebnissen bestanden. Der Rechtsrat befaßte sich mit der Vereinbarkeit der Tätigkeit der Klägerin mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und stammte aus der Zeit unmittelbar nach dem Beitritt Großbritanniens. Die Kommission wollte die Klägerin zwingen ihr diese Unterlagen herauszugeben. Die Klägerin weigerte sich. Der Gerichtshof gab im Ergebnis weitgehend der Klägerin recht.

Der EuGH wies auf gemeinsame Rechtstraditionen und darauf hin, daß der Schutz der Person, die den Rat eines unabhängigen Anwalts sucht, in fast allen Mitgliedstaaten dadurch gewährleistet wird, daß der Betroffene frei mit seinem Anwalt Kontakt halten kann, ohne daß die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant beschränkt oder zum Gegenstand einer Untersuchung gemacht werden dürfe. Deshalb kam der EuGH zu dem Ergebnis, die Verordnung Nr. 17 sei so zu verstehen, daß Schriftverkehr, der von einem in einem Mitgliedstaat zugelassenen Anwalt ausgeht, der nicht in einem Angestelltenverhältnis zu seinem Mandanten steht, im wesentlichen dem Nachprüfungsrecht der Kommission nach Art. 14 der Verordnung 17 entzogen sei.

B. Die Haltung der Kommission

Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis die restriktive Haltung des Gerichtshofs noch weiter verschärft.⁹ In den Fällen *Sabena/London European*¹⁰ und *John Deere*¹¹, ging die Kommission sogar so weit, die aus beschlagnahmten Dokumenten ersichtliche, zutreffende rechtliche Analyse durch Unternehmensjuristen als Beweis dafür zu werten, daß das Unternehmen wissentlich und vorsätzlich Wettbewerbsrecht verletzt hat – mit den entsprechenden Folgen für die Höhe des Bußgeldes.

Die Haltung der Kommission ist auch bei der Durchführung von Nachprüfungen widersprüchlich. Die Kommission hat es wiederholt abgelehnt, auf den externen Anwalt des Unternehmens zu warten. Zur Begründung führte sie an,

daß Juristen der Rechtsabteilung ohne weiteres in der Lage seien, dem Unternehmen die notwendige Unterstützung und Rechtsbeistand zu leisten. Gleichzeitig bestand sie jedoch darauf, daß ein Beamter der Kommission jeder Besprechung zwischen dem Unternehmensjuristen und dem Mandanten beiwohnte, so daß eine unabhängige Beratung gar nicht möglich war.

Die Kommission stützte ihre Haltung auf Ziffer 6 der von ihr selbst erlassenen „Erläuternden Anmerkungen“, die in der Regel der Nachprüfungsentscheidungen beigelegt wird, und auf eine restriktive Auslegung der in der Rechtsache *AM&S* aufgestellten Regeln für das „Legal Privilege“. Die Erläuternden Anmerkungen enthalten die Anweisung an die Beamten der Kommission, die Untersuchung nicht zu verzögern, um die Ankunft eines externen Rechtsberaters abzuwarten, wenn das Unternehmen eine interne Rechtsabteilung besitzt.¹² Diese Vorgehensweise ist nicht nur ineffizient im Hinblick auf eine vorurteilsfreie Rechtsanwendung, sondern widerspricht auch den allgemeinen Vorstellungen von Fairneß. Die so geschaffene Situation ist unhaltbar, insbesondere wenn der Rat, den Vorschlägen der Kommission entsprechend, dieser das Recht einräumen sollte, verbindliche Auskunftersuchen und mündliche Anhörungen von Mitarbeitern zu erzwingen.

III. Die Unzulänglichkeit des Schutzes

In Brüssel werden in jüngerer Zeit immer mehr Stimmen laut, die in der engen Begrenzung des „Legal Privileges“ in der Praxis eine Gefährdung des Ziels der Gemeinschaft sehen, ihre Bürger und Unternehmen im Rahmen rechtsstaatlicher Verfahren am Verwaltungshandeln teilhaben zu lassen.

Die Lösung liegt nicht in der Verweigerung des „Legal Privilege“ für die Unternehmensjuristen, sondern in dessen Anerkennung. Dies würde es den Unternehmensjuristen erlauben, ihre Mandanten hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen ihres Verhaltens zu beraten ohne dabei fürchten zu müssen, daß ihr Rechtsrat und eventuelle Bekenntnisse der Mandanten später zum Gegenstand der Prüfung durch die Kommission werden.

Wirksame Rechtsberatung durch externe Anwälte wie interne Rechtsabteilung ist nur möglich, wenn eine Vertrauensbeziehung mit dem Mandanten, d. h. im Bereich von Unternehmen, dem Management besteht. Eine solche Vertrauensbeziehung setzt den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen und Unterlagen voraus, und zwar aus drei Gründen:

7 Europäische Kommission (Hrsg.), Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1, Rz. 114. Die Kommission schlägt darin vor:

„Um schließlich die Wirksamkeit ihrer Ermittlungsbefugnisse zu verstärken, müßte die Kommission das Recht erhalten, alle Personen, die ihr für die Untersuchung nützliche Informationen liefern könnten, vorzuladen, in ihren Amtsräumen zu verhören und ihre Aussagen zu Protokoll zu nehmen. Dieses Recht könnte gegenüber den Unternehmen, die Gegenstand des Verfahrens sind, in Anspruch genommen werden. Es würde gewissermaßen Artikel 14 ergänzen, um insbesondere Personen zu befragen, die anlässlich der Nachprüfung im Unternehmen nicht anwesend waren. Es könnte aber auch gegenüber Beschwerdeführern und Dritten zur Anwendung gelangen.“

8 EuGH, Rs. 155/79, *AM&S Europe Ltd ./. Kommission*, Slg. 1982, S. 1575.

9 Siehe auch Kommission (Hrsg.), 13. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1984, S. 65 Ziffer 47a und S. 280.

10 Entscheidung vom 4.11.1988, ABl. Nr. L 137 vom 24.11.1998, S. 47.

11 Entscheidung vom 14.12.1984, ABl. Nr. L 35 vom 7.2.1985, S. 58.

12 Kommission (Hrsg.), 13. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1984, S. 65 Ziffer 74 a, sowie S. 280 (Ziffer 6).



Erstens, der Anwalt, beziehungsweise die Rechtsabteilung, kann nur dann zutreffend beraten, wenn alle relevanten Fakten offen besprochen werden. Mit anderen Worten, das Management wird den Anwalt beziehungsweise die Rechtsabteilung in potentiell sensiblen Angelegenheiten nicht über alle relevanten Fakten informieren, wenn es die Gefahr sieht, daß der gesamte Inhalt der dem Berater überlassenen Informationen und der daraufhin erteilte Rechtsrat an eine Untersuchungsbehörde ausliefert werden muß.

Zweitens, eine Rechtsabteilung kann wohlüberlegten Rechtsrat nur erteilen, wenn sie Aufzeichnungen über die Tatsachensituation und die sich ergebenden Rechtsfolgen machen und aufbewahren kann, in denen Alternativüberlegungen und der Ergebnisse der eigentlichen rechtlichen Prüfung (unter Auswertung einschlägiger Leitentscheidungen) dokumentiert sind. Diese Nachforschungen können z. B. eine erste Analyse und Schlußfolgerungen enthalten, die unter Umständen vom endgültigen Rechtsrat abweichen. Eine Rechtsabteilung kann ihren Rechtsrat nicht mit der erforderlichen Offenheit erteilen, wenn später selbst vorläufige interne Überlegungen offengelegt werden müssen.

Drittens, unzweideutiger Rechtsrat kann in der Regel nur gegeben werden, wenn er auch schriftlich ausformuliert wird, und nicht nur mündlich vorgetragen wird. Wenn das „Legal Privilege“ für Dokumente von Unternehmensjuristen verweigert wird, besteht die Gefahr, daß aus den oben genannten Gründen die Rechtsberatung unzulänglich ist, mißverstanden oder zur Vermeidung zukünftiger Bezugnahme nicht schriftlich festgehalten wird. Dies birgt das Risiko von unbeabsichtigten und vermeidbaren Gesetzesverletzungen.

Die Verweigerung des „Legal Privilege“ für Unternehmensjuristen beeinträchtigt deshalb die Wahrung des Rechts, zumal die Einschaltung von externen Anwälten in manchen Fällen keine brauchbare Alternative darstellt. Unternehmensjuristen kennen die Dienstleistungen und Produkte, die ihr Unternehmen anbietet, sowie die Organisationsstruktur und die Beschäftigten sehr genau, sind mit den Belangen der Kunden und der Funktionsweise des Markts vertraut, und haben das Gespür für die praktischen Gesichtspunkte, die für ein richtiges Verständnis und die Befolgung des Rechtsrats oft wichtig sind.

Externe Anwälte haben demgegenüber in vielen Fällen Spezialkenntnisse, die sie für viele Projekte geradezu unentbehrlich erscheinen lassen. Externe Anwälte haben aber oft den Nachteil, daß ihnen Vorkenntnisse zur speziellen Situation ihres Mandanten fehlen. Unter Umständen müssen erst mündliche Erläuterungen oder umfangreiches Material ausgewertet werden, damit der externe Anwalt die Problemsituation vollständig erfaßt. Das ist teuer und zeitraubend, und nicht immer können alle wesentlichen Informationen sofort „transportiert“ werden.

Gerade in Fällen aber, in denen schnell und unter Berücksichtigung bestehender Unternehmens- und Marktstrukturen reagiert werden muß, ist die Einschaltung von externen Anwälten, die mit dem Unternehmen noch nicht vertraut sind, nicht notwendigerweise die effizienteste Methode, um Rechtsrat einzuholen (selbst wenn gerade die bisherigen „Privilege“-Probleme in der Praxis oft gar keine andere Wahl lassen).

Es gibt also bedeutende Barrieren, die eine Einschaltung von externen Anwälten in manchen Fällen nicht als ratsam erscheinen läßt. Dies hat bedauerlicherweise zur Folge, daß dann, wenn das Management sich auf ein „Legal Privilege“

für die Unternehmensjuristen nicht verlassen kann, in manchen Fällen, die eigentlich einer rechtlichen Würdigung bedürften, keine Rechtsrat eingeholt wird. Manager neigen oftmals dazu anzunehmen, daß die rechtliche Beratung zu sehr von Vorsicht geprägt ist, wenn die Rechtslage unklar ist. Sie ziehen es daher unter Umständen vor, in Ungewißheit zu leben, anstatt in einem solchen Fall eine negative rechtliche Auskunft zu erhalten. Der Manager mag in diesem Fall fürchten, persönlich zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn er entscheidet einen Rechtsrat nicht zu befolgen, der später offengelegt wird.

Die vorstehend beschriebenen Unzulänglichkeiten würden sich noch potenzieren, wenn die Kommission, wie von ihr vorgeschlagen, zusätzlich das Recht erhielte, einzelne Mitarbeiter von Unternehmen im Wege von Auskunftsersuchen zur Beantwortung von Fragen zu zwingen. Würden nun Mitarbeiter der Rechtsabteilung konkret befragt, so müßten sie ggf. alle Überlegungen und auch mündlichen Rechtsrat offenlegen, was die Neigung „In-house“-Rechtsrat einzuholen nur noch weiter vermindern könnte.

Für die „Unternehmens“-Juristen des Juristischen Dienstes des (Minister-)Rates der EU hat das Europäische Gericht Erster Instanz erst im Frühjahr 1998 die Notwendigkeit der Vertraulichkeit der hausinternen Rechtsberatung anerkannt. Der Präsident des Europäischen Gerichts Erster Instanz erließ im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutz einen Beschluß,¹³ wonach Unterlagen des Juristischen Dienstes (also der Rechtsabteilung des Ministerrates) nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden müssen. Zur Begründung wies der Präsident darauf hin, daß, wenn Unterlagen dieser Art veröffentlicht würden, jede Diskussion innerhalb der Institutionen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit und des Anwendungsbereichs von Maßnahmen aus Furcht vor eben dieser Veröffentlichung unterdrückt würden. Im „öffentlichen Interesse“ an der Stabilität des Gemeinschaftsrechts und der Funktionsfähigkeit der Organe sei der Schutz der Vertraulichkeit geboten. Ersetzt man die Worte „Organe“ hier mit „Unternehmen“ und „juristischer Dienst“ mit „Rechtsabteilung“, so ergibt sich ein überzeugendes Plädoyer für ein „Legal Privilege“ für interne Unternehmensjuristen.

IV. Die mögliche Änderung der bisherigen Situation

Zur Beseitigung der festgestellten Unzulänglichkeiten sind verschiedene Maßnahmen möglich. Zum einen ließe sich das „Legal Privilege“ gesetzlich, also durch Änderung der VO 17 in dem hier angeregten, weiteren Sinne regeln. Und es gibt tatsächlich einen entsprechenden förmlichen Vorschlag des Europäischen Parlamentes. Zweitens lassen sich auf Seiten der betroffenen Unternehmen und auf Seiten der Kommission Schritte vorstellen, die die Anerkennung eines Legal Privilege durch die Kommission oder den Gerichtshof auch ohne gesetzliche Neuregelung erleichtern würden.

A. Änderungen des Sekundärrechts

Es gibt Vorschläge, wonach das „Legal Privilege“ durch einen Nachtrag zu der Verordnung 17/62 (EU Kartellverfahrens-VO), durch eine Richtlinie, welche die Rolle der An-

¹³ Rs. T-610/97R, *Carlsen u. a. / J. Rat*, Slg. 1998, II-485, II-503, Rz. 46.



wälte in der EU harmonisiert, oder durch eine förmliche Entscheidung anerkannt werden sollte.¹⁴

Wohl am deutlichsten hat sich das Europäische Parlament jüngst der Frage angenommen. Im sog. Thyssen Bericht¹⁵ wird gefordert, einen von der Kommission vorgelegten Vorschlag zu Änderung der Verordnung 17 so zu ändern, daß ein neuer Absatz 3a in Artikel 14 eingefügt würde. Die Vorschrift soll lauten:¹⁶

Communications between a client and outside or in-house counsel containing or seeking legal advice shall be privileged, provided that the legal counsel is properly qualified and complies with adequate rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest by the professional associations to which the legal counsel belongs.

Der Rat hat den Kommissionsvorschlag zunächst ohne die vom Parlament vorgeschlagene Änderung beschlossen.¹⁷ Auch längerfristig wird ein solcher Vorschlag nur dann durchsetzbar sein, wenn Unternehmensjuristen tatsächlich einer Berufsordnung unterworfen sind, sei es der anwaltlichen oder einer eigenen, neu zu schaffenden Berufsordnung. Unterstützung für ein „Legal Privilege“ der Unternehmensjuristen im Rahmen der Verordnung Nr. 17/62 setzt die Bindung dieser Juristen an auch im und gegenüber dem eigenen Unternehmen effektiv anwendbaren ethischen Grundregeln voraus.

B. Das Anforderungsprofil an Unternehmensjuristen

Der Vorschlag des Europäischen Parlamentes, aber auch schon die ursprüngliche AM&S Entscheidung legen besonderes Gewicht auf den Zusammenhang zwischen Legal Privilege einerseits und Unabhängigkeit und Einbindung in ethische Grundregeln andererseits. Unabhängig von der Frage ob der Vorschlag des Europäischen Parlamentes letztlich angenommen werden wird (oder ob der Gerichtshof bzw. das Gericht erster Instanz die Rechtsprechung modifiziert), zeigt sich, daß die Gewährung eines „Legal Privilege“ nur dann erfolgen wird, wenn die Unternehmensjuristen einem bestimmten Anforderungsprofil gerecht werden, dessen wesentliche Strukturen nachfolgend skizziert werden.

1. Mitgliedschaft in der Anwaltschaft oder in einem Verband für Unternehmensjuristen

In einigen Ländern können Unternehmensjuristen vollwertige Mitglieder der Anwaltschaft werden und genießen insoweit auch nach ihrem nationalen Recht das „Legal Privilege“. Für Deutschland hat dies das Bundeskartellamt im Verfahren AM&S auch bestätigt.¹⁸ Dies gilt auch für Dänemark, Finnland, Irland, die Niederlande, Norwegen, Spanien und Großbritannien. Das gleiche gilt für die Schweiz, die USA und Kanada. Andere Länder gehen ebenfalls in diese Richtung.

In anderen Ländern haben sich private Organisationen für Unternehmensjuristen gebildet. Die Kommission hat eine Präferenz für einen einzigen EU-weiten Dachverband erkennen lassen, etwa nach dem Beispiel des CCBE (Council of the Bar and Law Societies of the European Community). Diese Rolle wird gegenwärtig von der ECLA (European Company Lawyers Association) mit Sitz in Brüssel, wahrgenommen. Die ECLA hat auch im Jahre 1997 der Kommission eine ausführliche Stellungnahme zur Frage des „Legal Privilege“ für Unternehmensjuristen vorgelegt ist in eine Diskussion eingetreten, deren Ausgang allerdings offen ist.

Die Mitgliedschaft in derartigen Organisationen könnte auf Unternehmensjuristen beschränkt werden, die ihre juristische Ausbildung vollendet haben und das Gebot der ständigen praktischen Fortbildung befolgen. Idealerweise, um der Kommission jedes Gegenargument von vornherein zu nehmen, sollten Ausbildungsniveau und Fortbildungspflichten denen der jeweiligen nationalen Anwaltschaft entsprechen.

2. Schaffung einer Berufsordnung

Sofern Unternehmensjuristen sich als Anwälte niederlassen können, ist mit dieser Mitgliedschaft auch die Unterwerfung unter die anwaltliche Berufsordnung einschließlich der Disziplinarregeln verbunden. Diese Situation ist zum Beispiel in Deutschland gegeben und ist eigentlich der Idealfall. Aber schon für Österreich gilt das nicht.

Organisationen, die ihre eigene Berufsordnung entwerfen wollen, finden in der Rechtssache AM&S Anhaltspunkte hinsichtlich der Funktion Anwalts als eines „Mitgestalters der Rechtspflege“. Die Kommission hat die wesentlichen Voraussetzungen für die Anerkennung des Legal Privilege in ihrer eigenen Stellungnahme zum Verfahren AM&S dargestellt, die vom Gerichtshof wie folgt zusammengefaßt wurde:²⁰

„Diese Argumentation würde daher viel an Gewicht gewinnen, wenn seitens der nationalen Anwaltschaften ausdrücklich anerkannt würde, daß das Verhalten eines Rechtsanwalts, der seinem Mandanten bei einem hinreichend klaren Verstoß gegen das von ihm zu beachtende Recht – hier das Gemeinschaftsrecht – helfe, standeswidrig sei und zu Disziplinarmaßnahmen führe.

Als anderer wichtiger Faktor sei auch zu berücksichtigen, inwieweit die Anwälte sich für verpflichtet hielten, dafür zu sorgen, daß ihre Mandanten Einsicht in all die Schriftstücke gewährten, die sie offenlegen müßten. Wenn eine dahin gehende Verpflichtung von den Rechtsanwältinnen in allen Mitgliedstaaten anerkannt würde, dann wäre es angemessen, dem Schutz der Vertraulichkeit zwischen Anwalt und Mandant größere Bedeutung beizumessen.“

Im Idealfall würden diese Standesregeln auf EU-weiter Ebene erlassen, von den verschiedenen örtlichen Organisationen der Unternehmensjuristen akzeptiert, und von der Kommission anerkannt werden. Die Kommission sollte jedoch nicht so weit gehen zu fordern, daß die zu erlassenden Standesregeln strenger als diejenigen der verschiedenen Anwaltschaften sind. Denn schließlich hat die Kommission im Verfahren AM&S selbst folgendes eingeräumt:

„Unter ‚Rechtsanwalt‘ versteht die Kommission sowohl den unabhängigen als auch den bei einem Unternehmen angestellten Anwalt, wenn für diesen in dem Mitgliedstaat, in welchem er tätig ist, ähnliche Berufsgrundsätze und Standespflichten wie für den unabhängigen Anwalt gelten.“²¹

Für die nationalen Organisationen für Unternehmensjuristen, die dem Dachverband ECLA angehören gilt über deren Satzung die von der CCBE verabschiedete europäische

14 Siehe C. Belding, Privilege for In-house Counsel in Competition Law Proceedings in the European Union, NYBA meeting, Oct. 9-13, 1996.

15 Bericht des Ausschusses für Wirtschafts- und Währungsfragen und Industriepolitik vom 18.3.1999, PE 229.726 endg., der Bericht wurde als Stellungnahme des Europäischen Parlaments am 15.4.1999 vom Plenum angenommen. Das Parlament knüpft damit an seine kritische Haltung an, die es in diesem Zusammenhang schon bei Erlaß der VO 17 geäußert hatte, vergl. den sog. „Deringer Bericht“, Europäisches Parlament, Dok. 57/961, Ziffer 121.

16 Eine amtliche deutsche Übersetzung liegt z. Zt. noch nicht vor.

17 Verordnung 1216/1999 v. 10.6.1999, Abl. 1999 L 148/5.

18 Siehe Wirtschaft und Wettbewerb, 1983, Seite 283-286.

19 EuGH, AM&S, aaO., Slg. 1982, 1575, 1611, Rz. 24.

20 EuGH, AM&S, aaO., Slg. 1982, 1575, 1584f.

21 Generalanwalt Sir Gordon Slynn, AM&S, aaO., Slg. 1982, 1575, 1646f.



Berufsordnung für Rechtsanwälte, so daß insoweit schon eine günstige Ausgangslage geschaffen ist.

Interessanterweise enthalten die Berufsordnungen vieler Anwaltschaften keine ausdrücklichen Regeln, die es den Anwälten ausdrücklich verbieten, die Gerichte zu hintergehen, und keine der bestehenden Regeln bezieht sich ausdrücklich auf die Kommission oder den Europäischen Gerichtshof. Dies bedeutet natürlich nicht, daß es keine Pflicht gibt, diese Institutionen nicht zu hintergehen. Diese Pflicht muß in die mehr allgemeinen Verpflichtungen hineingelesen werden, wonach Anwälte in gutem Glauben handeln und das Ansehen und den Ruf ihres Berufs wahren müssen. Für manche Rechtsordnung kommt hinzu, daß der Anwalt sich des Prozeßbetrugs oder einer Mittäterschaft oder Begünstigung schuldig machen und insoweit nach den entsprechenden Strafgesetzen in Anspruch genommen werden könnte. In Deutschland gibt es auch eine ausdrückliche Wahrheitspflicht vor Gericht (§ 138 ZPO), die für jedermann gilt; eine gesonderte Verpflichtung für Rechtsanwälte ist insofern nicht erforderlich.

3. Annahme und Anwendung disziplinarischer Verfahren

Die Regeln zur Durchsetzung der Berufsregeln sollten sowohl gerecht als auch wirksam sein. Die Sanktionen sollten daher in etwa denen der Anwaltschaften entsprechen: anonyme und offene Zurechtweisung, Suspendierung und Ausschluß.

Dagegen wurde eingewandt, daß derartige Sanktionen wirkungslos seien, da ein Ausschluß aus der privaten Organisation die Karriere eines Unternehmensjuristen nicht beeinträchtigt. Das ist jedoch die Frage nach Henne und Ei: Wenn der Unternehmensjurist den Schutz des „Legal Privilege“ für seine Korrespondenz genießt und gegenüber seinem Arbeitgeber der Pflicht unterliegt, die Regelungen der Berufsordnung zu befolgen, dann nimmt diese Pflicht durchaus realen Charakter an. Der Unternehmensjurist würde im Falle des Ausschlusses das „Legal Privilege“ und dadurch das Vertrauen des Managements verlieren und könnte wohl sogar aus wichtigem Grund gekündigt werden.

4. Verpflichtung zur Unabhängigkeit

Unternehmen, die verlässliche und hochwertige Rechtsberatung durch solche Unternehmensjuristen wünschen, die den Schutz des „Legal Privilege“ für ihre Korrespondenz genießen, sollten die Unabhängigkeit des Unternehmensjuristen zur Pflicht machen und nicht lediglich anerkennen. Das Ziel dieser Vorgehensweise ist es, den angeblichen Widerspruch zwischen Beschäftigungsverhältnis und Unabhängigkeit zu vermeiden. Dies würde erreicht, indem sichergestellt wird, daß die Loyalitätspflicht des Unternehmensjuristen gegenüber seinem Arbeitgeber die Berufsordnung und den Grad der Unabhängigkeit umfaßt, wie sie vom Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache *AM&S* für unabdingbar gehalten wurden.

Eine Empfehlung des EU Committee der Amerikanischen Handelskammer in der Europäischen Union vom 11. März 1997, lautete allerdings dahingehend, daß die Unternehmen nicht verpflichtet werden sollten, die berufsrechtlichen Verpflichtungen von Unternehmensjuristen als Bedingung für den Schutz der Korrespondenz anzuerkennen, da auch bei externen Anwälten das „Legal Privilege“ nicht von der Anerkennung der berufsrechtlichen Verpflichtungen durch den Mandanten abhängt.

Tatsächlich ist natürlich schwer einzusehen, warum der Unternehmensjurist oder in z. B. Deutschland gar der voll in die Anwaltschaft integrierte Syndikusanwalt weniger unabhängig sein soll, als in Anwaltskanzleien angestellte Anwälte oder der Anwalt „Mitarbeiter oder Partner einer großen „Anwaltsfirma“, der „sehr lange einen einzigen Mandanten betreut“, oder auch Volljuristen, „die hauptberuflich bei den Gemeinschaftsorganen oder Ministerien ... tätig sind“.²² Die Frage der Unabhängigkeit ist aber ein so mit Emotionen belastetes Thema, daß es sich lohnt, den aufgezeigten Weg zu gehen und der Diskussion darüber sofort die Spitze zu nehmen.

Zu diesem Zweck könnte das Unternehmen einen Beschluß fassen, in dem die Unternehmensjuristen wie die externen Anwälte in Anlehnung an den Wortlaut des Urteils in der Rechtssache *AM&S* angewiesen werden,

*Rechtsberatung in völliger Unabhängigkeit, objektiv und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen, Maßnahmen, die bei vernünftiger Betrachtungsweise eindeutig gegen Recht und Gesetz verstoßen, nicht zu unterstützen, sicherzustellen, daß das Unternehmen alle Dokumente offenlegt, die offenzulegen es infolge einer rechtmäßigen Anordnung zur Offenlegung vorzulegen verpflichtet ist, und an der Gestaltung der Rechtspflege mitzuwirken, indem sie in völliger Unabhängigkeit den rechtlichen Beistand leisten, den das Unternehmen benötigt.*²³

Eine andere Möglichkeit wäre es, diese Verpflichtung in den Arbeitsvertrag beziehungsweise in die Mandatsvereinbarung aufzunehmen. Darüber hinaus müssen Unternehmensjuristen als Rechtsberater angestellt sein, was bedeutet, daß ihre Funktion im Unternehmen in der Erteilung von Rechtsrat und nicht in der Teilhabe am Management liegt.

C. Vorschläge zur Anpassung des Verwaltungsverfahrens

Würde das „Legal Privilege“ auf Unternehmensjuristen der beschriebenen Art erweitert, so müßte auch die Kommission organisatorische Maßnahmen treffen. Ein vernünftiger Kompromiß zwischen dem Anspruch der Kommission, die Zulässigkeit der Geltendmachung des „Legal Privilege“ nachzuprüfen und den Verteidigungsrechten des Unternehmens wäre es, wenn man dem Anhörungsbeauftragten in dieser Hinsicht gewisse Befugnisse einräumen würde.

Die Aufgabe des Anhörungsbeauftragten ist es gerade, die Einhaltung der Verteidigungsrechte sicherzustellen. Im Falle einer Streitigkeit sollten daher die Dokumente registriert, versiegelt und dem Anhörungsbeauftragten zur vertraulichen Behandlung übergeben werden. Dieser entscheidet dann, ob das Dokument dem „Legal Privilege“ unterliegt. Seine Entscheidung muß dann, aus dem vom EuGH in Sachen *AM&S* genannten Gründen ihrerseits anfechtbar sein.

Wenn er entscheidet, daß das Dokument nur zum Teil geschützt ist (z. B., weil es auch kaufmännische Erwägungen oder Korrespondenz mit Dritten enthält), sollte es dem Unternehmen gestattet werden, bearbeitete Kopien vorzulegen, und die Passagen mit rechtlichen Erwägungen und Schlußfolgerungen herauszunehmen. Informationen über Tatsachen blieben auf diese Weise erhalten.

Soweit Tatsachen einerseits und rechtliche Überlegungen und Schlußfolgerungen andererseits nicht getrennt werden können, sollte das Unternehmen eine freie Wiedergabe der

²² Vgl. Generalanwalt Sir Gordon Slynn, *AM&S*, aaO., Slg. 1982, 1575, 1655.

²³ Vgl. EuGH, *AM&S*, aaO., Slg. 1982, 1575, 1611, Rz. 18-24.



Tatsachen vorlegen, die dem Originaltext so nahe wie möglich kommt. Auf Aufforderung der Kommission kann der Anhörungsbeauftragte daraufhin die bearbeitete Fassung mit dem Originaltext vergleichen, um nachzuprüfen, ob die Wiedergabe in fairer und vernünftiger Weise vorgenommen wurde. Danach noch verbleibende Streitigkeiten müssen letztlich vom Gerichtshof entschieden werden.

Dieses Verfahren sollte es der Kommission erlauben, die relevanten Tatsachen zu überprüfen, ohne eine Situation zu schaffen, die ernsthaft die wirksame Arbeit der unternehmenseigenen Rechtsabteilungen gefährden würde. Für diese Vorgehensweise gibt es Beispiele. Der Anhörungsbeauftragte handelt nämlich bereits als „Schiedsrichter“ im Hinblick auf Akteneinsichtsrechte. Es wäre allerdings nützlich, die Vorschriften hinsichtlich des Anhörungsbeauftragten so zu ändern, daß sichergestellt würde, daß ihm vorgelegte Informationen gegenüber den anderen Dienststellen der Kommission vertraulich bleiben. Dies ist wünschenswert, jedoch solange nicht unbedingt erforderlich, als die unabhängige Rolle des Anhörungsbeauftragten wie bisher von der Kommission respektiert wird.

V. Welche Maßnahmen können Unternehmen heute schon ergreifen

Angesichts des Beschlusses des Präsidenten des Gerichts erster Instanz in Sachen Carlsen und des überzeugenden Vorschlages des Europäischen Parlaments deutet sich ein gewisser Richtungswechsel an. Es besteht die ernsthafte Möglichkeit, daß das Legal Privilege auf Unternehmensjuristen erstreckt wird; sei es durch Änderung der Rechtsprechung, sei es durch eine ausdrückliche Änderung der Verordnung 17.

Die bloße Existenz des „Legal Privilege“ bedeutet jedoch nicht, daß das Privilege auch tatsächlich in Anspruch genommen werden, oder daß jegliche Korrespondenz geschützt ist. Die nachfolgenden Überlegungen regen ein Verfahren an, das es Unternehmen erleichtern soll, sich auch hinsichtlich der heute angelegten Akten in Zukunft auf ein Legal Privilege zu berufen.

Kennzeichnung von Dokumenten. „Privilegierte“ Dokumente müssen als solche gekennzeichnet werden. Ob man dafür „neudeutsch“ die bekannte englische Formulierung „*Privileged and Confidential – Attorney Client Privilege*“ wählt oder eine „deutsche Fassung“ (z. B. „*Schriftwechsel Anwalt / Mandant – vertraulich / geheim*“) verwendet, spielt letztlich keine Rolle. Viel spricht dafür, das Wort „*Attorney*“ oder „*Anwalt*“ durch die Worte „*In-house Counsel*“ oder „*Syndikusanwalt*“ zu ersetzen, wenn es sich um unternehmensinterne Rechtsberatung handelt. Bei internen Dokumenten, die den rechtlichen Rat durch einen externen Anwalt enthalten oder zu diesem zusammenfassen oder frei wiedergegeben, sollte eine Formulierung der Art „*enthält oder beschreibt Rechtsberatung durch externen Anwalt*“ angefügt werden. Prozeßaktenmaterial und die Stellungnahmen der Anwälte und Unternehmensjuristen sollten ebenfalls deutlich als solche gekennzeichnet werden.

Trennung von geschützten und nicht geschützten Unterlagen. Zweitens muß ein Verfahren zur Trennung von geschützten und nicht geschützten Unterlagen eingerichtet werden. Das betrifft insbesondere die Akten, die von der Rechtsabteilung hinsichtlich eines bestimmten Rechtsrats geführt werden. Die geschützten Unterlagen (also die Unterlagen, für die nach Auffassung des Unternehmens das „Legal Privilege“ in Anspruch genommen werden soll)

müssen unter der Kontrolle der Rechtsabteilung aufbewahrt werden, wobei die Tatsache unschädlich ist, daß sich die Teile der Unterlagen, die den eigentlichen Rechtsrat enthalten (interne Schreiben, Memoranda) auch beim Empfänger innerhalb des Unternehmens befinden. Das „Legal Privilege“ erfaßt solche Schreiben auch beim Empfänger.

Standhaft bleiben. Das Unternehmen muß die Offenlegung der Dokumente verweigern oder zumindest das „Legal Privilege“ geltend machen. Angeblich wurde das „Legal Privilege“ in den Fällen *Sabena/London European* und *John Deere* gar nicht in Anspruch genommen. Die Kommission konnte daher dieses Problem ungestraft übergehen. Auf lange Sicht allerdings wurde durch diesen Präzedenzfall zweifellos das Interesse der Unternehmensjuristen, einen aktiven Beitrag zur Rechtswahrung zu leisten, beeinträchtigt.

Im Einklang mit den Grundsätzen aus der Rechtssache *AM&S* wird die Kommission ohne Zweifel darauf bestehen, mit ausreichenden Informationen versorgt zu werden, damit sie feststellen kann, ob Unterlagen tatsächlich geschützt sind. Um die Zulässigkeit der Geltendmachung des „Legal Privilege“ nachprüfen zu können, wird der Beamte der Kommission, der die Nachprüfung führt, möglicherweise darauf bestehen, die Dokumente in Augenschein zu nehmen. Um Konflikte zu vermeiden, ist denkbar, den betroffenen Beamten die betreffenden Unterlagen zu zeigen, ohne sie den Text vollständig lesen zu lassen oder die Unterlagen den Beamten in einem versiegelten Umschlag zu übergeben mit dem Hinweis, man mache für die darin enthaltenen Dokumente das „Legal Privilege“ geltend. Dabei wäre auf das Grundverständnis für den Verkehr zwischen Anwalt und Mandant zu verweisen, das, in den Worten von Generalanwalt Warner,

„grob gesagt darin besteht, daß in einer zivilisierten Gesellschaft jedermann darauf zu vertrauen darf, daß Äußerungen, die zwischen ihm und seinem Anwalt ausgetauscht werden, vor der Offenlegung geschützt sind. Gegen diesen Grundsatz wird somit bereits dann verstoßen, wenn der Inhalt einer solchen Äußerung offengelegt wird, und nicht erst dann, wenn er zu Beweiszwecken verwendet wird. Damit soll natürlich nicht gesagt werden, daß in Fällen eines wirklichen Streites über die Frage, ob ein Schriftstück geschützt ist, niemand dieses Schriftstück einsehen sollte, um den Streit zu schlichten. Jedoch müßte es sich dabei allgemein um eine von den streitenden Parteien unabhängige Person in gesicherter Stellung handeln – mit anderen Worten, die Entscheidung eines solchen Streites ist wesentlich eine richterliche Aufgabe“.²⁴

Das hier beschriebene Verfahren insbesondere zur Kennzeichnung von Dokumenten und zur Trennung der die anwaltliche Rechtsberatung betreffenden Akten von anderen Unterlagen mag auch für den Schutz des Anwaltsgeheimnisses nach nationalem Recht bedeutsam sein. Erst kürzlich hat offenbar ein Landgericht in einer deutschen Großstadt die Beschlagnahmefreiheit von Akten aus der Rechtsabteilung eines Unternehmens nach deutschem Prozeßrecht abgelehnt, weil

- die Akten nicht im alleinigen Gewahrsam der Syndikusanwälte waren (§ 97 StPO);
- nicht anwaltliche Mitarbeiter des Unternehmens Zugang zu den Akten hatten;
- die betroffenen Syndikusanwälte nicht (rechtzeitig) deutlich gemacht hatten, daß sie als Rechtsanwälte und nicht als schlichte Angestellte gehandelt hatten.

24 Generalanwalt Warner, *AM&S*, aaO., Slg. 1982, 1575, 1638f.



VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Verweigerung des Schutzes der Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandant die Unternehmensjuristen in ihrer Rechtsberatung beeinträchtigt, ihre Rolle innerhalb ihres Unternehmens schmälert, den einfachen Zugang zur Rechtsberatung beeinträchtigt, und die Einhaltung von EG-Wettbewerbsrecht eher behindert als fördert. Deshalb läuft die Verweigerung der Anerkennung des „Legal Privilege“ auch dem „Interesse der Rechtspflege“²⁵ zuwider, dem nicht nur die Anwälte vorrangig zu dienen haben, sondern auch die Kommission. Durch die Schmälderung des notwendigen Vertrauens, wird der Unternehmensjurist daran gehindert, unabhängigen, klaren und wohldokumentierten Rat darüber zu erteilen, wie die Bedürfnisse des Unternehmens mit dem Wettbewerbsrecht in Einklang gebracht werden können. Im übrigen verringert dies den Anreiz für andere Mitarbeiter, den Unternehmensjuristen zu konsultieren, diesen zu unterstützen und seinen Rat zu befolgen.

Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, daß, als Reaktion auf den Vorschlag des Europäischen Parlamentes, die neue Kommission mittelfristig ihre Bereitschaft signalisieren wird, das „Legal Privilege“ solchen Unternehmensjuristen zuzubilligen, die den oben beschriebenen Berufsregeln unterworfen sind. Dies ist insbesondere dann unerlässlich, wenn die Kommission ihre Untersuchungsbefugnisse um das Recht erweitern will, Auskünfte und mündliche Aussagen von einzelnen Mitarbeitern von Unternehmen erzwingen zu können. In Ländern, in denen die Unternehmensjuristen bereits voll in die Anwaltschaft integriert sind, würde der Anerkennung des „Legal Privilege“ dann nichts im Wege stehen und es würde eher und mehr Rechtsrat eingeholt werden, gerade in „sensitiven“ Fällen. In Ländern, in denen die Unternehmensjuristen bisher nicht Rechtsanwälte werden und sich nicht in die Anwaltschaft integrieren können, wird dies ein Anreiz dafür sein, eigene Berufsordnungen aufzustellen und anzunehmen um das „Legal Privilege“ zu erhalten. Dies würde im Ergebnis der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts dienen und die Ordnungsaufgabe der Kommission bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen erleichtern.

²⁵ EuGH, *AM&S*, aaO., Slg. 1982, 1575, 1611, Rz. 24.