

Franz M. Wittmann\*

## Ist Anwalt nicht gleich Anwalt, ist Anwältin nicht gleich Anwältin?

**Stichworte:** Anwaltliche Berufsverschwiegenheit, In-House Counsel, Kartellrecht, Verteidigerrechte, anwaltliches Berufsrecht in den Mitgliedstaaten der EG

Das Europäische Gericht I. Instanz in Luxemburg verkündete am 17. September 2007 ein viel beachtetes Urteil und verdeutlichte dabei den Unterschied zwischen dem selbstbestimmt in freiberuflicher Praxis tätigen Rechtsanwalt und dem funktionell, organisatorisch und hierarchisch in ein Wirtschaftsunternehmen integrierten sogenannten In-House Counsel. Immerhin fünf namhafte Anwaltsorganisationen waren dem Verfahren beigetreten und sahen sich zu eigenen Sachanträgen nebst schriftsätzlicher Begründung veranlasst.

Gegenstand des Urteiles ist die Beschlagnahme von Schriftstücken durch eine Kommissionsbeamtin, die in ihrer Eigenschaft als kartellrechtliche Ermittlungsbehörde auftrat und die Geschäftsräume der Firma Akzo Nobel Chemicals Ltd. im englischen Manchester durchsuchte.

### I. Die beiden Rechtssachen «Akzo Nobel et al. v. Commission» (T-125/03, T-253/03)

#### 1. Der Gegenstand der Verfahren

Fünf Schriftstücke stehen im Mittelpunkt einer langjährigen Auseinandersetzung zwischen der Europäischen Kommission in Brüssel und dem weltweit tätigen niederländischen Chemieunternehmen Akzo Nobel.

Ein unternehmensinternes Memorandum (in zwei Versionen), ein Konvolut handschriftlicher Notizen des Geschäftsführers im Tochterunternehmen sowie die Ausdrücke zweier E-Mails, die sich an den zugleich als Anwalt zugelassenen und für das Wettbewerbsrecht zuständigen Mitarbeiter der Rechtsabteilung gerichtet hatten, schienen der Leitenden Kommissionsbeamtin als Beweismittel für kartellistische Absprachen geeignet. Zwei der fünf Schriftstücke, nämlich jenes Memo, einmal mit und einmal ohne die handschriftlichen Marginalien des Geschäftsführers, wanderten ungelesen in ein sodann versiegeltes Kuvert und reisten mit dem Ermittlungsteam aus Brüssel dorthin zurück. Von den drei weiteren Schriftstücken nahmen die ermittelnden Beamtinnen und Beamten an, diese könnten unmöglich einem Beschlagnahmeverbot unterliegen; nach der Lektüre fertigten sie an Ort und Stelle Kopien für ihre Ermittlungsakte und belassen die Originaldokumente im Unternehmen.

Die Durchsuchung der im mittelenglischen Manchester belegenen Geschäftsräume des Unternehmens hatte sich Mitte Feb-

ruar 2003 ereignet und beruhte auf einer kurz zuvor gefassten förmlichen Entscheidung der Kommission als Wettbewerbsbehörde, die von ihrer aus der alten Kartellverordnung von 1962 stammenden Nachprüfungsbefugnis Gebrauch machte. Vergleichbare Befugnisse sind allerdings auch in der neuen Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003, die am 1. Mai 2004 in Kraft trat, vorgesehen.

#### 2. Das erstinstanzliche Urteil vom 17. September 2007

Das Europäische Gericht I. Instanz war nun mit zwei Klagen des verdächtigten Unternehmens befasst, deren eine sich gegen die Entscheidung der Kommission vom 10. Februar 2003 richtete, kraft derer das Unternehmen zur Duldung einer wettbewerblichen Nachprüfung verpflichtet worden war. Die weitere Klage richtete sich gegen eine nach der Durchsuchung in den Geschäftsräumen gefasste Entscheidung der Kommission vom 8. Mai 2003, die sich zur weiteren Behandlung der dort beschlagnahmten Schriftstücke äusserte. Die erstgenannte Klage wies das Gericht als unzulässig, die weitere als unbegründet ab.

Nach diesen Entscheidungen in der Sache wäre zu erwarten gewesen, dass auch die Kostenentscheidung einseitig zu Lasten des klagenden Unternehmens ausfalle. Mit Rücksicht auf verschiedene durch die Kommission zu vertretende Unregelmässigkeiten im Verwaltungsverfahren kam es jedoch zu einer Kostenquotelung.

Ein ergänzender Hinweis ist angebracht. Das Urteil des Europäischen Gerichtes I. Instanz vom 17. September 2007 liefert keinerlei Erkenntnis über Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsvorschriften der Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages. Aus Sicht des multinational agierenden Chemieunternehmens kommt dem Verfahren daher keine wirtschaftliche Bedeutung zu. Man sei, heisst es dort, an einer Klärung der Funktion unternehmensinterner Rechtsabteilungen interessiert.

### II. Die wettbewerblichen Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission in Brüssel ist nicht nur ein primärrechtlich verankertes Organ der Europäischen Gemeinschaft mit wesentlich legislativer Funktion, sondern fungiert seit jeher auch als Wettbewerbsbehörde der Gemeinschaft und hat damit exekutiven Charakter. Diese exekutive Funktion der Kommission als Wettbewerbsbehörde weist auch eine ganz erstaunliche histo-

\* Rechtsanwalt (RAK Celle), Winterthur.

rische Konstanz auf, was man etwa an der Tatsache erkennen kann, dass deren Verfahrensordnung über mehr als vierzig Jahre in einer inhaltlich weitgehend unveränderten Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 dokumentiert war.

Die verfassungsdogmatische Einordnung der Europäischen Kommission zwischen Legislative, Exekutive und Judikative stellt hohe Anforderungen, wie sie auch aus dem hier referierten Urteil zu ersehen sind. Die Zulässigkeit einer der beiden Klagen scheiterte im wesentlichen daran, dass sie sich gegen den verfahrensöffnenden Verwaltungsakt richtete, obwohl die Parteien sich durch einzelne ganz bestimmte Ermittlungsmassnahmen beschwert sahen. Die schriftlichen Entscheidungsgründe greifen in einzelnen Formulierungen sowohl auf verwaltungsrechtliche wie auch auf strafprozessuale Begrifflichkeit zurück.

Die Europäische Kommission als Wettbewerbsbehörde ist schliesslich nicht nur Ermittlungsbehörde, sondern verhängt auch selbst Sanktionen, die in der deutschen Übersetzung der neuen Kartellverfahrensverordnung von 2004 als «Geldbussen» und «Zwangsgelder» bezeichnet sind.

## 1. Verfahren, Befugnisse und Sanktionen

Das ganze fünfte Kapitel der jetzt geltenden Kartellverfahrensverordnung ist den in der deutschen Übersetzung so genannten Ermittlungsbefugnissen der Kommission gewidmet, auf Englisch heissen sie «powers of investigation».

Den Kern dieser Ermittlungsbefugnisse bilden die einmal auf Geschäftsräume und neuerdings – seit dem Jahr 2004 – eben auch auf Wohnräume erstreckten Nachprüfungsbefugnisse der Kommission, die auf Englisch «powers of inspection» genannt sind. In der alten Kartellverordnung waren die einzelnen Verfahrensstadien noch nicht so deutlich gegeneinander abgegrenzt, dort gab es das einfache Auskunftsverlangen sowie jene Nachprüfungsbefugnisse, von denen die Kommission im hier entschiedenen Fall Gebrauch zu machen beabsichtigte.

Die Duldungspflichten des von einer wettbewerblichen Untersuchung betroffenen Unternehmens ergeben sich zum Teil unmittelbar aus sekundärrechtlichen Vorschriften des Europarechts, zum Teil beruhen sie auf der Anordnung nationaler Behörden oder Gerichte. Für den unternehmensberatenden Anwalt stellen die verschiedenen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gegen die zugrundliegende Anordnung der wettbewerblichen Untersuchung einerseits sowie gegen einzelne Ermittlungsmassnahmen oder die schliesslich verhängten Sanktionen andererseits ein schwer zu durchschauendes Dickicht dar. Diese Materie können vielleicht nur noch Spezialistinnen und Spezialisten, die mehr oder weniger ständig für grosse multinationale Unternehmen tätig sind, beherrschen. Das zeigt eben auch der vorliegende Fall, in dem es sowohl im Verlauf der Ermittlungen in den Geschäftsräumen des Unternehmens wie auch anlässlich der anschliessenden Verwaltungsentscheidungen und während des schliesslich angestrebten Gerichtsverfahrens zur umfangreichen Erörterung sowohl verfahrensrechtlicher wie auch materiellrechtlicher oder berufsrechtlicher Gesichtspunkte kam.

## 2. Anwaltlicher Beistand im Kartell-Ermittlungsverfahren

Die Funktion des anwaltlichen Beistandes in dem gegen ein Unternehmen gerichteten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren ist einerseits an traditionellen Verteidigerrechten strafprozessualer Genese orientiert, andererseits am verwaltungsrechtlichen Charakter des von der Behörde betriebenen Verfahrens. In der neuen Kartellverfahrensverordnung finden die «ordnungsgemäss bevollmächtigte[n] Rechtsanwälte» sogar ausdrücklich Erwähnung, und zwar in Artikel 18 Absatz 4, wo die Möglichkeit angesprochen ist, dass sie für ihre Mandanten die behördlicherseits verlangte einfache Auskunft erteilen.

Diesem hier besprochenen Urteil des Europäischen Gerichtes I. Instanz liegen in tatsächlicher Hinsicht Ermittlungsmassnahmen zugrunde, die am 12. und 13. Februar 2003 in den bei Manchester belegenen Geschäftsräumen der Firma Akzo Nobel Chemicals Ltd. vollzogen worden sind. Verfahrenssprache vor dem Gericht in Luxemburg war folglich Englisch und es verwundert daher nicht, dass die schriftlichen Entscheidungsgründe bei der Eingrenzung des Streitgegenstandes vom «legal professional privilege», oder kurz: «LPP», sprechen. Gemeint ist damit die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen dem bevollmächtigten Rechtsanwalt und seinem Mandanten («... the protection of confidentiality of communications between lawyers and their clients»). In Deutschland würde man diesen Streitgegenstand eher bei der in § 43 a der Bundesrechtsanwaltsordnung als Grundpflicht des Rechtsanwalts stipulierten «Verschwiegenheit» verorten, in der deutschsprachigen Schweiz ist auch von der anwaltlichen «Geheimhaltungspflicht» die Rede. Einzelstaatliche Prozessordnungen falten diese anwaltliche Berufsverschwiegenheit zu Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten aus. In der Schweiz, die gerade an der bundesweiten Vereinheitlichung ihrer Verfahrensordnungen sowohl für den Strafprozess wie auch für den Zivilprozess arbeitet, ist eine Diskussion entbrannt um den bei einem gewerblichen Unternehmen festangestellten Rechtsanwalt und dessen Zeugnisverweigerungsrecht.

Das praktisch sehr bedeutende Problem grenzüberschreitend korrespondierender Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ist auf europäischer Ebene hinsichtlich der berufsbedingten Vertraulichkeit nicht grundsätzlich gelöst, es kommt tatsächlich immer wieder zu verhängnisvollen Missverständnissen. In dem durch die Firma Akzo Nobel vor das Europäische Gericht gebrachten Streitfall ging es konkret um zwei E-Mails, die aus einer operativen Unternehmenseinheit an den für das Wettbewerbsrecht zuständigen Mitarbeiter der Rechtsabteilung gerichtet waren; eine der Besonderheiten bestand nun darin, dass dieser Mitarbeiter zugleich in den Niederlanden als Rechtsanwalt zugelassen war. Er war damit dem dort anwendbaren Landesrecht – im Urteil steht: «... the professional and ethical rules . . .» – unterworfen. Eine weitere Besonderheit bestand darin, dass sein Arbeitsvertrag mit der Firma Akzo Nobel einen Passus enthielt, demzufolge die arbeitsvertraglich geschuldete Loyalität zurückzutreten habe hinter die anwaltliche Verpflichtung zur Unabhängigkeit sowie hinter die niederländischen Landesregeln.

### III. Die Vertraulichkeit des anwaltlichen Schriftverkehrs

Der sachliche Anwendungsbereich dieser anwaltlichen Berufspflicht zur Verschwiegenheit bildet einen weiteren ganz wesentlichen Gegenstand der richterlichen Entscheidung aus Luxemburg.

Konkret berührt ist also die Frage, welche Schriftstücke, gerichtet an welchen Adressaten und mit welchem Inhalt einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Eng damit verbunden ist die Frage nach dem zur Sicherung eines Beschlagnahmeverbotes einzuhaltenden Verfahren. Diesen Zusammenhang zwischen dem persönlichen und dem sachlichen Anwendungsbereich der anwaltlichen Pflicht zur Berufsverschwiegenheit scheinen einige US-Amerikanische Kollegen zu übersehen, die in dem Urteil einen weiteren Hinweis auf das wirtschaftsfeindliche Wettbewerbsklima in Europa sehen wollen, wo jetzt also auch noch der In-House Counsel abgeschafft sei.

Indes hängt eine Entscheidung über den Kreis der Personen, die zur Mitwirkung an einem Ermittlungsverfahren verpflichtet oder zur Verweigerung bestimmter Handlungen berechtigt sind, sicher auch davon ab, welche Ermittlungen da im einzelnen stattfinden. Hier wird wohl überkommener Standesdünkel – auf Englisch ist ja von einem «privilege» die Rede – einer modernen funktionsorientierten Sichtweise zu weichen haben.

#### 1. Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien

Das Europäische Gericht I. Instanz ist – anders als der ebenfalls in Luxemburg ansässige Gerichtshof – kein Verfassungsgericht, sondern urteilt ausschliesslich als Verwaltungsgericht. Entsprechend sind auch die Ausführungen des fünfköpfigen Spruchkörpers im vorliegenden Fall nicht konsequent in grundrechtlicher Terminologie mit entsprechenden Referenzen abgefasst. Die Vertraulichkeit des anwaltlichen Schriftverkehrs ist da einmal mit dem Recht des Einzelnen, unabhängigen Rechtsrat einzuholen, in Verbindung gebracht; ein andermal scheinen die Rechte der Verteidigung im Vordergrund zu stehen oder der unabhängige Rechtsrat ist mit der anwaltlichen Funktion als Organ der Rechtspflege verknüpft.

Als feststehend bezeichnet das Urteil eine Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Kartellverfahrensverordnung so auszulegen und anzuwenden sei, dass die Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandant unter zwei wesentlichen Voraussetzungen vertraulich bleibt: erstens müssen die Korrespondenzstücke dem Zweck effektiver Verteidigung zu dienen bestimmt sein, und zweitens muss der Korrespondenzpartner des von einer wettbewerblichen Untersuchung betroffenen Unternehmens ein unabhängiger Jurist – im Urteil steht: «independent lawyer» – sein.

Der Vertiefung dieses Begriffes gehen zunächst jedoch sehr umfangreiche und geradezu detailbesessene Ausführungen des Gerichtes zu dem von der Kommission bei ihren wettbewerblichen Einzelfalluntersuchungen zu beobachtenden Verfahren voraus.

Mit grosser Akribie behandelt das Gericht den Unterschied zwischen dem Lesen eines Schriftstückes und einer summarischen Prüfung bestimmter Schriftstücke und richtet in diesem Zusammenhang strenge und klare Worte an die Kommission. Sofern eine summarische Prüfung derjenigen Schriftstücke, für die Vertraulichkeitsschutz in Anspruch genommen wird, nicht möglich sein sollte ohne deren Inhalt zur Kenntnis zu nehmen, muss auch die summarische Prüfung – «a cursory look at the document» – unterbleiben; als Schutzmechanismus gegen die Vernichtung von Beweismitteln verbleibe da nur das versiegelte Kuvert. In ähnlicher Weise löst übrigens auch das deutsche Strafprozessrecht in § 110 StPO das praktische Problem.

Gegenstand der Beschlagnahme könnten folglich – so das Gericht weiter – auch solche Schriftstücke nicht sein, die zwar nur vorbereitenden Charakter – «preparatory documents» – aufwiesen, aber dennoch eindeutig der effektiven Wahrnehmung von Rechten der Verteidigung zu dienen bestimmt sind. Mit diesem Schutz für Schriftstücke, die nicht ganz eng an ein bereits eröffnetes Untersuchungsverfahren gebunden und mit diesem inhaltlich eng verflochten sind, betritt die Kammer entschieden Neuland. Indem sie den sachlichen Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbotes auf die genannten «preparatory documents» ausdehnt, deren Adressat auch nicht unbedingt ein Jurist zu sein braucht, nimmt sie ihrer Entscheidung etwas von der Härte, die sie bei der Ausgrenzung von festangestellten Anwältinnen und Anwälten an den Tag legt.

#### 2. Die Tendenz in den Mitgliedstaaten

Damit ist nun also schon gesagt, dass jene Korrespondenzstücke, die sich an einen festangestellten anwaltlichen Mitarbeiter in der Rechtsabteilung des von einer wettbewerblichen Untersuchung betroffenen Unternehmens richten, auch nach dem neueren Urteil aus Luxemburg beschlagnahmefähig bleiben. Diverse Gesichtspunkte, die von den beigeladenen Anwaltsorganisationen ins Feld geführt worden waren, bleiben demgegenüber ausser Betracht. Es spielt aus Sicht des Gerichtes einfach keine Rolle, ob so ein festangestellter anwaltlicher Mitarbeiter gleichzeitig Mitglied seiner Standesorganisation oder den einschlägigen Standesrichtlinien und einer berufsspezifischen Disziplinargewalt unterworfen ist. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, wie der individuelle Anstellungsvertrag formuliert ist und ob darin vielleicht nur eingeschränkte Loyalitätspflichten gegenüber dem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber vorgesehen sind.

Für dieses Urteil gab den Ausschlag, dass die anwaltlichen Mitarbeiter in der Rechtsabteilung des Unternehmens funktions-, organisatorisch und hierarchisch in dieses von ihrem Arbeitgeber betriebene Unternehmen integriert sind und sich damit wesentlich von dem freiberuflich Kollegen unterscheiden, der allein zu wirklich unabhängigen Rechtsrat imstande scheint.

Man darf dieses Urteil nicht als eine sachverständige Äusserung zu den organisatorischen und wirtschaftlichen Realitäten der anwaltlichen Berufsausübung im vereinigten Europa des Jahres 2007 lesen; diesem Anspruch vermag es kaum zu genü-

gen. Für das Europäische Gericht I. Instanz war entscheidend, dass die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten keine eindeutige Tendenz zu einer umfassenden rechtlichen Gleichstellung des freiberuflich in eigener Praxis tätigen mit dem bei einem Nicht-Anwalt festangestellten Rechtsanwalt erkennen liessen.

#### **IV. Résumé und Ausblick**

Das Urteil vom 17. September 2007 ist rechtsmittelfähig, Näheres dazu wird man etwa Anfang Dezember 2007 in Erfahrung bringen können. Die unter dem Verkündungsdatum auf der Website der Klägerin erschienene Pressemeldung erweckt nicht

unbedingt den Eindruck, dass die Firma Akzo Nobel sich berufen sehe, den anwaltlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in ihrer Rechtsabteilung zu weiteren beruflichen Privilegien zu verhelfen.

Da sich in diesem Gerichtsverfahren überdies herausstellte, dass der Vertraulichkeitsschutz für die am 12. und 13. Februar 2003 in Manchester beschlagnahmten Dokumente wegen des fehlenden sachlichen Zusammenhanges mit den Vorwürfen der Wettbewerbsbehörde zu Unrecht in Anspruch genommen worden war, dürfte kaum ein Anreiz für weiteres kostspieliges Prozessieren bestehen. ■