
Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Anwaltsprivileg

Jorg Sladič*

Inhalt	
I. Einführung	534
II. Das Anwaltsprivileg im EG-Recht – Geltungsbereich „ratione personae“ für Anwälte	536
III. Das Anwaltsprivileg im EG-Recht – Geltungsbereich „ratione personae“ für Unternehmensjuristen	542
1. Urteil des EuGH vom 18.5.1982, AM & S/Kommission, Rs. 155/79	543
2. Beschluss des EuG vom 4.4.1990, Hilti/Kommission, Rs. T-30/89	544
3. Reform in spe – Der Beschluss des Präsidenten des EuG vom 30.10.2003, Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Kommission, Rs. T-125/03 R und T-253/03 R	545
4. Urteil des EuG vom 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Kommission, Rs. T-125/03 und T-253/03	547
IV. Das Anwaltsprivileg im Allgemeinen – Urteil des EuGH vom 26.6.2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone, Rs. C-305/05	549
1. Vorlageurteil des belgischen Verfassungsgerichts Nr. 126/2005	549
2. Schlussanträge des Generalanwalts Maduro	551
3. Urteil des EuGH – einschränkende Auslegung des Anwaltsgeheimnisses	553
V. Schlussfolgerung	559

* Dr. iur. Jorg Sladič LL.M., D.E.S.S. war von 2004 bis 2006 Rechtsreferent am EuG sowie von 2006 bis 2007 am EuGH im Kabinett der Generalanwältin Prof. Dr. Trstenjak und wurde im Sommersemester 2007 am Europa-Institut der Universität des Saarlandes bei Prof. Dr. Torsten Stein promoviert. Seit Dezember 2007 ist er als Anwalt in Ljubljana und Brüssel tätig. Der Autor möchte Frau Thea Weiler für die Lektüre dieser Abhandlung, nützliche Anregungen und Korrekturen danken.

I. Einführung

Dieser Beitrag stellt die aktuelle Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zum europarechtlichen Anwaltsprivileg (*Legal Professional Privilege*¹) als Teil des anwaltlichen Standesrechts dar.² Der EuGH legt in der neueren Rechtsprechung das Anwaltsprivileg restriktiv aus, was nicht immer den Anforderungen des modernen Rechtslebens gerecht zu werden scheint.³ Nach Art. 19 EuGH-Satzung kommen

¹ In diesem Text werden zur Vereinfachung die Begriffe das Anwaltsprivileg, das Berufsgeheimnis des Anwalts und das *Legal Professional Privilege* als Synonyme verwendet. Das Berufsgeheimnis des Anwalts ist in Deutschland nur ein Teil des Anwaltsprivilegs. Im Common Law ist das *Legal Professional Privilege* „a necessary corollary of the right of any person to obtain skilled advice about the law. Such advice cannot be effectively obtained unless the client is able to put all the facts before the adviser without fear that they may afterwards be disclosed and used to his prejudice“, House of Lords, *Regina v. Special Commissioner and Another*, Ex P Morgan Grenfell (2002), <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/morgan-1.htm>, Nr. 7 (27.11.2007). Bezüglich der Unterschiede zwischen dem deutschen Anwaltsprivileg und dem *Common Law Legal Professional Privilege* siehe z.B. Kübler/Pautke, Legal Privilege: Fallstricke und Werkzeuge im Umgang mit kartellrechtlich sensiblen Dokumenten: ein praktischer Leitfaden, Betriebs-Berater 2007, S. 390 (392 ff.) und Baudesson/Rosher, Le secret professionnel face au legal privilege = Professional Secrecy Versus Legal Privilege, Revue de droit des affaires internationales 2006, S. 37 ff.

² Vgl. EuGH, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575, Rdnr. 19 ff. (*AM & S/Kommission*). Vgl. auch Berufsregeln für europäische Rechtsanwälte des CCBE vom 26.5.2006: „Es gehört zum Wesen der Berufstätigkeit des Rechtsanwaltes, dass sein Mandant ihm Geheimnisse anvertraut und er sonstige vertrauliche Mitteilungen erhält. Ist die Vertraulichkeit nicht gewährleistet, kann kein Vertrauen entstehen. Aus diesem Grund ist das Berufsgeheimnis gleichzeitig ein Grundrecht und eine Grundpflicht des Rechtsanwaltes von besonderer Bedeutung. Die Pflicht des Rechtsanwaltes zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dient dem Interesse der Rechtspflege ebenso wie dem Interesse des Mandanten. Daher verdient sie besonderen Schutz durch den Staat.“ Vgl. auch De Caemel/Depuydt, Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur, Revue de droit de l'ULB, 21 (2000), S. 29 (30); Cassese, E, Disciplina antiriciclaggio e deontologia professionale: quali doveri per gli avvocati?, Giornale di diritto amministrativo 2007, S. 1043 (1046).

³ Vgl. Vesterdorf, Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent developments and current issues, Fordham International Law Journal, 28 (2005), S. 1179 (1185); Kübler/Pautke, (Fn. 1), S. 392; kritisch auch Baudesson/Rosher, (Fn. 1), S. 37 f.; Denruyter, Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du secret professionnel des juristes = European Competition Law Put to The Test as Regards Lawyers' Legal Professional Privilege, Revue de droit des affaires internationales, 2004, S. 751 (752); Davainis, Are European In-house Counsels Covered by the Attorney-client Privilege?, International Journal of Baltic Law, 1 (2004), S. 11 ff. Laut den Schlussanträgen des Generalanwalts Maduro in EuGH, Rs. C-305/05, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar, (*Ordre des barreaux francophones et germanophone*), Nr. 39 handelt es sich beim Anwaltsgeheimnis um ein Grundprinzip und Teil des *ordre public* in allen Mitgliedstaaten. In der Regel werden Berufsgeheimnisse in den Mitgliedstaaten als ein Teil des *ordre public* bzw. der zwingenden Vorschriften betrachtet (De Caemel/Depuydt, [Fn. 2], S. 37; vgl. bezüglich des Luxemburger Bankgeheimnisses z.B. Cour d'appel, Liège (Lüttich, Belgien) vom 15.9.2005, Revue du Droit Commercial Belge, 2007, S. 90).

nur Personen in den Genuss des Anwaltsprivilegs, die berechtigt sind, vor einem Gericht eines Mitgliedstaats oder eines anderen Vertragsstaats des EWR-Abkommens als Anwalt aufzutreten und nur in beschränktem Umfang, d.h. im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens oder im Rahmen von dessen Vorbereitung.

Das Anwaltsprivileg entspringt dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Schutzes der Vertraulichkeit anwaltlicher Rechtsberatung.⁴ Es dient dem Zweck, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten zu schützen und das Grundrecht auf Verteidigung effektiv zu gewährleisten.⁵ „Nur wenn der Mandant das Gefühl hat, seine Korrespondenz mit dem Rechtsberater ist sicher vor Dritten, kann das Verhältnis zwischen Rechtsberater und Mandant offen und frei sein.“⁶ „Das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird berührt, wenn wegen der Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs ein Mandatsverhältnis mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen.“⁷ Das Anwaltsprivileg umfasst den gesamten schriftlichen Verkehr sowie die Gesamtheit der schriftlichen oder mündlichen Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant innerhalb und auch außerhalb des Gerichts.⁸ Wäre ein Rechtsanwalt „im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder im Rahmen von dessen Vorbereitung verpflichtet, mit den öffentlichen Stellen zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen zu übermitteln, die er anlässlich einer Rechtsberatung erlangt hat, die im Rahmen eines solchen Verfahrens stattfand, könnte er seinen Aufgaben bei der Beratung, der Verteidigung und der Vertretung seines Mandanten nicht in angemessener Weise gerecht werden, so dass dem Mandanten die ihm durch Art. 6

⁴ Vgl. *Denys*, Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats, *Revue Europe*, August-September 2007, S. 12, Eintrag 201; *Vesterdorf*, (Fn. 3), S. 1187 f.; *Kehl*, Schutz von Informationen im europäischen Kartellverfahren, 2006, S. 118 und *Hartley*, *The Foundations of European Community Law*, 6. Auflage, 2007, S. 156.

⁵ *Burholt*, Einen Schritt vor, zwei Schritte zurück – gilt das Anwaltsprivileg im europäischen Kartellrecht auch für Syndikusanwälte?, *BRAK – Mitteilungen* 2004, S. 100. Vgl. bezüglich des *Common Law legal professional privilege* auch EGMR 33274/96, auf <http://www.echr.coe.int/echr/abrufbar> (2000), Nr. 27 ff. (*Foxley/Großbritannien*), in dem der EGMR Verletzungen des Anwaltsprivilegs unter Art. 8 EMRK subsumiert. Im EGMR 12629/87 und 13965/88 Series A no. 220 (1991), Nr. 46 ff. (*S/Schweiz*), hat der EGMR Verletzungen des Anwaltsprivilegs unter Verletzungen des Fair-Trial-Grundsatzes nach Art. 6 EMRK subsumiert. Nach dem EuGH ist das Recht auf ein faires Verfahren, wie es sich u. a. aus Art. 6 EMRK ergibt, ein Grundrecht, das die EU als allgemeinen Grundsatz nach Art. 6 Abs. 2 EUV achtet, EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Rdnr. 29.

⁶ *Kehl*, (Fn. 4), S. 111.

⁷ BVerfG, 1 BvR 1550/03 vom 13.6.2007, Nr. 164, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070613_1bvr155003.html.

⁸ Vgl. *De Caere/Depuydt*, (Fn. 2), S. 32.

EMRK gewährten Rechte genommen wären.“⁹ Im Europarecht wird das Anwaltsprivileg bezüglich des Berufsgeheimnisses für nicht privilegierte Kläger *ratione personae* strikt auf den klassischen Anwaltsberuf begrenzt (II. und III.). Die aktuelle Rechtsprechung legt das Anwaltsprivileg *ratione materiae* ferner als ein auf Gerichtsverfahren beschränktes Recht aus (IV.).¹⁰

II. Das Anwaltsprivileg im EG-Recht – Geltungsbereich „ratione personae“ für Anwälte

Im EG-Recht ist das Anwaltsprivileg, das den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen ist,¹¹ rudimentär

⁹ EuGH, C-305/05, (Fn. 3), Rdnr. 32. Vgl. auch EGMR, 13710/88 Series A no. A 251-B (1992), Nr. 37 (*Niemietz/Deutschland*), in dem bezüglich einer strafrechtlichen Untersuchung einer Anwaltskanzlei festgestellt wird, „it has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention.“

¹⁰ Entwicklungen im materiellen Recht bezüglich des Anwaltsprivilegs, wie z.B. die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln und Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, werden in diesem Text nicht angesprochen.

¹¹ Vgl. *Vesterdorf*, (Fn. 3), S. 1185. Vgl. jedoch auch *Kübler/Pautke*, (Fn. 1), S. 392, die betonen, dass das Anwaltsprivileg zwar in den meisten Rechtsordnungen besteht, jedoch seine Reichweite nicht einheitlich ist. Es wird festgestellt, dass im *Common Law* das Anwaltsprivileg „vertrauliche Dokumente bzw. Kommunikationen zwischen Mandant und Rechtsberater, die für Zwecke des Erhalts oder der zur Verfügungsstellung von Rechtsrat erstellt worden sind, [umfasst]. Das Recht auf den Schutz der vertraulichen Dokumente gehört dem Mandanten und nur er kann dieses Recht aufgeben.“ Vgl. auch House of Lords, Lord *Scott* in *Three Rivers District Council and others v. Governor and Company of the Bank of England* (2004), <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd041111/riv-1.htm>, Nr. 25 (27.11.2007). In Deutschland hingegen liegt dem Anwaltsprivileg „eine völlig andere Herangehensweise zugrunde“. „Das Prinzip des Schutzes von Anwaltskorrespondenz leitet sich hier von der anwaltlichen Standespflicht zur Verschwiegenheit ab, wonach ein Anwalt verpflichtet ist, vertrauliche Informationen und dementsprechend Dokumente zum Nachrichtenverkehr zwischen ihm und dem Mandanten nicht offen zu legen“. Es wird auch zutreffend bemerkt, dass das *Common law Legal Professional Privilege* eher einen dinglichen In-rem-Ansatz verfolgt, das Anwaltsprivileg der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen hingegen jedoch eher eine In-personam-Betrachtung kennt, die aus der Verschwiegenheitspflicht des Anwalts im Verhältnis zu seinem Mandanten besteht, vgl. *Baudesson/Rosher*, (Fn. 1), S. 38. Zum Umfang des Anwaltsprivilegs in den Mitgliedstaaten der EU und in den Vertragsstaaten des EWR siehe die Untersuchung „Regulated Legal Professionals and Professional Privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and Certain Other European Jurisdictions“, die im Auftrag des CCBE ausgearbeitet wurde, http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/fish_report_enpdf1_1184145269.pdf (27.11.2007).

in der EuGH-Satzung und den Verfahrensordnungen der Gemeinschaftsgerichte geregelt.¹² Nach Art. 19 Abs. 5 EuGH-Satzung genießen die vor dem EuGH auftretenden Bevollmächtigten, Beistände und Anwälte nach Maßgabe der Verfahrensordnung die zur unabhängigen Ausübung ihrer Aufgaben erforderlichen Rechte und Sicherheiten.¹³ Nach Art. 32 § 2 lit. a der Verfahrensordnung des EuGH genießen Bevollmächtigte, Beistände und Anwälte das Vorrecht, dass Schriftstücke und Urkunden, die sich auf das Verfahren beziehen, weder durchsucht noch beschlagnahmt werden dürfen. Im Streitfall können die Zoll- oder Polizeibeamten derartige Schriftstücke und Urkunden versiegeln; diese werden unverzüglich dem EuGH übermittelt und in Gegenwart des Kanzlers und des Beteiligten untersucht.¹⁴ Das Anwaltsprivileg gilt *ratione personae* nur für Anwälte,¹⁵ weshalb zunächst der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Anwalts näher untersucht werden soll.

Die präzise Definition des gemeinschaftsrechtlichen Anwaltsbegriffs in der neueren Rechtsprechung fand nicht im Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht, wie im Falle des Anwaltsprivilegs, statt, sondern größtenteils im Markenrecht, vor allem in denjenigen Fällen, in denen Unternehmensjuristen und Marken- und Patentanwälte Klagen unterzeichnet haben. Interessant sind vor allem Fälle von Juristen, die vor nationalen Gerichten vertretungsbefugt und in Unternehmen (fest)angestellt sind, jedoch nicht in ständischen Berufsvereinigungen (Anwaltskammern) eingetragen sind (sogenannte *in-house lawyers*).¹⁶ Solche Juristen sind keine Anwälte im gemeinschaftsrechtlichen Sinne, weshalb das Anwaltsprivileg auf sie *ratione personae* keine Anwendung findet.

¹² Vgl. *Kehl*, (Fn. 4), S. 113 f.

¹³ Unter dem Einfluss der deutschen Rechtstradition wurde in der EuGH-Satzung die den Bevollmächtigten und Anwälten anerkannte Rechtsstellung auch auf die Hochschullehrer erweitert, die Angehörige von Mitgliedstaaten sind, deren Rechtsordnung ihnen gestattet, vor Gericht als Vertreter einer Partei aufzutreten. Nach dem EuG handelt es sich im Fall der Hochschullehrer um erlaubte Ausnahmen von der Voraussetzung der Anwaltsvertretung, EuG, Rs. T-14/04, Slg. 2004, II-3077, Rdnr. 12 (*Alto de Casablanca/HABM*).

¹⁴ Ähnlich auch Art. 38 § 2 lit. a der Verfahrensordnung des EuG und Art. 30 Abs. 2 lit. a der Verfahrensordnung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der EU.

¹⁵ Vgl. *Baudesson/Rosher*, (Fn. 1), S. 41, die deswegen annehmen, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis im Verhältnis zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten begründet ist.

¹⁶ Juristen, die nicht Mitglieder einer Anwaltskammer sind, sind nicht Anwälte im Sinne von Art. 19 EuGH-Satzung. Daher erfüllen sie, auch wenn sie nach nationalem Recht Beteiligte in Rechtsstreitigkeiten vor den nationalen Gerichten vertreten dürfen, nicht die erste der beiden in Art. 19 Abs. 4 EuGH-Satzung festgelegten, kumulativ geltenden Voraussetzungen und sind damit nicht befugt, nicht privilegierte Kläger vor dem EuGH zu vertreten, EuG, Rs. T-445/04, Slg. 2005, II-677, Rdnrn. 6 und 9 (*ET/HABM – Aparellaje eléctrico*).

Der Begriff „Anwalt“ wird in der Gemeinschaftsrechtsordnung sowohl im Primärrecht (Art. 19 Abs. 3 und 4 EuGH-Satzung) als auch im Sekundärrecht¹⁷ angesprochen. Die Antwort auf die Frage, wer Anwalt ist, sich also in der Gemeinschaftsrechtsordnung auf das Anwaltsprivileg berufen kann, scheint *prima facie* einfach. In der Rechtsprechung des EuGH zu diesem Begriff wurden jedoch *praeter legem* zusätzliche Voraussetzungen gebildet. Das EuG untersucht zunächst, ob die die Schriftsätze unterzeichnende Person Mitglied einer (nationalen) Anwaltskammer ist.¹⁸ Die zum Gemeinschaftsrecht gehörenden Bestimmungen sind jedoch soweit wie möglich autonom und ohne Bezugnahme auf das nationale Recht auszulegen.¹⁹ Das EuG hat in der Rechtssache *Alto de Casablanca/HABM* daher die zweite Voraussetzung des gemeinschaftsrechtlichen Anwaltsbegriffs eingeführt. Es hat festgestellt, dass in der Gemeinschaftsrechtsordnung Anwalt gemäß Art. 19 EuGH-Satzung nur der Anwalt ist, „der berechtigt ist, vor einem Gericht eines Mitgliedsstaats oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den EWR aufzutreten, andere Parteien als die in Art. 19 Abs. 1 und 2 EuGH-Satzung genannten Staaten und Organe vertreten oder ihnen beistehen kann. Diese Voraussetzung ist eine wesentliche Formvorschrift, deren Nichtbeachtung zur Unzulässigkeit der Klage führt“.²⁰ In den Rechtssachen *ET/HABM – Aparellaje eléctrico (UNEX)*²¹ und *Vonage Holdings/HABM*²² wurden die erste und die zweite Voraussetzung des Anwaltsbegriffs sodann vereint. Nach dem EuG geht aus Art. 19 Abs. 4 EuGH-Satzung „eindeutig hervor“, dass nicht privilegierte Parteien vor den Gemeinschaftsgerichten nur vertreten kann, „wer kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt, nämlich erstens Anwalt und zweitens berechtigt ist, vor einem Gericht eines Mitgliedsstaats oder eines anderen Vertragsstaats des EWR-Abkommens aufzutreten“.²³ Anwälte sind jedoch nur diejenigen Juristen, die nach nationalem Recht als Anwälte zugelassen sind.²⁴

Später wurde diese Rechtsprechung auch auf Personen des öffentlichen Rechts ausgeweitet. So ist nach dem Beschluss in der Rechtssache *Comunidad Autónoma de*

¹⁷ Vgl. die Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. EG Nr. L 77 vom 14.3.1998, S. 36 ff.

¹⁸ EuG, Rs. T-445/04, (Fn. 16), Rdnr. 9, und EuG, Rs. T-453/05, Slg. 2006, II-1877, Rdnr. 13 (*Vonage Holdings/HABM*).

¹⁹ So auch zum Anwaltsbegriff EuG, Rs. T-79/99, Slg. 1999, II-3555, Rdnr. 26 (*Euro-Lex/HABM*).

²⁰ EuG, Rs. T-14/04, (Fn. 13), Rdnr. 9.

²¹ EuG, Rs. T-445/04, (Fn. 16).

²² EuG, Rs. T-453/05, (Fn. 18).

²³ EuG, Rs. T-445/04, (Fn. 16), Rdnr. 7 und EuG Rs. T-453/05, (Fn. 18), Rdnr. 11.

²⁴ Vgl. EuG Rs. T-453/05, (Fn. 18), Rdnr. 6 und EuG, Rs. T-357/05, Slg. 2006, II-2015, Rdnr. 10 (*Comunidad Autónoma de Valencia/Kommission*).

*Valencia/Kommission*²⁵ der spanische *Abogado dello Estado* seinem äußeren Namen nach zwar Anwalt, seiner wahren Funktion nach jedoch als Mitglied des juristischen Dienstes einer spanischen Behörde Beamter. Er ist nicht bei der Anwaltskammer eingetragen und aus diesem Grund kein Anwalt. Das EuG führt in diesem Beschluss aus, dass das in Art. 19 EuGH-Satzung normierte Erfordernis seinen Grund darin hat, dass der Anwalt „Mitgestalter der Rechtspflege ist, der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt. Diesem Schutz stehen auf der anderen Seite die Berufs- und Standespflichten gegenüber, die im Allgemeininteresse von dazu ermächtigten Einrichtungen festgelegt und kontrolliert werden. Dieses Verständnis entspricht den gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten und hat auch in der Gemeinschaftsrechtsordnung seinen Niederschlag gefunden“.²⁶ „Diese Unabhängigkeit und dieser Dienst im vorrangigen Interesse der Rechtspflege könnten beeinträchtigt werden, wenn hingenommen würde, dass eine andere Partei als die im Art. 19 Abs. 1 und 2 EuGH-Satzung (die sogenannten privilegierten Parteien) vor den Gemeinschaftsgerichten durch eine Person vertreten werden könnten, die kein zugelassener Anwalt, sondern mit ihnen durch ein Beschäftigungsverhältnis verbunden ist. Eine solche Person würde im Ergebnis einem Bevollmächtigten im Sinne von Art. 19 Abs. 1 EuGH-Satzung gleichstehen. Die Möglichkeit einer Vertretung durch Bevollmächtigte ist jedoch nach Art. 19 Abs. 3 EuGH-Satzung den privilegierten Parteien vorbehalten.“²⁷ Dieser Beschluss wurde von der spanischen Klägerin vor dem EuGH angefochten; das Rechtsmittelverfahren ist zurzeit noch schwebend.²⁸ Die Kernaussage dieses Beschlusses, auch wenn er aufgehoben wird, ist jedoch für Syndikusanwälte vernichtend. Aufgrund des Anstellungsverhältnisses eines Juristen im öffentlichen Dienst, möge er auch Anwalt sein, wird dieser einem Bevollmächtigten des privilegierten Klägers gleichgesetzt.

Das Anwaltsprivileg bzw. das Berufsgeheimnis des Anwalts nimmt im Verfahren vor dem EuGH für nicht privilegierte Kläger eine besondere Bedeutung ein, denn die nicht privilegierten Kläger sind im Direktklageverfahren postulationsunfähig.²⁹

²⁵ EuG, Rs. T-357/05 (Fn. 24).

²⁶ Ibid., Rdnr. 8.

²⁷ Ibid., Rdnr. 9.

²⁸ Das Rechtsmittelverfahren trägt die Nummer C-363/06 P. Vgl. auch die Mitteilung 2006/C 261/25 über das eingelegte Rechtsmittel im ABl. EU Nr. C 261 vom 28.10.2006, S. 14.

²⁹ In der deutschen Lehre ist streitig, ob die Postulationsfähigkeit zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört, vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Auflage, 2004, S. 269. Da Klagen und Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz, die von einem nicht privilegierten Kläger erhoben werden, der nicht anwaltlich vertreten ist, unzulässig sind, kann behauptet werden, dass im EG-Prozessrecht die Postulationsfähigkeit zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört, EuGH, Rs. 10/81 R, Slg. 1981, 717 (*Farall/Kommission*) und EuGH, Rs. 73/83, Slg. 1983, 3803 (*Stavridis/Parlament*). Auch Klagen, Erwiderungen bzw. andere Schriftsätze müssen von

Mit anderen Worten: Das Verfahren vor dem EuGH ist für nicht privilegierte Kläger ein Anwaltsprozess; sie müssen zwingend von einem Anwalt vertreten werden (Art. 19 Abs. 3 EuGH-Satzung).³⁰ Das Erfordernis, „sich eines Dritten zu bedienen, entspricht der Vorstellung von der Funktion des Rechtsanwalts, nach der dieser als Mitarbeiter der Rechtspflege betrachtet wird, der in völliger Unabhängigkeit und im höheren Interesse der Rechtspflege die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die der Mandant benötigt.“³¹ Artikel 19 EuGH-Satzung und Art. 32 § 2 lit. a der Verfahrensordnung des EuGH, die für alle Verfahrensarten und alle Beteiligte gelten, umfassen sowohl das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234, 68 EGV und 35 Abs. 1 EUV sowie die Direktklageverfahren. In den Genuss des Anwaltsprivilegs vor dem EuGH kommen auch Beistände und Bevollmächtigte der privilegierten Kläger und privilegierten Streithelfer. Die Vertretung von Parteien im Vorabentscheidungsverfahren wird durch das nationale Verfahrensrecht des ersuchenden Gerichts *a quo* bestimmt (Art. 104 § 2 der Verfahrensordnung des EuGH).

Das Geheimnis der juristischen Beratung, also das *Legal Professional Privilege*, durch den *hausinternen* juristischen Dienst der EU-Organe, in dem nicht Rechtsanwälte, sondern Beamte tätig sind, wurde jedoch in der Rechtsprechung anerkannt. „Die Weitergabe interner Dokumente, wie z.B. der Stellungnahmen des juristischen Dienstes der EU-Organe, hätte zur Folge, dass die Erörterung und der Meinungsaustausch innerhalb des Organs über Rechtmäßigkeit und Tragweite des zu erlassenden Rechtsakts publik gemacht würden, so dass das Organ jedes Interesse daran verlieren könnte, die Juristischen Dienste um schriftliche Stellungnahmen zu bitten. Die Weitergabe dieser Dokumente könnte eine Unsicherheit hinsichtlich der

Anwälten der nicht privilegierten Kläger verfasst und unterzeichnet sein. Sollte die Erwiderung von nicht privilegierten Kläger selbst verfasst sein, gestattet es die Verfahrensordnung nicht, eine solchen Schriftsatz als gültige Erwiderung zu behandeln, EuGH, Rs. 108/63 R, Slg. 1965, 6 (13), (*Officine Elettromeccaniche Ing. A. Merlini/Hobe Behörde*) und EuG, Rs. T-453/05, (Fn. 18), Rdnr. 15. Aus Art. 21 Abs. 1 EuGH-Satzung ergibt sich, dass die Klageschrift von einer Person zu unterzeichnen ist, die berechtigt ist, die Klägerin nach Art. 19 EuGH-Satzung zu vertreten. Außerdem verlangt Art. 43 § 1 Abs. 1 der Verfahrensordnung des EuG, dass die Urschrift jedes Schriftsatzes vom Bevollmächtigten oder vom Anwalt der Partei unterzeichnet ist. Denn die handschriftlich vollzogene Unterschrift des eine Partei vertretenden Anwalts oder Bevollmächtigten auf der Urschrift jedes Schriftsatzes ist das einzige Mittel, um sicherzustellen, dass die Verantwortung für diesen Schriftsatz von einer Person übernommen wird, die im Sinne von Art. 19 der Satzung des Gerichtshofes berechtigt ist, die Partei vor den Gemeinschaftsgerichten zu vertreten, EuG, Rs. T-123/04, Slg. 2005, II-3979, Rdnr. 19 (*Cargo Partner/HABM*).

³⁰ Vgl. EuG, Rs. T-79/99, (Fn. 19), Rdnr. 27. Die Patent- und Markenanwälte sind nicht notwendigerweise Anwälte. Auch wenn sie berechtigt sein mögen, Parteien bei manchen Verfahren vor den Gerichten eines Mitgliedstaates zu vertreten, sind sie keine Anwälte, sofern sie nicht Mitglieder einer Anwaltskammer sind. Da sich eindeutig aus Art. 19 EuGH-Satzung ergibt, dass die nicht privilegierten Parteien vor den Gemeinschaftsgerichten durch einen Anwalt vertreten sein müssen, sind Patent- und Markenanwälte nicht berechtigt, Kläger vor dem EuGH zu vertreten, EuG, Rs. T-14/04, (Fn. 13), Rdnr. 11.

³¹ EuG, Rs. T-79/99, (Fn. 19), Rdnr. 28.

Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsrechtsakte schaffen und negative Folgen für das Funktionieren der Gemeinschaftsorgane haben.“³² Das Geheimnis der juristischen Beratung durch hausinterne Juristen wurde durch Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1049/2001 noch verstärkt,³³ wonach die EU-Organe den Zugang zu einem Dokument verweigern können, durch dessen Verbreitung der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung beeinträchtigt werden würde. Das Geheimnis der juristischen Beratung durch den internen juristischen Dienst der EU-Organe wurde mit der erforderlichen unterschiedlichen Behandlung des Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten von Privatpersonen und Dokumenten eines Unternehmens, das dieses der Kommission übermittelt hat und Gegenstand einer Untersuchung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ist, begründet.³⁴ Das Anwaltsprivileg umfasst daher „das Verwaltungsverfahren in Wettbewerbsachen, insbesondere die Untersuchungsbefugnisse der Kommission“.³⁵

Von dieser Rechtsprechung wurde erst mit dem Urteil des EuG vom 12. September 2007, *Association de la presse internationale/Kommission*, teilweise Abstand genommen. In diesem Urteil wurde der Grundsatz aufgestellt, dass die Öffentlichkeit Zugang zu den Schriftsätzen der EU-Organe, die für Zwecke des Verfahrens vor dem EuGH verfasst wurden, hat.³⁶ Es kann jedoch aufgrund der Tatsache, dass Zugang zu Schriftsätzen einer der Parteien des Verfahrens beantragt wurde, nicht ausgeschlossen werden, dass die Nichtfreigabe für einen bestimmten Zeitraum aus Gründen, die nichts mit dem Inhalt jedes einzelnen angeforderten Schriftsatzes zu tun haben, gerechtfertigt sein kann, vorausgesetzt, diese Gründe rechtfertigen, dass die fraglichen Dokumente in ihrer Gesamtheit geschützt werden müssen, weil z.B. im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung Gerichtsverfahren, zu denen die Schriftsätze gehören, noch anhängig waren.³⁷ „Ebenso wie die anderen Verfahrensbeteiligten muss nämlich die Kommission ihren Standpunkt geschützt vor jeder äußeren Beeinflussung vortragen und erörtern können, zumal der von ihr vertretene Standpunkt grundsätzlich bezweckt, die ordnungsgemäße Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen“.³⁸ Wenn das Verfahren, „auf das sich die Schriftsätze, zu denen Zugang begehrt wird, beziehen, noch nicht das Sta-

³² EuG, Rs. T-610/97 R, Slg. 1998, II-485, Rdnr. 45 f. (*Carlsen/Rat*).

³³ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EG Nr. L 145 vom 31.5.2001, S. 43.

³⁴ EuG, Rs. T-610/97 R, (Fn. 32), Rdnr. 52.

³⁵ Ibid.

³⁶ EuG, Rs. T-36/04, Rdnr. 73 (*Association de la presse internationale/Kommission*), noch nicht in aml. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

³⁷ Ibid., Rdnr. 74 f.

³⁸ Ibid., Rdnr. 81.

dium der mündlichen Verhandlung erreicht hat, ist die Weigerung, diese Schriftsätze freizugeben, als alle darin enthaltenen Informationen umfassend anzusehen.“³⁹

III. Das Anwaltsprivileg im EG-Recht – Geltungsbereich „ratione personae“ für Unternehmensjuristen

Seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *AM&S/Kommission*⁴⁰ wurde die Ausweitung des Anwaltsprivilegs auf Syndikusanwälte, d.h. auf die sogenannten *in-house lawyers* mit dem Hinweis auf die fehlende Unabhängigkeit von ihrem Arbeitgeber abgelehnt.⁴¹ In der neueren Rechtsprechung wurde jedoch die Stellung der *in-house lawyers* erneut aufgegriffen.

Ein Beteiligter im wettbewerbsrechtlichen oder beihilferechtlichen Verwaltungsverfahren vor der Kommission kann sich auf das *Legal Professional Privilege* wie folgt berufen: Er muss der Kommission, ohne den Inhalt des Schriftstücks preiszugeben, genügend Anhaltspunkte und Informationen darüber mitteilen, dass in Bezug auf das betreffende Schriftstück die Voraussetzungen des Schutzes des Geheimnisses des Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant erfüllt sind.⁴² In

³⁹ Ibid., Rdnr. 82.

⁴⁰ EuGH, Rs. 155/79 (Fn. 2).

⁴¹ *Burbolt*, (Fn. 5), S. 100. Der Begriff des Syndikusanwalts wird so definiert: „Unter einem Syndikusanwalt versteht man einen zugelassenen Rechtsanwalt, der gleichzeitig aufgrund Dienstvertrags gegen feste Vergütung bei einem Unternehmen oder Verband als ständiger Rechtsberater tätig ist.“ Vgl. auch *Kleine-Cosack*, Syndikusanwälte zwischen Tabuisierung und Legitimierung – Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, *Betriebs-Berater*, 2005, S. 2309 (2309); *Redeker*, Der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt, *NJW* 2004, S. 889 ff. (889) und für niederländische Anwälte *Defalque*, Observations sur le secret professionnel, *Journal des Tribunaux*, 2004, S. 380 (382), wonach angestellte niederländische Anwälte denselben Ständesregeln und derselben Berufsethik unterliegen wie selbstständige niederländische Anwälte. Vgl. jedoch *Kehl*, (Fn. 4), S. 117, dort Fn. 17, wonach in Deutschland Unternehmensjuristen als Syndikusanwälte bezeichnet werden.

⁴² *Hartley*, (Fn. 4), S. 156. Für genaue Anweisungen, wie das Verwaltungsverfahren, Untersuchungen oder Beschlagnahmen durchgeführt werden sollen, siehe EuG, Rs. T-125/03 und T-253/03, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> aufrufbar, Rdnr. 76 ff., (*Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission*). Sofern es sich unstreitig um durch das Anwaltsprivileg geschützte Korrespondenz handelt, ist bereits die summarische Durchsicht der Unterlagen durch Vertreter der Kommission unzulässig. Will die Kommission den Schutz des Privilegs verweigern, weil es sich nach ihrer Ansicht nicht um Verteidigungsunterlagen im Sinne des Anwaltsprivilegs handelt, so darf sie die Unterlagen trotzdem nicht lesen, sondern hat sie ebenfalls bis zu der gerichtlichen Entscheidung über die Rechtfertigung des Anspruchs in einem verschlossenen Umschlag aufzubewahren.

der Rechtsprechung wurde das europarechtliche *Legal Professional Privilege*, d.h. das europarechtliche Anwaltsprivileg, vor allem im Kartellverfahren vor der Kommission anerkannt. Am Anfang steht das Urteil *AM&S* (1.) und der Beschluss in der Rechtssache *Hilti* (2.). Diese Rechtsprechung wurde im Beschluss des Präsidenten des EuGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in der Rechtssache *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission* im Ansatz weiterentwickelt (3.). Dieser Ansatz wurde jedoch in der Hauptsache mit dem Urteil in der Rechtssache *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission* verworfen (4.).

1. Urteil des EuGH vom 18.5.1982, AM & S/Kommission, Rs. 155/79

Im Jahr 1982 hat der EuGH zum ersten Mal im Rahmen einer Nichtigkeitsklage – eingereicht von einem australischen, in England ansässigen Unternehmen – die Entscheidung der Kommission, wonach ihr Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren sei, die als „privileged documents“ zurückgehalten worden waren, für nichtig erklärt. Der EuGH hat in diesem Urteil ausgeführt, dass der Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant als notwendige Ergänzung der Rechte der Verteidigung gewährleistet sein muss. „Um die Wirksamkeit dieses Schutzes zu gewährleisten, „muss er sich *ipso iure* auf den gesamten Schriftwechsel beziehen, der nach Eröffnung des Verwaltungsverfahrens gemäß der Verordnung Nr. 17, das eine Entscheidung über die Anwendung der Art. 85 und 86 EWGV oder über die Verhängung einer Geldstrafe gegen das Unternehmen zur Folge haben kann, geführt worden ist. Es muss aber auch möglich sein, ihn auf den früheren Schriftwechsel auszudehnen, der mit dem Gegenstand dieses Verfahrens im Zusammenhang steht.“⁴³

Die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant im EG-Recht wird unter zwei Voraussetzungen geschützt. Der Schriftwechsel muss „im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt werden“. Er muss „von unabhängigen Rechtsanwälten“, d.h. von Anwälten ausgehen, „die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind.“⁴⁴ Die zweite Voraussetzung, nach der der Rechtsanwalt einen unabhängigen Status haben muss, leitet der EuGH aus „der Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege, der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt, ab. Diesem Schutz stehen auf der anderen Seite die Berufs- und Standespflichten gegenüber, die im allgemeinen Interesse von dazu ermächtigten Institutionen festgelegt und kontrolliert werden.“⁴⁵ Das EuG hat dieselbe Begründung

⁴³ EuGH, Rs. 155/79, (Fn. 2), Rdnr. 23.

⁴⁴ Ibid., Rdnr. 21; *Defalque*, (Fn. 41), S. 382.

⁴⁵ EuGH, Rs. 155/79, (Fn. 2), Rdnr. 24.

benutzt, um spanischen Beamten die Vertretungsbefugnis für nicht privilegierte Parteien im Rahmen einer Direktklage abzusprechen.⁴⁶ Das Anwaltsprivileg, insbesondere „der Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant muss ohne Unterschied allen Rechtsanwältinnen zukommen, die in einem Mitgliedstaat zugelassen sind, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat sich der Mandant aufhält.“⁴⁷ „Dieser Schutz kann nicht über die Grenzen hinaus ausgedehnt werden, die durch die Tragweite der die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs regelnden gemeinsamen Rechtsvorschriften festgelegt sind.“⁴⁸

2. Beschluss des EuG vom 4.4.1990, Hilti/Kommission, Rs. T-30/89

Eine weitere Präzisierung des Anwaltsprivilegs bzw. des juristischen Berufsgeheimnisses betraf die Übermittlung der Anlagen zu einer wettbewerbsrechtlichen Nichtigkeitsklage an einen Streithelfer im Rahmen eines anhängigen Gerichtsverfahrens vor dem Gemeinschaftsrichter. Nach Art. 40 Abs. 2 EuGH-Satzung können natürliche und juristische Personen, die ein berechtigtes Interesse am Ausgang eines beim EuGH anhängigen Rechtsstreits glaubhaft machen, im Verfahren, in denen nicht privilegierte Kläger Parteien sind, Streithilfe leisten. Nach Art. 93 § 3 der Verfahrensordnung des EuGH und Art. 116 § 2 der Verfahrensordnung des EuG werden einem Streithelfer, wenn dem Streithilfeantrag stattgegeben wird, grundsätzlich alle den Parteien zugestellten Schriftstücke übermittelt. Der Präsident des EuGH bzw. des EuG kann jedoch auf Antrag einer Partei geheime oder vertrauliche Unterlagen von der Übermittlung ausnehmen.⁴⁹

Das deutsche Unternehmen Hilti hat im Rahmen einer Nichtigkeitsklage, mit der es eine Entscheidung der Kommission nach Art. 86 EWGV angefochten hat, vor dem EuG eine vertrauliche Behandlung für Unterlagen und Urkunden bezüglich der Streithelferin beantragt.⁵⁰ Die Urkunden umfassten auch ein Schreiben, das den Schriftverkehr zwischen einem unabhängigen Rechtsanwalt und dem Mandanten nach der Eröffnung des Verwaltungsverfahrens vor der Kommission betraf. Bezüglich dieses Schreibens wurden die Kriterien des Anwaltsprivilegs als erfüllt betrachtet und das Schriftstück wurde als vertraulich im Sinne von Art. 93 der Verfahrensordnung des EuGH eingestuft.⁵¹

⁴⁶ EuG, Rs. T-357/05, (Fn. 24), Rdnr. 9.

⁴⁷ EuGH, Rs. 155/79, (Fn. 2), Rdnr. 25.

⁴⁸ Ibid., Rdnr. 26. Manche Autoren kritisieren mit Verweis auf US-amerikanische Rechtsprechung, die das *Client-Attorney Privilege* auch auf Anwälte, die nicht in den USA zugelassen sind, ausgedehnt hat, dass das EG-Recht Anwälten, die nicht in Mitgliedstaaten zugelassen sind, das Anwaltsprivileg verwehrt, so *Hartley*, (Fn. 4), S. 156.

⁴⁹ Vgl. den Unterschied zum EuG, Rs. T-30/89, Slg. 1990, II-163, Rdnr. 9 (*Hilti/Kommission*).

⁵⁰ Ibid., Rdnrn. 3 und 8.

⁵¹ Ibid., Rdnrn. 8, 13 f.

Das Anwaltsprivileg wurde dann zögernd auch auf (firmen)interne Schriftstücke und Aufzeichnungen, die eine Rechtsberatung wiedergeben, die von einem unabhängigen Rechtsanwalt erhalten wurde, ausgedehnt.⁵² „Obwohl diese Rechtsberatung nicht im Rahmen eines Schriftwechsels erhalten wurde“, ist davon auszugehen, „dass der Grundsatz des Schutzes der Mitteilungen zwischen Rechtsanwalt und Mandant nicht außer Kraft gesetzt sein kann, nur weil der Inhalt dieser Mitteilungen und dieser Rechtsberatung in firmeninternen Schriftstücken wiedergegeben war. Deshalb ist der Grundsatz des Schutzes der Mitteilungen zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Hinblick auf seinen Zweck als auch auf interne Aufzeichnungen anwendbar zu betrachten, in denen nur der Wortlaut oder der Inhalt dieser Mitteilungen wiedergegeben ist.“⁵³

3. Reform in spe – der Beschluss des Präsidenten des EuG vom 30.10.2003, Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Kommission, Rs. T-125/03 R und T-253/03 R

Im Februar 2003 nahmen Beamte der Kommission im Beisein von Vertretern der nationalen Wettbewerbsbehörde aufgrund der Entscheidung der Kommission in den Räumen der Unternehmen Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals in Großbritannien eine Nachprüfung auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17/62 vor. Während der Nachprüfung wiesen die Vertreter der Antragstellerinnen die Beamten der Kommission darauf hin, dass bestimmte Dokumente eines besonderen Aktenordners möglicherweise unter das Berufsgeheimnis für den Verkehr mit Anwälten (*Legal Professional Privilege*) fielen und deshalb der Kommission nicht zugänglich seien. Während der Prüfung der Dokumente kam es in Bezug auf fünf Dokumente zu Meinungsverschiedenheiten. Nach Anhörung der Erläuterungen zu diesen Dokumenten erklärten die Beamten der Kommission, sie seien nicht imstande, auf der Stelle endgültig zu entscheiden, ob die Dokumente dem Schutz durch das Berufsgeheimnis unterlägen. Sie fertigten daher Kopien von ihnen an und bewahrten diese in einem versiegelten Umschlag auf, den sie am Ende der Nachprüfung mitnahmen (Dokumente der Kategorie A). Bezüglich der E-Mails, die der Generaldirektor von Akcros Chemicals mit dem Koordinator für Wettbewerbsrecht von Akzo Nobel austauschte, der in den Niederlanden als Anwalt zugelassen ist und in der maßgeblichen Zeit in der Rechtsabteilung von Akzo Nobel auf Dauer angestellt war, hielt die Kommission einen Schutz durch das Berufsgeheimnis für definitiv ausgeschlossen. Sie kopierte diese und fügte sie den anderen Unterlagen hinzu, ohne sie wie die Dokumente der Kategorie A in einem versiegelten Umschlag aufzubewahren. In ihrem Antrag bezeichneten die Antragstel-

⁵² Ibid., Rdnrn. 15 ff.

⁵³ Ibid., Rdnr. 18.

lerinnen diese Dokumente als solche der Kategorie B.⁵⁴ Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals beantragten die Rückgabe dieser Dokumente der Kategorie A und B, fochten die Entscheidung der Kommission, mit der diese den Antrag auf die Rückgabe der Dokumenten abgelehnt hatte, mit der Nichtigkeitsklage an und begehrten diesbezüglich auch einstweiligen Rechtsschutz.

Können sich auch Syndikusanwälte auf das *Legal Professional Privilege* vor dem EuGH berufen, um zu verhindern, dass ihre Korrespondenz (im Auftrag des Arbeitgebers mit anderen Teilnehmern eines Kartells) beschlagnahmt wird? Der Schriftverkehr, der zwischen den Teilnehmern am Kartell und einem anderen Teilnehmer, der von einem auf Dauer angestellten Anwalt vertreten wird, unterliegt nach dem klassischen Verständnis in der EU und in den Mitgliedstaaten nicht dem Berufsgeheimnis.⁵⁵

In Anbetracht der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten seit Erlass des Urteils *AM & S/Kommission* ist nicht auszuschließen, dass sich das Berufsgeheimnis nunmehr auch auf den Schriftverkehr mit einem Anwalt erstrecken muss, der auf Dauer bei einem Unternehmen angestellt ist.⁵⁶ Die Entwicklung des Standesrechts in den Mitgliedstaaten deutet dem ersten Anschein nach darauf hin, dass die den unabhängigen Anwälten zuerkannte Funktion eines Mitgestalters der Rechtspflege, die sich als entscheidend für die Schutzwürdigkeit des Schriftwechsels mit ihnen erwiesen hat, nun in gewissem Maß auch einigen Gruppen von auf Dauer in einem Unternehmen angestellten Rechtsberatern zufallen könnte, sofern sie strengen Standes- und Berufspflichten unterliegen.⁵⁷ Es bestehen „Anzeichen dafür, dass in der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten und eventuell folglich auch in der Gemeinschaftsrechtsordnung zunehmend nicht mehr zu vermuten ist, dass das Beschäftigungsverhältnis zwischen Rechtsberater und Unternehmen grundsätzlich stets die Unabhängigkeit beeinträchtigt, derer es bedarf, um eine wirksame Mitgestalterfunktion in der Rechtspflege auszuüben, sofern für den betreffenden Unternehmensjuristen zusätzlich strenge Standesregeln gelten, nach denen er erforderlichenfalls besondere Pflichten, die seinem Status entsprechen, zu beachten hat.“⁵⁸ Diese Begründung wurde in der Lehre so interpretiert, dass das Anwaltsprivileg dem Unternehmensjuristen nicht mehr *per se* abzusprechen sei.⁵⁹

⁵⁴ EuG, Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, Slg. 2003, II-4771, Rdnrn. 1 bis 11 (*Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission*). Vgl. auch den Sitzungsbericht in den verbundenen Rs. T-125/03 und T-253/03, Rdnrn. 1 bis 17 (*Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission*).

⁵⁵ EuG, Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, (Fn. 54), Rdnrn. 119 und 121.

⁵⁶ Ibid., Rdnr. 122.

⁵⁷ Ibid., Rdnr. 125.

⁵⁸ Ibid., Rdnr. 126.

⁵⁹ *Seitz*, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung, EuZW 2004, S. 231 (232).

Die Ausführungen des Präsidenten des EuG ließen manche Theoretiker aufhorchen und glauben, dass der EuGH das Anwaltsprivileg auch auf Unternehmensjuristen bzw. Syndikusanwälte ausweiten wird.⁶⁰ In der Tat hat der Präsident des EuG eine äußerst gewagte Auslegung des Berufsgeheimnisses vorgenommen. Es darf jedoch auf keinen Fall vergessen werden, dass diese gewagte Auslegung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes stattfand. Es handelte sich um eine Überprüfung des *fumus boni iuris* eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz, d.h. um eine summarische Überprüfung der Erfolgsaussicht der Klage zur Hauptsache durch den Einzelrichter, die ohne vertiefte Würdigung ergeht und keine Vorwegnahme der Hauptsache zur Folge haben darf, und nicht um eine vertiefte Würdigung der Begründetheit der Hauptsache selbst durch eine Kammer des EuG. Aus diesem Grund konnte der Präsident des EuG in seinen Überlegungen im Beschluss zum einstweiligen Rechtsschutz weiter gehen als später das EuG im Urteil in der Hauptsache.

Der Beschluss des Präsidenten des EuG *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals / Kommission* wurde vom Präsidenten des EuGH aufgehoben, weil „die Möglichkeit einer rechtswidrigen Verwendung der Schriftstücke der Kategorie A in einem von der Kommission durchgeführten Verfahren wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft nur theoretischen Charakter hatte und jedenfalls wenig wahrscheinlich war.“⁶¹ Aus diesem Grund war die Voraussetzung der Dringlichkeit, die die Grundlage des einstweiligen Rechtsschutzes darstellt, nicht erfüllt.⁶²

4. Urteil des EuG vom 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission, Rs. T-125/03 und T-253/03⁶³

In diesem Urteil hat das EuG neben der hier besprochenen Problematik der Ausweitung des Berufsgeheimnisses auf in Unternehmen angestellte Syndikusanwälte auch präzisiert, dass unter gewissen Umständen, die restriktiv auszulegen sind, firmeninterne Notizen und Dokumente, die ausschließlich und *prima facie* unzweifelhaft für den Zweck der juristischen Beratung durch unabhängige Rechtsanwälte zur Verteidigung des Unternehmens vorbereitet worden sind, unter den Schutz des *Legal Professional Privilege* fallen.⁶⁴

⁶⁰ Vgl. *Denruyter*, (Fn. 3), S. 751 ff.; *Murphy*, CFI Signals possible Extension of Professional Privilege to In-house Lawyers, *European Competition Law Review*, 2004, S. 447 ff.

⁶¹ EuGH, Rs. C-7/04 P(R), Slg. 2004, I-8739, Rdnr. 40 (*Kommission/Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals*).

⁶² *Ibid.*, Rdnr. 41.

⁶³ Im Zeitpunkt der Vorbereitung dieser Abhandlung lag die deutsche Fassung des Urteils in dieser Rechtssache noch nicht vor; aus diesem Grund wurde die englische Fassung eingefügt.

⁶⁴ EuG, Rs. T-125/03 und T-253/03, (Fn. 42), Rdnr. 117 ff., vor allem Rdnr. 122.

Bemerkenswert ist die vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik der Syndikusanwälte bzw. in Unternehmen angestellten Anwälte. Das EuG stellte unter Verweis auf das Urteil in der Rechtssache *AM&Y/Kommission* fest:

*„the Court defined the concept of independent lawyer in negative terms in that it stipulated that such a lawyer should not be bound to his client by a relationship of employment, rather than positively, on the basis of membership of a Bar or Law Society or being subject to professional discipline and ethics. The Court thus laid down the test of legal advice provided ‘in full independence’, which it identifies as that provided by a lawyer who, structurally, hierarchically and functionally, is a third party in relation to the undertaking receiving that advice“.*⁶⁵

Laut dem EuG ist die Lage der Syndikusanwälte nicht mit der Lage der unabhängigen Anwälte vergleichbar *„owing, in particular, to the functional, structural and hierarchical integration of in-house lawyers within the companies that employ them“*.⁶⁶ In particular, first, a comparative examination of laws shows that a large number of Member States still exclude in-house lawyers from protection under Legal Professional Privilege. In fact, in a number of countries, to be a lawyer employed by a person who is not a lawyer in private practice is incompatible with the status of ‘avocat’. Moreover, even in countries which do permit this possibility, the fact that in-house lawyers are admitted to a Bar or Law Society and are subject to professional ethical rules does not always mean that communications with such persons are protected under Legal Professional Privilege.⁶⁷

Somit hat das EuG den deutschen Bedenken, die in der vertraglichen Bindung des Syndikusanwalts durch den Dienstvertrag keine Begründung des Abhängigkeitsverhältnisses bzw. der Störung der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts sahen, ein Ende gesetzt.⁶⁸ Von deutschen Juristen wurde diese Entscheidung kritisiert, denn „Syndikusanwälte könnten dadurch ihre Unternehmensleitung nicht schriftlich über ihre Bedenken zu kartellrechtswidrigen Geschäftspraktiken unterrichten, ohne befürchten zu müssen, Behörden Beweismaterial zu liefern. Risikolos könne dies nur geschehen, wenn auf geschützte Korrespondenz mit externen Beratern Bezug genommen wird.“⁶⁹

Der Schriftverkehr zwischen dem niederländischen Syndikusanwalt und den anderen Beteiligten am Kartell wird zwar nach nationalem Recht wegen des niederländischen Anwaltsprivilegs geschützt, kann aber wegen der einheitlichen Anwendung des autonomen gemeinschaftsrechtlichen Anwaltsprivilegs nicht im gemeinschaftsrechtlichen Verfahren gelten. *„The argument of the applicants and the interve-*

⁶⁵ Ibid., Rdnr. 168.

⁶⁶ Ibid., Rdnr. 174.

⁶⁷ Ibid., Rdnr. 175.

⁶⁸ Vgl. *Seitz*, (Fn. 59), S. 234.

⁶⁹ Vgl. *Budras*, Kein Anwaltsprivileg für Unternehmensjuristen, FAZ vom 19.9.2007, Nr. 218, S. 23.

ners is at odds both with the development of that Community concept and with the uniform application of the Commission's powers in the common market and must therefore be rejected".⁷⁰ Aus diesem Grund sind alle Bedenken, die in Deutschland die Begründung ausschließlich in der BRAO finden, nicht auf das Gebiet des Europarechts übertragbar, denn die BRAO betrifft nur das deutsche Recht und nicht die Rechtsgrundsätze aller 27 Mitgliedstaaten. Das europarechtliche Anwaltsprivileg stellt eine eigenständige europäische Lösung dar.⁷¹ In den Genuss des europarechtlichen Anwaltsprivilegs kommen nach wie vor nur unabhängige, in den Mitgliedstaaten zugelassene Rechtsanwälte.

IV. Das Anwaltsprivileg im Allgemeinen – Urteil des EuGH vom 26.6.2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, Rs. C-305/05

Das Anwaltsprivileg wird *ratione materiae*, vom Bereich des Wettbewerbsrechts abgesehen, im Allgemeinen sehr eng ausgelegt.

1. Vorlageurteil des belgischen Verfassungsgerichts Nr. 126/2005

Verschiedene belgische Anwaltskammern⁷² haben gegen das belgische Gesetz, mit dem die Richtlinie 2001/97/EG vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG⁷³ des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche in das belgische Recht umgesetzt wurde,⁷⁴ Nichtigkeitsklage vor dem Schiedshof, dem belgischen Verfassungsgericht, erhoben.⁷⁵

⁷⁰ EuG, Rs. T-125/03 und T-253/03, (Fn. 42), Rdnr. 176.

⁷¹ *Kehl*, (Fn. 4), S. 120.

⁷² Belgisches Verfassungsgericht, Nr. 126/2005, unter www.arbitrage.be auch auf deutsch aufrufbar.

⁷³ Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. EG Nr. L 166 vom 28.6.1991, S. 77 ff.

⁷⁴ Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.12.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche – Erklärung der Kommission, ABl. EG Nr. L 344 vom 28.12.2001, S. 76 ff. Vgl. Belgisches Verfassungsgericht, Nr. 126/2005, (Fn. 72), Rdnr. B.8. In Deutschland wurde diese Richtlinie durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz (GWG) umgesetzt. Für die Rechtslage in Deutschland vgl. *Michalke*, Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 26.6.2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, EuZW 2007, S. 475 f.; für die Analyse dieser Richtlinie siehe *Zeder*, Ausweitung der EG-Geldwäsche-Richtlinie: Konflikt zwischen Verbrechensvorbeugung und Berufsgeheimnis, *Liechtensteinische Juristen-Zeitung*, 23 (2002), S. 86 ff.

Mit der Richtlinie 2001/97 wurde in die Richtlinie 91/308 ein Art. 2a eingefügt, der *ratione materiae* vorsieht, dass Rechtsanwälten, Notaren und anderen selbständigen Angehörigen von Rechtsberufen im Falle der Erlangung von Informationen bei Leistungen, die nicht im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens oder im Rahmen von dessen Vorbereitung, erbracht werden, die Verpflichtung zur Mitarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden obliegt. Nach der oben genannten Richtlinie müssen auch Notare und andere selbstständige Angehörige von Rechtsberufen, d.h. auch Anwälte, im Rahmen der Vermögensverwaltung Verpflichtungen zur Feststellung der Identität des Kunden, zur Aufbewahrung von Aufzeichnungen, zur Meldung verdächtiger Transaktionen, zur Unterrichtung von Behörden von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, nachkommen. Außerdem sind sie auch zur Erteilung erforderlicher Auskünfte über Mandanten auf Verlangen von Behörden verpflichtet. Von der Richtlinie erfasst werden die Planung oder Durchführung von Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben, Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten für Mandanten, Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten, Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel, Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften und Finanz- oder Immobilientransaktionen im Namen und für die Rechnung des Mandanten (treuhänderische Tätigkeiten).⁷⁶

Es ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 der durch die Richtlinie 2001/97 novellierten Richtlinie 91/308 Mitgliedstaaten dann nicht verpflichtet sind, die oben genannten Verpflichtungen auf Rechtsanwälte anzuwenden, „wenn es sich um Informationen handelt, die diese von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten oder erlangen oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter dieses Klienten in einem Gerichtsverfahren oder betreffend ein solches, einschließlich einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens, vor oder nach einem derartigen Verfahren bzw. während eines derartigen Verfahrens erhalten oder erlangen.“⁷⁷ Die durch die Richtlinie 2001/97 novellierte Richtlinie 91/308

⁷⁵ Die Nichtigkeitsklage vor dem belgischen Verfassungsgericht kann entweder mit der abstrakten Normenkontrolle oder der Gesetzesverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG verglichen werden. Siehe auch das belgische Sondergesetz vom 6.1.1989 über den Schiedshof. Nach Art. 1 Abs. 1 dieses Gesetzes befindet der Verfassungsgerichtshof durch Urteil über Klagen auf völlige oder teilweise Nichtigerklärung eines Gesetzes, eines Dekrets oder einer in Art. 134 der belgischen Verfassung erwähnten Regel wegen Verletzung der Regeln, die durch die Verfassung oder aufgrund der Verfassung für die Bestimmung der jeweiligen Zuständigkeiten des Staates, der Gemeinschaften und der Regionen festgelegt sind, oder der Artikel von Titel II „Die Belgier und ihre Rechte“ und der Art. 170, 172 und 191 der belgischen Verfassung, vgl. <http://www.arbitrage.be/>.

⁷⁶ Zeder, (Fn. 74), S. 96.

⁷⁷ Vgl. auch die Begründungserwägung Nr. 17 der Richtlinie 2001/97.

wurde aufgehoben und durch die Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung ersetzt, die ihrerseits noch weiter in das schon „angekratzte“ Berufsgeheimnis der Anwälte eingreift.

Die klagenden Anwaltskammern sahen durch diese den Rechtsanwälten durch die Richtlinie auferlegten Verpflichtungen die Grundsätze des Berufsgeheimnisses und der anwaltlichen Unabhängigkeit auf ungerechtfertigte Weise verletzt, wobei sie insbesondere geltend machten, dass diese beiden Grundsätze einen Bestandteil des Grundrechtes jedes Rechtsunterworfenen auf ein faires Verfahren und die Beachtung seiner Verteidigungsrechte seien, so dass gegen Art. 6 EMRK, gegen allgemeine Rechtsgrundsätze in Bezug auf die Rechte der Verteidigung, die in Art. 6 Abs. 2 EUV und mit den Art. 47 und 48 der Grundrechtecharta kodifiziert sind, verstoßen wurde.⁷⁸

Das belgische Verfassungsgericht hat seine Zuständigkeit zur Überprüfung der Frage der Grundrechtskonformität der Richtlinie 2001/97 verneint und sah sich „nicht befugt, sich zur Vereinbarkeit der oben genannten Richtlinie mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechte der Verteidigung, so wie er für den europäischen Gesetzgeber aufgrund des Art. 6 Abs. 2 EUV gilt, zu äußern.“⁷⁹ Aus diesem Grund hat der belgische Schiedshof dem EuGH eine Frage über die Gültigkeit der Richtlinie 2001/97 nach Art. 234 EGV vorgelegt.

2. Schlussanträge des Generalanwalts Maduro

Generalanwalt *Maduro* hat in seinen Schlussanträgen dem EuGH vorgeschlagen, bezüglich der Vorlagefrage zu entscheiden, dass Art. 2a Nr. 5 und Art. 6 der Richtlinie 91/308 nur gültig sind, soweit sie dahin gehend ausgelegt werden, dass von jeder Meldepflicht die Informationen freizustellen sind, die vor oder nach einem Gerichtsverfahren, während eines solchen Verfahrens oder bei einer Rechtsberatung erlangt werden.

Generalanwalt *Maduro* geht davon aus, dass das Berufsgeheimnis des Anwalts sowohl in Art. 6 als auch in Art. 8 EMRK geschützt ist.⁸⁰ Er weist ferner darauf hin, dass „für die Theorie die Entscheidung für eine dieser Rechtsgrundlagen nicht gleichgültig ist. Denn je nach Verknüpfung des Schutzes des Berufsgeheimnisses mit dem einen oder dem anderen dieser Rechte kann der Umfang des Schutzes

⁷⁸ Belgisches Verfassungsgericht, Nr. 126/2005, (Fn. 72), Rdnr. B.5 und EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Rdnr. 12.

⁷⁹ Belgisches Verfassungsgericht, Nr. 126/2005, (Fn. 72), Rdnr. B.10.

⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Nr. 41.

variieren.“⁸¹ Grundet man das Berufsgeheimnis auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK, so wird sein Geltungsbereich implizit auf das – gerichtliche oder quasigerichtliche – Streitverfahren beschränkt. Entscheidet man sich dagegen für das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK, bedeutet dies von vornherein, dass sich der Schutz auf alle vertraulichen Mitteilungen des Mandanten an den Berufsangehörigen erstreckt, unabhängig vom Rahmen, in dem die Beziehungen stehen.⁸² Eine Entscheidung, für die eine oder andere Rechtsgrundlage scheint dem GA jedoch nicht sachdienlich. Geht man von der zweifachen Grundlage aus, hat dies vielmehr den Vorteil, dass der Grundsatz des Schutzes des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zwei Seiten aufweist: Eine verfahrensrechtliche Seite, die dem Grundrecht auf ein faires Verfahren entnommen ist, und eine materiell-rechtliche Seite, die aus dem Grundrecht auf Achtung des Privatlebens abgeleitet wird.⁸³

Der Generalanwalt vertrat die Auffassung, dass „sich der Grundsatz des Berufsgeheimnisses auf die Rechtsberatung erstreckt“. „Ob Vertreter oder Verteidiger, wesentliche Aufgabe eines jeden Anwalts ist auch der Beistand und die Beratung. Dadurch garantiert der Anwalt nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern auch den Zugang zum Recht. Die Möglichkeit eines jeden Bürgers, sich unabhängigen Rat einholen zu können, um sich Kenntnis zu verschaffen von dem für ihn in seiner speziellen Lage maßgeblichen rechtlichen Rahmen, ist eine wesentliche Garantie des Rechtsstaats. Unter diesen Umständen ist der Vertrauenspakt, den der Geheimnisschutz gewährleistet, auf den Rahmen des Beistands- und Beratungsverhältnisses auszudehnen.“⁸⁴ Der verstärkte Schutz, der dem anwaltlichen Berufsgeheimnis zugute kommt, hat sich auch auf die Tätigkeit der Vertretung, der Verteidigung, des Beistands und der Beratung in rechtlichen Dingen zu erstrecken. Einem Anwalt in diesem Tätigkeitsbereich darf „eine mit der Geldwäschebekämpfung zusammenhängende Unterrichtungspflicht nicht auferlegt werden. Jeder Eingriff dieser Art ist als ein Eingriff in den Wesensgehalt der von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Rechte anzusehen“.⁸⁵

⁸¹ Ibid., Nr. 43.

⁸² Ibid., Nr. 43.

⁸³ Ibid., Nr. 44. Vgl. auch die Feststellung des Lord *Scott* in der Rs. *Three Rivers District Council*, (Fn. 11), Nr. 26. „Legal advice privilege gives the person entitled to it the right to decline, to disclose or to allow to be disclosed the confidential communication or document in question. There has been some debate as to whether this right is a procedural right or a substantive right. In my respectful opinion the debate is sterile. Legal advice privilege is both. It may be used in legal proceedings to justify the refusal to answer certain questions or to produce for inspection certain documents. Its characterisation as procedural or substantive neither adds to nor detracts from its features.“

⁸⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Nr. 60.

⁸⁵ Ibid., Nr. 62.

3. Urteil des EuGH – einschränkende Auslegung des Anwaltsgeheimnisses

Zwar bezieht sich die Vorlagefrage des belgischen Verfassungsgerichts explizit nur auf eine Auslegung des Anwaltsprivilegs unter Berücksichtigung des Art. 6 EMRK, da in ihr die Frage der Vereinbarkeit der Richtlinie 2001/97 mit dem Recht auf ein faires Verfahren aufgeworfen wird. In den Urteilen *S/Schweiz* und *Niemietz/Deutschland* hat der EGMR Verletzungen des Anwaltsprivilegs unter Verletzungen des Fair-Trial-Grundsatzes nach Art. 6 EMRK subsumiert.⁸⁶ Die Vorlagefrage ist jedoch so formuliert, dass sie ohne weiteres die Berücksichtigung des Art. 8 bzw. des Art. 10 EMRK in seinem Aspekt der negativen Meinungsfreiheit, ermöglicht, da in ihr auch auf Art. 6 Abs. 2 EUV verwiesen wird. Artikel 8 und 10 EMRK gehören zu den Grundsätzen, die Art. 6 Abs. 2 EUV schützt. Es darf nicht vergessen werden, dass der EGMR das Anwaltsprivileg im Urteil *Foxley/Großbritannien* unter Art. 8 EMRK subsumiert hat,⁸⁷ weshalb eine Prüfung im Hinblick auf Art. 8 EMRK wünschenswert erscheint.

Obleich auch Generalanwalt *Maduro* die Prüfung des Art. 8 EMRK vorgeschlagen hatte,⁸⁸ wurde vom EuGH jedoch nur geprüft, „ob die Verpflichtung eines Rechtsanwalts, der in Ausübung seines Berufs tätig ist, mit den für die Bekämpfung der Geldwäsche im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 91/308 zuständigen Behörden zusammenzuarbeiten und sie von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, zu unterrichten, angesichts der Beschränkungen dieser Verpflichtung in den Art. 2a Nr. 5 und 6 Abs. 3 der genannten Richtlinie einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren darstellt, wie es von Art. 6 EMRK und Art. 6 Abs. 2 EUV garantiert wird.“⁸⁹

Der EuGH ging davon aus, dass das Anwaltsprivileg nur ein Element des Fair-Trial-Grundsatzes nach Art. 6 EMRK ist.⁹⁰ Dadurch, dass nur Art. 6 EMRK als die *praemissa maior* des Syllogismus gewählt wurde, wurden bereits die Weichen für die Bestimmung der Umstände und Voraussetzungen, unter denen das anwaltliche Berufsgeheimnis nicht eingeschränkt werden darf, gestellt. Artikel 6 EMRK enthält verfahrensrechtliche Grundrechte; aus diesem Grund kann es nicht außerhalb eines Verfahrens bestehen. „Wäre ein Rechtsanwalt im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder im Rahmen von dessen Vorbereitung verpflichtet, mit den öffentlichen Stellen zusammenzuarbeiten und ihnen Informationen zu übermitteln, die er anlässlich einer Rechtsberatung erlangt hat, die im Rahmen eines solchen

⁸⁶ EGMR, 12629/87 und 13965/88 Series A no. 220 (1991), Nr. 46 ff. (*S/Schweiz*) und EGMR, 13710/88 Series A no. A 251-B (1992), Nr. 37 (*Niemietz/Deutschland*).

⁸⁷ EGMR 33274/96, auf <http://www.echr.coe.int/echr/> aufrufbar, Nr. 27 ff. (*Foxley/Großbritannien*).

⁸⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Nr. 42.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Rdnr. 26.

⁹⁰ *Ibid.*, Rdnr. 31.

Verfahrens stattfand, könnte er seinen Aufgaben bei der Beratung, der Verteidigung und der Vertretung seines Mandanten nicht in angemessener Weise gerecht werden, so dass dem Mandanten die ihm durch Art. 6 EMRK gewährten Rechte genommen wären.“⁹¹ „Nach Art. 2a Nr. 5 der Richtlinie 91/308 gelten die Pflichten zur Information und zur Zusammenarbeit für Rechtsanwälte nur insoweit, als sie ihren Mandanten bei der Planung oder Durchführung bestimmter Transaktionen, die im Wesentlichen finanzieller Art sind oder Immobilien betreffen, unterstützen oder im Namen und für Rechnung ihres Mandanten Finanz- oder Immobilientransaktionen erledigen. Diese Tätigkeiten finden im Allgemeinen schon aufgrund ihrer Art in einem Kontext, der keine Verbindung zu einem Gerichtsverfahren hat, und somit außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechts auf ein faires Verfahren statt.“⁹² „Sobald ein Rechtsanwalt, der im Rahmen einer in Art. 2a Nr. 5 der Richtlinie 91/308 genannten Transaktion tätig geworden ist, um Beistand im Zusammenhang mit der Verteidigung, der Vertretung vor Gericht oder einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Gerichtsverfahrens ersucht wird, ist er von den Meldepflichten befreit, ganz gleich, ob er die Informationen vor, während oder nach dem Verfahren erlangt hat. Eine solche Befreiung wahrt das Recht des Mandanten auf ein faires Verfahren.“⁹³

Man kann dem EuGH zwar nicht vorwerfen, er habe einen unangemessenen *judicial restraint* ausgeübt, jedoch blieb der nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts *Maduro* folgende Ansatz des EuGH nicht unkommentiert,⁹⁴ und es wurde gemutmaßt, dass der EuGH möglicherweise die Richtlinie 91/308 retten wollte.⁹⁵ Die gesamte Problematik des Anwaltsprivilegs wurde schon vom EGMR in der Rechtssache *Kopp/Schweiz* aufgegriffen, in der bezüglich der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs eines Anwalts nach Art. 66 des Schweizer Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, der als Dritter an einem Strafverfahren beteiligt ist und nicht Beschuldigter ist, festgestellt wurde:

“However, the Court discerns a contradiction between the clear text of legislation which protects legal professional privilege when a lawyer is being monitored as a third party and the practice followed in the present case. Even though the case-law has established the principle, which is moreover generally accepted, that legal professional privilege covers only the relationship between a lawyer and his clients, the law does not clearly state how, under what conditions and by whom the distinction is to be drawn

⁹¹ Ibid., Rdnr. 32.

⁹² Ibid., Rdnr. 33.

⁹³ Ibid., Rdnr. 34.

⁹⁴ *Denys*, (Fn. 4), S. 13.

⁹⁵ *Vatier*, L'inclusion des avocats dans la directive blanchiment (À propos de l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2007), *Gazette du Palais* 2007 n° 187-188, S. 4 (5 f.).

between matters specifically connected with a lawyer's work under instructions from a party to proceedings and those relating to activity other than that of counsel."⁹⁶

Der EuGH schloss sich den Ausführungen des EGMR an, der in seinen Urteilen wiederholt davon ausgeht, dass „*the special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. Such a position explains the usual restrictions on the conduct of members of the Bar,*“⁹⁷ und folgt dem traditionellen Schema der Teilung der Anwaltstätigkeit zwischen der außerprozessualen Tätigkeit, der Vertretung und Rechtsberatung des Mandanten im Geschäftsleben und Handelsverkehr, z.B. Kauf und Verkauf von Immobilien und Wertpapieren, und der prozessualen Tätigkeit als Verteidiger, Bevollmächtigter oder Vertreter in einem Gerichtsverfahren oder in Verbindung mit einem Gerichtsverfahren. In Folge dieser Aufteilung der anwaltlichen Tätigkeit gilt das Anwaltsprivileg nur für die prozessuale Tätigkeiten des Anwalts als Verteidiger, Bevollmächtigter oder Vertreter in einem Gerichtsverfahren oder in Verbindung mit einem Gerichtsverfahren,⁹⁸ wobei der Begriff des Gerichtsverfahrens nicht gemeinschaftsrechtlich definiert ist. Das Gerichtsverfahren muss als ein autonomer Begriff des EG-Rechts verstanden werden und sollte das Verfahren vor allen Instanzen und Behörden umfassen, die nach Art. 234 vorlageberechtigt sind.⁹⁹ Diese Zweiteilung des Anwaltsberufs wurde in der Lehre heftig kritisiert, da es unmöglich ist, eine genaue Grenze zwischen beiden Tätigkeitsfeldern zu ziehen.¹⁰⁰ Teilweise wurden sogar Vorschläge unterbreitet, der Anwalt solle, um in den Genuss des Anwaltsprivilegs zu kommen, nach jeder diesbezüglich sensiblen Beratung einen Rechtsbehelf vor dem zuständigen Gericht einlegen, da dann Art. 6 EMRK zur Anwendung komme.¹⁰¹ Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob diese Teilung noch zeitgemäß ist? Nicht ersichtlich ist, warum ein einziger Lebensvorgang, der eine wirtschaftliche und tatsächliche Einheit bildet, zweierlei Maß-

⁹⁶ EGMR, 13/1997/797/1000 Reports-II, 524 (1998), Nr. 73 (*Kopp/Schweiz*).

⁹⁷ EGMR, 56/1997/840/1046, Reports 1998-III, 1042 (1998), Nr. 29 (*Schöpfer/Schweiz*), im dem auf EGMR, Series A no 285-A (1994), Nr. 54 (*Casado Coca/Spanien*), verwiesen wird.

⁹⁸ Vgl. Cour de Cassation (Frankreich), Crim. 30.9.1991, zitiert nach *Baudesson/Rosher*, (Fn. 1), S. 40 „*Dès lors que l'audition en cause d'un avocat comme témoin concerne une activité de rédaction d'acte ou de négociateur, et non l'exercice des droits de la défense, la chambre d'accusation a justifié sa décision d'écarter la violation du secret professionnel [...]*“.

⁹⁹ *Zeder*, (Fn. 74), S. 97.

¹⁰⁰ Vgl. *Vatier*, (Fn. 95), S. 4 ff.; *Cachard*, Précisions sur les activités donnant lieu à déclaration de soupçons par les avocats, JCP/La semaine juridique – édition générale 2007, Eintrag II 10137, S. 31 (33), der über „*une certaine résignation face à l'idéologie de la transparence*“ spricht und *De Caemel/Depuydt*, (Fn. 2), S. 29 f.

¹⁰¹ *Lambert*, Chronique de jurisprudence communautaire – Droits fondamentaux – La directive „blanchiment“ confrontée au droit à un procès équitable – Arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, L'actualité juridique: droit administratif, November 2007, noch nicht veröffentlicht.

stäben unterzogen wird. In der Praxis ist es äußerst schwer, bei der Tätigkeit eines Juristen zwischen der Zeit, in der dieser als Berater, und der Zeit, in der er als Vertreter tätig ist, zu unterscheiden.¹⁰²

Generalanwalt Léger hat in der Rechtssache *Wouters* festgestellt, dass „die Unabhängigkeit voraussetzt, dass der Rechtsanwalt seine Beratungs-, Beistands- und Vertretungstätigkeit im ausschließlichen Interesse seines Mandanten ausüben kann. Sie wirkt gegenüber der öffentlichen Gewalt, anderen Wirtschaftsteilnehmern und Dritten, von denen sich der Rechtsanwalt unter keinen Umständen beeinflussen lassen darf. Sie wirkt auch gegenüber dem Mandanten, der nicht zum Arbeitgeber seines Rechtsanwalts werden darf. Die Unabhängigkeit stellt eine wesentliche Garantie für den Bürger und für die Rechtsprechungsgewalt dar; der Rechtsanwalt hat daher die Pflicht, sich nicht an Geschäften oder gemeinsamen Vorhaben zu beteiligen, durch die seine Unabhängigkeit gefährdet werden könnte.“¹⁰³ Diese Stellungnahme spricht nicht von der Unabhängigkeit im Rahmen der Vorbereitung eines Verfahrens bzw. Durchführung eines Verfahrens, wobei nicht auszuschließen ist, dass das Berufsgeheimnis unter bestimmten konkreten Umständen gegenüber den Erfordernissen eines überwiegenden Allgemeininteresses zurücktritt.¹⁰⁴ Sinn und Zweck des Anwaltsprivilegs ist, die Vertraulichkeit der erteilten Rechtsberatung zu schützen. Der EuGH hätte die Meldepflicht der Anwälte mit dem Hinweis auf die Unvereinbarkeit ihrer Unabhängigkeit mit der Beteiligung bei der Geldwäsche, d.h. Mittäterschaft bei Verübung einer Straftat, durch die die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet werden könnte, begründen können. Eine solche Begründung hätte den rechtstheoretischen Vorteil, dass das Anwaltsprivileg als Rechtsinstitut unangetastet bleibt, die Beteiligung an der Geldwäsche jedoch als eine Art *venire contra factum proprium* bzw. als sogenanntes *crime and fraud exception* die Verwirkung des Anwaltsprivilegs wegen des Rechtsmissbrauchs mit sich brächte, denn ein Anwalt, der sich als Mittäter bei der Geldwäsche beteiligt, ist kein Anwalt mehr.¹⁰⁵

Man könnte aber, um eine Durchbrechung des Anwaltsprivilegs zu rechtfertigen, auch die doppelte Natur des Anwaltsprivilegs berücksichtigen. Dieses besteht näm-

¹⁰² Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Nr. 61. Vgl. auch *Zeder*, (Fn. 74), S. 97.

¹⁰³ Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* in EuGH, C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rdnr. 181 (*Wouters*). Auch der EuGH ist diesem Gedanken gefolgt und hat festgestellt, dass sich der Rechtsanwalt „in einer Position der Unabhängigkeit gegenüber staatlichen Stellen, anderen Wirtschaftsteilnehmern und Dritten befindet, von denen er sich zu keiner Zeit beeinflussen lassen darf. Er muss insoweit die Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die er in einer Angelegenheit vornimmt, ausschließlich vom Interesse seines Mandanten bestimmt sind“, EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1653, Rdnr. 102 (*Wouters*).

¹⁰⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* in EuGH, Rs. C-305/05, (Fn. 3), Nr. 47.

¹⁰⁵ *Vatier*, (Fn. 95), S. 6 und *Kehl*, (Fn. 4), S. 143. Eine solche Sichtweise ist auch der Begründungserwägung Nr. 17 der Richtlinie 2001/97 zu entnehmen.

lich aus zwei Teilen. Der erste Teil betrifft das Berufsgeheimnis des Anwalts gegenüber dem Mandanten und der zweite Teil das Recht auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses gegenüber den Behörden und anderen Hoheitsträgern in Bezug auf den Mandanten.¹⁰⁶ Hier kann behauptet werden, das Anwaltsprivileg nähere sich der negativen Meinungsfreiheit an, wie sie in Art. 10 EMRK auch im EG-Recht anerkannt ist.¹⁰⁷ Von einer vorherigen impliziten Zustimmung des Mandanten zur eventuellen Meldepflicht des Anwalts gegenüber den Behörden auszugehen, erscheint unangebracht. Man wird daher vielmehr wohl annehmen müssen, dass in der EU das anwaltliche Berufsgeheimnis gegenüber den Behörden und anderen Hoheitsträgern in Bezug auf den Mandanten bei außergerichtlichen Tätigkeiten nicht mehr besteht.

Rechtsvergleichend zu der Rechtssache *Ordre des barreaux francophones et germanophone* kann zum einen auf den Beschluss des ersten Senats des BVerfG vom 13. Juni 2007¹⁰⁸ und zum anderen auf die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz des kanadischen Supreme Court of British Columbia vom 20. November 2001¹⁰⁹ verwiesen werden, die sich beide auch mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis und der Gefahr der Geldwäsche befassen.

Das BVerfG sah im Beschluss vom 13. Juni 2007 keine verfassungsrechtliche Bedenken betreffend ähnlicher Melde- und Informationsverpflichtungen der in Deutschland ansässigen Banken bezüglich bestimmter Stammdaten, die auch die anwaltliche treuhänderische Verwaltung von Mandantengeldern betreffen und die mittelbar auch zum Zwecke internationaler Rechtshilfe sowie den ansonsten für die Strafverfolgung zuständigen Behörden und Gerichten weitergeleitet werden.¹¹⁰ Die betreffenden Vorschriften nach dem Beschluss des BVerfG verletzen weder die Berufsfreiheit der Rechtsanwälte noch das Vertrauensverhältnis des Rechtsanwalts zu seinen Mandanten. Dabei könnte offen bleiben, ob die treuhänderische Verwaltung von Mandantengeldern überhaupt zu den verfassungsrechtlich besonders geschützten anwaltlichen Tätigkeiten gehört und ihre Offenlegung dementsprechend an der Berufsfreiheit zu messen ist.¹¹¹ Das BVerfG hat, ähnlich wie der EuGH, den Anwendungsbereich des Anwaltsprivilegs *ratione materiae* so definiert, dass die treuhänderische Verwaltung von Mandantengeldern nicht notwendigerweise unter das Berufsgeheimnis fällt.

¹⁰⁶ *De Caebel/Depuydt*, (Fn. 2), S. 37.

¹⁰⁷ Vgl. *Kehl*, (Fn. 4), S. 133.

¹⁰⁸ BVerfG, 1 BvR 1550/03, (Fn. 7), Nr. 162 ff.

¹⁰⁹ Supreme Court of British Columbia, *The Law Society of B.C. v. A.G. Canada; Federation of Law Societies v. A.G. Canada* 2001 BCSC 1593, <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/01/15/2001BCSC1593.htm> (27.11.2007).

¹¹⁰ § 24c Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KWG.

¹¹¹ BVerfG, 1 BvR 1550/03, (Fn. 7), 162 ff.

Andererseits ist schon *prima facie* nicht zu verkennen, dass die heimliche Anzeige auf einen bloßen Verdacht hin nicht mit dem Anwaltsprivileg vereinbar ist. Denn der Rechtsanwalt wird, auch wenn er mit finanziellen Transaktionen betraut wird, als Träger einer Vertrauensbefugnis tätig. Schweigepflicht und Vertrauensverhältnis unterscheiden nicht zwischen der Beratung des Mandanten im Handelsverkehr und in einem gerichtlichen Verfahren.¹¹² Aus diesen Überlegungen heraus stellte der Supreme Court of British Columbia im Rahmen einer einstweiligen Anordnung im kanadischen *judicial review* bezüglich ähnlicher kanadischer Gesetzgebung über die Geldwäsche,¹¹³ die Anwälten ähnliche Meldepflichten bei Verdacht der Geldwäsche auferlegt wie Art. 2a der novellierten Richtlinie 91/308, bei der Beurteilung von *fumus boni iuris*¹¹⁴ fest, dass

*„the solicitor-client relationship is a unique one, not comparable to the other professions and entities covered by the Act and Regulations. The principles of fundamental justice that are said to be threatened by this legislation include the independence of the bar, solicitor-client confidentiality, and the duty of loyalty owed by lawyers to their clients.“*¹¹⁵

Bei der Beurteilung der Dringlichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung hat der Supreme Court of British Columbia festgestellt:

*„It is clear that if interlocutory relief is not granted, lawyers will be compelled to report information relating to „suspicious transactions“ to the Centre for months, or perhaps years, while the constitutional challenge proceeds through the hearing of the petitions and the inevitable appeals. Should the legislation ultimately be read down to exempt lawyers, irreparable harm will have been done. Information will have been collected and reported unconstitutionally. The public's confidence in an independent bar will have been shaken and the lawyer-client relationship irrevocably damaged.“*¹¹⁶

¹¹² Michalke, (Fn. 72), S. 476.

¹¹³ Es handelt sich um das kanadische Geldwäschegesetz (Proceeds of Crime (Money Laundering) Act, S.C. 2000, c. 17) und Durchführungsverordnungen zum kanadischen Geldwäschegesetz, nach denen Anwälte (*Solicitor, Barister* im Englisch sprechenden Kanada und *Avocat* in Québec) und Notare in Québec bei der Verwaltung von Mandantengeldern, Wertpapieren und Kauf bzw. Verkauf von Immobilien bei Verdacht auf Geldwäsche die Mandanten den zuständigen kanadischen Behörden melden müssen. Siehe für die genaue Rechtslage die Entscheidung Supreme Court of British Columbia, *The Law Society of B.C. v. A.G. Canada; Federation of Law Societies v. A.G. Canada*, (Fn. 109), Nr. 5 bis 20. Später wurde die kanadische Gesetzgebung so geändert, dass rechtsberatende Berufe keine Meldepflicht mehr trifft, vgl. canadagazette.gc.ca/partII/2003/20030325-x/pdf/g2-137x2.pdf (27.11.2007).

¹¹⁴ Supreme Court of British Columbia, *The Law Society of B.C. v. A.G. Canada; Federation of Law Societies v. A.G. Canada*, (Fn. 109), Nr. 78, aus der eindeutig hervorgeht, dass es sich um eine summarische, für den einstweiligen Rechtsschutz typische auf der Wahrscheinlichkeit begründete Beurteilung der materiellen Rechtslage handelt.

¹¹⁵ *Ibid.*, Nr. 77.

¹¹⁶ *Ibid.*, Nr. 82.

Das kanadische Gericht hat richtigerweise anerkannt, dass die Vertraulichkeit der Rechtsberatung primär im Interesse des Mandanten liegt, „der rechtlichen Rat unbeeinflusst von der Ahndung möglicher Rechtsverstöße oder präventiv Auskünfte zu der rechtlichen Einschätzung von beabsichtigten Verhaltensweisen einholen können soll.“¹¹⁷ Dem EuGH kann vorgeworfen werden, dass er in der Rechtssache *Ordre des barreaux francophones et germanophone* diese Aspekte nicht genügend gewürdigt hat.

V. Schlussfolgerung

Das Berufsgeheimnis der juristischen Beratung ist in der EU *ratione personae* auf Rechtsanwälte begrenzt. *Ratione materiae* umfasst es jedoch nur die Vorbereitung und Durchführung von Gerichtsverfahren. In Bezug auf Mandanten, die außerhalb der Prozessvorbereitung und -führung von diesem Anwalt beraten worden sind, ist nach dem Urteil in der Rechtssache *Ordre des barreaux francophones et germanophone* das Berufsgeheimnis in seinem subjektiven grundrechtlichen Gehalt begrenzt; Mandanten werden sich daher nicht mehr ohne Sorge ihrem Anwalt anvertrauen können. Die berufliche Tätigkeit der Rechtsanwälte wird durch dieses Urteil nicht einfacher, denn der Anwalt wird schon bei der Beratung abwägen und beurteilen müssen, ob eine Meldepflicht gegenüber Strafverfolgungsbehörden besteht.¹¹⁸ Andererseits werden die Mandanten sich dem Rechtsanwalt anders anvertrauen bzw. andere Auskünfte geben, wenn sie wissen, dass er meldepflichtig ist.¹¹⁹

Der Anwalt muss wegen der novellierten Richtlinie 91/308 in manchen Fällen als informeller Mitarbeiter der zuständigen staatlichen Stellen tätig werden und den Behörden Informationen über seine Mandanten liefern. Vor allem bei älteren Anwälten aus den neuen Mitgliedstaaten in Mitteleuropa wecken solche Meldepflichten extrem unangenehme Assoziationen und Erinnerungen. In einem Rechtsstaat und auch einer Rechtsgemeinschaft dürfen die Pflichten und Aufgaben der Rechtsberatung und die der Ahndung von Straftaten wie der Geldwäsche nicht vermischt werden. Auch ein Richter darf nicht gleichzeitig als Richter und Untersuchungsrichter bzw. Staatsanwalt tätig werden.¹²⁰

¹¹⁷ Kehl, (Fn. 4), S. 122.

¹¹⁸ Cassese, (Fn. 2), S. 1046 f.

¹¹⁹ Rubinstein/Guerrina, The Attorney-Client Privilege and International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, 18 (2001), S. 587 (590) berichten, dass die Parteien in einem internationalen Schiedsverfahren das Verfahren völlig anders vorbereiten, wenn der Schriftverkehr mit dem Anwalt dem *Legal Professional Privilege* unterliegt und wenn er nicht dem Anwaltsprivileg unterliegt.

¹²⁰ Vgl. EGMR, 9186/80, Series A no. 86 (1984), Nr. 29 (*De Cubber/Belgien*).

