

Unternehmen eine Verzögerungstaktik einschlägt — dann sollten die zuständigen nationalen Gerichte kurzen Prozeß machen — oder wenn es um eine wirk-

liche Grundsatzfrage geht — dann ist es in Ordnung, daß die Frage angemessen erörtert wird.

VII — Antrag

Ich beantrage deshalb, Artikel 1 Buchstabe b der Entscheidung der Kommission vom 9. Juli 1979 aufzuheben und der Kommission die Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

Sollte der Gerichtshof meine Ansicht teilen, so haben auch die britische Regierung und die CCBE als erfolgreiche Streithelfer, die die Verurteilung in die Kosten beantragt haben, Anspruch auf Kostenersatz durch die Kommission — vgl. Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes (dessen englische Fassung, wie ich bereits in der Rechtssache 130/75 (*Prais/Rat*, Slg. 1976, 1589, 1609 ff.) dargelegt habe, mangelhaft ist). Die CCBE hat Kostenersatzung erst in der mündlichen Verhandlung beantragt, es wurde jedoch bereits entschieden, daß dies genügt (Rechtssache 113/77), *NTN Bearing Co./Rat*, Slg. 1979, 1185, 1192, 1210 f., 1274). Im Hinblick auf die französische Regierung ist meines Erachtens der Gerechtigkeit Genüge getan, wenn sie ihre eigenen Kosten trägt.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIR GORDON SLYNN VOM 26. JANUAR 1982 ¹

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Im Februar 1979 verlangten Beamte der Kommission von der Klägerin, ihnen Schriftstücke zur Verfügung zu stellen, die sie im Rahmen einer Nachprüfung gemäß Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204) einsehen wollten. Dabei sollten die Wettbewerbsbedingungen bezüglich der

Produktion und des Vertriebs von Zink-Metall, Zink-Legierungen sowie Zink-Konzentraten untersucht und ermittelt werden, ob gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verstoßen wurde. Die Klägerin legte die meisten Schriftstücke in Kopie vor, hielt jedoch einige zurück, — soweit hier von Bedeutung — mit der Begründung, daß sie unter „legal confidentiality“ fielen, weshalb die Klägerin berechtigt sei, ihre Herausgabe zu ver-

¹ — Aus dem Englischen übersetzt.

weigern. Im Anschluß an einen mündlichen und schriftlichen Meinungsaustausch gab die Kommission in Artikel 1 Buchstabe b der aufgrund von Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung ergangenen Entscheidung vom 6. Juli 1979 der Klägerin auf, Einsicht in diese Schriftstücke zu gewähren. Daraufhin wandte sich die Klägerin nach Artikel 173 EWG-Vertrag an den Gerichtshof, mit dem Antrag, Artikel 1 Buchstabe b der Entscheidung aufzuheben oder wenigstens insoweit aufzuheben, als er von der Klägerin zwingend verlange, dem Inspektor der Kommission alle die Schriftstücke insgesamt offenzulegen, für welche die Klägerin Schutz wegen „legal confidence“ beanspruche. Nachdem die Klägerin, die Kommission, die Beratende Kommission der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (Consultative Committee of the Bars and Law Societies of the European Community, im folgenden: „CCBE“) und die britische sowie die französische Regierung schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben hatten, beantragte Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen vom 28. Januar 1981, Artikel 1 Buchstabe b der Entscheidung aufzuheben. Der tatsächliche Hintergrund des Rechtsstreits und die Rechtsfragen, wie sie sich zu diesem Zeitpunkt darstellten, sind in seinen Schlußanträgen erschöpfend dargelegt, und ich glaube nicht, daß es für den Gerichtshof von irgendeinem Nutzen wäre, wenn ich noch einmal darauf einginge.

Der Gerichtshof kam zu der Auffassung, daß bestimmte Einzelheiten noch fehlten (zum Beispiel Datum und Ausstellungsort der Schriftstücke, genaue Eigenschaft von Verfasser und Empfänger sowie hinreichende Angaben über den Inhalt der Schriftstücke); daher erging am 4. Februar 1981 der Beschluß, daß die mündliche Verhandlung wieder eröffnet und die Schriftstücke dem Gerichtshof ver-

traulich überlassen werden sollten, damit ein Bericht darüber erstellt werden könne.

Die Schriftstücke wurden übersandt und vom Berichterstatte sowie von mir geprüft. Über Art und Inhalt der Schriftstücke wurde ein Bericht verfaßt, der den Parteien zugeleitet worden ist. Obwohl die vorgelegten Schriftstücke im wesentlichen unter die Kategorien fallen, wie sie Generalanwalt Warner auf S. 12 seiner Schlußanträge zusammengefaßt hat, halte ich es wegen der Bedeutung der Sache für angezeigt, den Charakter dieser Schriftstücke noch eingehender zu beschreiben.

Die fraglichen Schriftstücke lassen sich in die folgenden Kategorien einteilen: erstens Schriftstücke, in denen um Rat gebeten wird, zweitens solche, in denen Rat erteilt wird, und drittens solche, in denen ein Rat zusammengefaßt ist:

- A — 1. Ersuchen um Rechtsberatung, verfaßt von einem Solicitor, der bei einer unter anderem der Klägerin Rechtsberatung erteilenden Gesellschaft („Service Company“) angestellt ist, und bestimmt für zwei freiberufliche Barristers (Schriftstück Nr. 1);
2. Ersuchen um Rechtsberatung, verfaßt von leitenden Angestellten der Klägerin und gerichtet an einen in England freiberuflich tätigen Solicitor (Schriftstück Nr. 5);
3. ein Fernschreiben eines leitenden Angestellten der Klägerin an einen leitenden Angestellten der unmittelbaren Muttergesellschaft der Klägerin, in dem empfohlen wird, bei in einem Drittstaat freiberuflich tätigen Solicitor Rechtsrat über das Recht dieses Staates einzuholen (Schriftstück Nr. 13);

- B — 1. eine die Beratung über das Recht eines Drittstaates enthaltende Aufzeichnung, die ein in diesem Staat zugelassener, bei einem Mitgliedsunternehmen des Konzerns, zu dem auch die Klägerin gehört, angestellter Solicitor an Angestellte eines anderen Konzernmitglieds — nicht die Klägerin — geschickt hat (Schriftstück Nr. 2);
2. ein die Beratung über das Recht eines Drittstaates enthaltendes Schreiben, das eine in diesem Staat freiberuflich tätige Anwaltssozietät an einen Angestellten der innerhalb des Konzerns unmittelbaren Muttergesellschaft der Klägerin geschickt hat (Schriftstück Nr. 3);
3. eine Rechtsberatung enthaltendes Schreiben, das ein in England freiberuflich tätiger Solicitor an einen leitenden Angestellten eines Konzernmitglieds — nicht die Klägerin — geschickt hat (Schriftstück Nr. 7);
4. Rechtsberatung enthaltendes Schreiben, die ein in England freiberuflich tätiger Solicitor an verschiedene leitende Angestellte der Klägerin geschickt hat (Schriftstück Nr. 4);
5. eine Rechtsberatung enthaltende Aufzeichnung, die ein bei der Service Company angestellter Solicitor an einen leitenden Angestellten der Klägerin geschickt hat (Schriftstück Nr. 10);
- C — 1. eine Aufzeichnung, die eine Rechtsberatung durch einen bei der Service Company angestellten Solicitor wiedergibt und von einem leitenden Angestellten der Klägerin an einen anderen geschickt worden ist (Schriftstück Nr. 11);
2. eine Aufzeichnung, die eine Rechtsberatung durch einen bei der Service Company angestellten Solicitor wiedergibt und von einem leitenden Angestellten der Klägerin an einen leitenden Angestellten ihrer unmittelbaren Muttergesellschaft geschickt worden ist (Schriftstück Nr. 16);
3. eine Aufzeichnung, die eine Rechtsberatung durch einen in England freiberuflich tätigen Solicitor wiedergibt und von einem leitenden Angestellten der Klägerin an einen anderen geschickt worden ist (Schriftstück Nr. 12);
4. Fernschreiben, die Beratungen durch in einem Drittstaat freiberuflich tätige Barristers und Solicitors über das Recht dieses Staates wiedergeben und zwischen einem leitenden Angestellten der Klägerin und einem leitenden Angestellten ihrer unmittelbaren Muttergesellschaft gewechselt worden sind (Schriftstück Nr. 17).

Die Parteien wurden gebeten, in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung ihre Meinung dazu zu äußern, ob und inwieweit in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und nach Auffassung des Schrifttums im Rahmen behördlicher Ermittlungsverfahren auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, der Schriftwechsel zwischen folgenden Personen geschützt ist:

- a) zwei Rechtsanwälten,
- b) einem unabhängigen Rechtsanwalt und seinem Mandanten,

- c) einem Unternehmen und einem Rechtsanwalt, der in dauerhafter vertraglicher Beziehung zu dem Unternehmen steht oder dessen Angestellter ist,
- d) einem Rechtsberater eines Unternehmens und einem Angestellten desselben oder eines verbundenen Unternehmens,
- e) Angestellten ein und desselben Unternehmens oder verschiedener, miteinander verbundener Unternehmen, wenn der Schriftwechsel eine Rechtsberatung wiedergibt, die von einem unabhängigen Rechtsanwalt oder von einem Rechtsberater erteilt worden ist, der im Dienste eines dieser Unternehmen oder anderer, zu demselben Konzern gehörender Unternehmen steht.

In der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung trugen alle Beteiligten, die bereits in der ersten Sitzung zugegen waren, weitere Argumente vor; dabei gingen sie nicht nur auf die in dem Beschluß des Gerichtshofes angeführten spezifischen Punkte ein, sondern erörterten auch — dem Wunsch des Gerichtshofes entsprechend — die in diesem Verfahren aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen.

Zunächst sollte meines Erachtens festgestellt werden, welche Probleme in diesem Stadium des Verfahrens für die Entscheidungsfindung relevant sind. Wie Generalanwalt Warner im einzelnen dargelegt hat, war die Kommission zu dem Zugeständnis bereit, unabhängig von der streng rechtlichen Beurteilung der Sachlage, bestimmte Schriftstücke nicht zu *verwenden*. In der Entscheidung selbst wird darauf verwiesen, daß die im Europäischen Parlament gestellte schriftliche Anfrage Nr. 63/78 des Abgeordneten Cousté wie folgt beantwortet wurde: „In Anlehnung an die Regeln des Wettbewerbsrechts einiger Mitgliedstaaten ist

die Kommission aus Gründen der Unparteilichkeit ... bereit, streng rechtliche Dokumente, die ausgearbeitet worden sind, um Rechtsgutachten zu den einzuhaltenden Rechtsnormen oder zur Vorbereitung und Durchführung der Verteidigung des betreffenden Unternehmens oder der betreffenden Unternehmensvereinigung zu erhalten oder zu erstellen, nicht als Beweis für etwaige Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zu benutzen. Wenn der Kommission derartige Dokumente vorliegen, so fertigt sie davon keine Abschriften an.“ Die Kommission vertrat jedoch die Auffassung, daß ihre Beamten befugt seien, die Unterlagen einzusehen und Fragen zu stellen, „damit festgestellt werden kann, ob die Unterlagen als Beweismittel in Betracht kommen“. Mit Schreiben vom 31. Oktober 1979 an die Solicitors der Klägerin betonte die Kommission, sie sei stets der Meinung gewesen, daß der Inspektor die Unterlagen nicht ganz zu lesen brauche, sondern nur in die Lage versetzt werden müsse, „sich objektiv und mit hinreichender Sicherheit zu vergewissern, daß das Schriftstück nach Gemeinschaftsrecht geschützt ist“. In ihrer Klagebeantwortung erklärte sich die Kommission „bereit, zu versichern, daß ihre Inspektoren angewiesen werden, Kenntnisse nicht zu verwenden, die sie möglicherweise aus der Einsichtnahme in Unterlagen gewinnen könnten“, die zu dem Zweck erfolge, zu entscheiden, ob diese Unterlagen geschützt seien; zweitens gestand sie zu, daß der Inspektor nur insoweit zur Einsichtnahme in Schriftstücke berechtigt sei, als festgestellt werden müsse, ob diese als Beweismittel in Betracht kämen.

In ihrer Gegenerwiderung (S. 2) räumte die Kommission ein, „daß nach einem weithin anerkannten allgemeinen Grundsatz ein Recht darauf besteht, vertrauliche Rechtsberatung zu erhalten, und

daß damit notwendigerweise ein gewisser Schutz vor Offenlegung der Unterlagen verbunden ist, in denen um Beratung gebeten wird und die eine Beratung enthalten“. Streitig sei allein, ob es ein Verfahren gebe, in dessen Rahmen über diesen Schutz entschieden werden könne; nach ihrer Ansicht gebe es nur ein Verfahren: dem Inspektor die Entscheidung der Frage zu überlassen. Werde das Schriftstück benutzt und ergehe schließlich eine Entscheidung, mit der ein Rechtsverstoß festgestellt werde, so könne das betroffene Unternehmen beim Gerichtshof gemäß Artikel 173 EWG-Vertrag Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung erheben.

In der ersten Sitzung zog es die Kommission vor, zu der Frage, ob es einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Schutzes vor Offenlegung gebe, nicht Stellung zu nehmen. In der zweiten Sitzung trug der Vertreter der Kommission vor, nach dem gegenwärtigen Stand des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts seien vier Grundsätze für den vorliegenden Fall von Bedeutung, die jeweils einen Aspekt eines allgemeinen „Grundsatzes, nach dem ‚legal confidence‘ geschützt ist“, darstellten:

1. Schriftstücke, deren Adressat oder Verfasser ein Rechtsanwalt sei und deren Inhalt mit der Verteidigung eines Mandanten in einem bereits anhängigen Verfahren zu tun habe, könnten nicht als Beweismittel benutzt werden und müßten nur demjenigen zugänglich gemacht werden, der darüber zu entscheiden habe, ob das Schriftstück durch den Grundsatz geschützt sei. Dieser Grundsatz gelte unabhängig davon, ob die Schriftstücke sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts oder seines Mandanten befänden, er gelte allerdings nur dann, wenn der Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Anwalt konsultiert werde.

2. Schriftstücke, deren Adressat oder Verfasser ein Rechtsanwalt sei und in denen um Rechtsberatung gebeten oder eine solche Beratung erteilt werde, könnten nicht als Beweismittel benutzt werden (selbst wenn sie nicht unter den Schutz des ersten Grundsatzes fielen), wenn sie sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts befänden. Derartige Schriftstücke müßten nur demjenigen zugänglich gemacht werden, der darüber zu entscheiden habe, ob das Schriftstück geschützt sei. Dieser Grundsatz gelte nur, wenn der Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Anwalt konsultiert werde. Er gelte nicht, wenn der Rechtsanwalt selbst an den rechtswidrigen Taten seines Mandanten beteiligt sei.

3. Es sei weder Sache des Rechtsanwalts noch seines Mandanten, sondern eines Dritten, darüber zu entscheiden, ob ein Schriftstück schutzwürdig sei; nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sei dieser Dritte der Inspektor der Kommission.

4. Wenn eine Behörde wie die Kommission formell erklärt habe, sie werde bestimmte Schriftstücke nicht als Beweismittel verwenden (auch wenn sie daran rechtlich nicht gehindert sei), dann könnten die Unternehmen auf diese Erklärung vertrauen (es sei denn, sie sei später geändert worden). Mache die Kommission in einem bestimmten Fall von einem Beweisstück Gebrauch, obwohl sie erklärt habe, es nicht zu verwenden, so sei das ein Grund dafür, die auf das fragliche Beweisstück gestützte Entscheidung aufzuheben, wenn diese Aufhebung wegen der Bedeutung des Beweisstücks gerechtfertigt sei.

Unter „Rechtsanwalt“ versteht die Kommission sowohl den unabhängigen als auch den bei einem Unternehmen ange-

stellten Anwalt, wenn für diesen in dem Mitgliedstaat, in welchem er tätig ist, ähnliche Berufsgrundsätze und Standespflichten wie für den unabhängigen Anwalt gelten.

Wenn ich den Standpunkt der Kommission richtig verstehe, so wird der vierte Grundsatz ebenso wie die drei anderen als Rechtsgrundsatz anerkannt, der allerdings auf der Rechtssicherheit oder vielleicht auf dem beruht, was man im Common Law als „estoppel“ bezeichnen würde.

Die Klägerin hält zweifellos den ersten und vierten Grundsatz für besser als gar nichts, den zweiten und dritten der genannten Grundsätze akzeptiert sie jedoch sicherlich nicht. Sie tritt, unterstützt von der britischen Regierung und von der CCBE, für eine weitergehende Fassung des Grundsatzes ein. Die französische Regierung akzeptiert für den Fall, daß es überhaupt eine Schutzvorschrift gebe, zwar den dritten Grundsatz, verwirft jedoch die anderen von der Kommission dargelegten Grundsätze mit der Begründung, sie seien nicht Bestandteil des Gemeinschaftsrechts.

Es ist klar, daß die ursprünglich von der Klägerin und der Kommission vertretene Auffassung, in diesem Fall gehe es nur um Verfahrensfragen, und die Probleme bezüglich des Schutzzumfangs könnten später behandelt werden, nicht geteilt werden kann. In der Tat wiesen die CCBE und der Vertreter der französischen Regierung von Anfang an zu Recht darauf hin, daß vor jeder Erörterung von Verfahrensfragen zunächst entschieden werden müsse, ob überhaupt ein schutzwürdiges Recht bestehe. Es geht hier im wesentlichen nicht darum, wie etwas durchgeführt werden sollte, was die Kommission ursprünglich als behördliches Entgegenkommen bezeichnet hat, sondern um die Frage, ob es einen Grundsatz gibt, nach dem „legal confi-

dence“ geschützt ist. Wird dies bejaht, so muß ermittelt werden, a) welche Bedeutung dieser Grundsatz für die hier in Rede stehenden Schriftstücke hat und b) wie ein Streit über das Recht auf Inanspruchnahme dieses Grundsatzes zu entscheiden ist.

Im Verlauf der zweiten Sitzung erklärte der Vertreter der Kommission, die Kommission beabsichtige nicht länger, von den Schriftstücken *Gebrauch zu machen*, die in der Liste der bis dahin umstrittenen Schriftstücke die Nummern 1 bis 10 tragen. Es besteht kein Zweifel daran, daß sich die Kommission unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits tatsächlich an diese Erklärung halten wird. Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, die Sache abzukürzen und die betreffenden Schriftstücke im Rahmen dieser Schlußanträge wie auch bei der Entscheidung des Gerichtshofes beiseite zu lassen. Ich meine jedoch, es wäre falsch, so zu verfahren. Denn die Sachfragen sind zwischen den Parteien weiterhin umstritten. Die Kommission behauptet, sie sei berechtigt, die Unterlagen einzusehen, auch wenn sie bereit ist, auf dieses Recht zu verzichten; das Unternehmen bestreitet dieses Recht. Darüber hinaus gehören die Schriftstücke zu der Kategorie von Unterlagen, die im Mittelpunkt der nach wie vor zu entscheidenden Fragen steht. Angesichts der Zeit und des Interesses, die der Gerichtshof und die Parteien diesem Problem bisher gewidmet haben, halte ich es für richtig und vielleicht sogar für unerlässlich, daß sämtliche Schriftstücke berücksichtigt werden.

Der Kommission stehen zur Erfüllung der Aufgaben, die ihr in Artikel 89 EWG-Vertrag und in Vorschriften aufgrund von Artikel 87 des Vertrages übertragen sind, Nachprüfungsbefugnisse zu, die — soweit hier relevant — auf Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 beruhen. Sie kann „bei Unternehmen und Unterneh-

mensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen“; zu diesem Zweck sind ihre beauftragten Bediensteten befugt, Bücher und Geschäftsunterlagen zu prüfen, Abschriften davon anzufertigen und mündliche Erklärungen anzufordern. Nirgends findet sich der Hinweis auf eine Ausnahme oder auf einen Schutz, der aufgrund von „legal confidence“ in Anspruch genommen werden könnte. Muß aus diesem Schweigen geschlossen werden, daß ein solcher Schutz in keiner Form und keiner Situation in Frage kommt? Ich meine: nein. Die wesentlichen Fragen sind erstens, ob es unabhängig von der Verordnung einen entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz gibt, und zweitens, ob die Verordnung bei richtiger Auslegung den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes einschränkt. Es geht nicht darum, ob ein gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz Artikel 14 teilweise außer Kraft setzt, sondern darum, ob Artikel 14 die Anwendung eines gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes ausschließt.

Bei der Entscheidung über die Gültigkeit von Artikel 1 Buchstabe b der Kommissionsentscheidung sind daher meiner Meinung folgende Fragen zu beantworten:

- a) Gibt es einen allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz, nach dem — vorbehaltlich der Antwort auf die dritte Frage — Schriftstücke, die sogenannte „legal confidences“ enthalten, sowie der Inhalt derartiger Schriftstücke vor Offenlegung und Verwendung in gerichtlichen, gerichtähnlichen und Verwaltungsverfahren geschützt sind?
- b) Wenn ja, fallen die Schriftstücke, die Gegenstand der vorliegenden Rechtsache sind, unter diesen Grundsatz?

- c) Steht die Verordnung Nr. 17 (insbesondere Artikel 14) bei richtiger Auslegung der Anwendung dieses Grundsatzes im Rahmen einer Nachprüfung durch die Kommission entgegen?
- d) Wie soll bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommission und dem betroffenen Unternehmen darüber entschieden werden, ob Schriftstücke unter den Grundsatz fallen?

Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß allgemeine Grundsätze, die in den Vertrag oder das Sekundärrecht nicht ausdrücklich aufgenommen worden sind, Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sein können, dessen Beachtung der Gerichtshof zu sichern hat. Das hat Richter Pescatore in einem Artikel in *Les Cahiers de Droit Européen* 1968, S. 629, klargemacht. Dabei muß es sich meines Erachtens nicht unbedingt um „Grundrechte“ handeln, mit denen sich der Artikel insbesondere befaßt. Die betreffenden Grundsätze haben vielmehr eine breitere Grundlage, wovon auch beide Parteien dieses Verfahrens auszugehen scheinen. Die Kommission trägt vor, insoweit müßten die Rechtsvorschriften aller Mitgliedstaaten übereinstimmen; der Gerichtshof dürfe keinen Grundsatz aufstellen, der über das in einem Mitgliedstaat anerkannte Recht hinausgehe. Sie hat weder eine spezifische Rechtsquelle für diese Auffassung angegeben noch sich dazu geäußert, auf welcher Ebene und in welchem Maße diese für die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes erforderliche Übereinstimmung vorliegen müßte. Die CCBE, deren Ansicht zu diesem Punkt von der Klägerin im wesentlichen geteilt wird, macht geltend, daß das Gemeinschaftsrecht darauf gerichtet sei, unter Berücksichtigung des Geistes, der Ziel- und allgemeinen Entwicklungsrichtung der ent-

sprechenden nationalen Rechtsvorschriften die qualitativ beste Lösung zu finden. Zur Begründung führt die CCBE folgende Publikationen an: P. Reuter in *Mélanges Rolin*, 1964, S. 273; den (bereits genannten) Artikel von Richter Pescatore, S. 654 bis 655; Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 114; W. Ganshof van der Meersch, *L'Ordre Juridique des Communautés Européennes*, 1975, S. 150 und 163; Louis, *L'Ordre Juridique Communautaire*, 1979, S. 164, und Zweigert, *Novelles*, 1969, § 1203.

Einen ähnlichen Standpunkt vertrat Generalanwalt Lagrange in der Rechtssache 14/61 (*Hoogovens/Hohe Behörde*, Slg. 1962, 511, 570/71), eine Auffassung, die auch an anderen Stellen ihren Niederschlag gefunden hat (ich verweise zum Beispiel auf die Rechtssache 5/71, *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Rat*, Slg. 1971, 975, 989, und auf die Rechtssache 63 bis 69/72, *Werbahn/Rat*, Slg. 1973, 1229, 1258/59). Ich lese diese Passagen nicht vor, möchte jedoch den Gerichtshof daran erinnern, was Richter Kutscher zu der Möglichkeit ausgeführt hat, allgemeine Rechtsgrundsätze aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten herzuleiten:

„Es besteht Einigkeit darüber, daß bei rechtsvergleichender Auslegung oder Ergänzung des Gemeinschaftsrechts der Gerichtshof nicht gehalten ist, seiner Entscheidung etwa das gemeinsame Minimum der nationalen Lösungen oder ihr arithmetisches Mittel oder die Lösung zugrunde zu legen, die von einer Mehrheit der Rechtsordnungen getragen wird. Der Gerichtshof hat zu wägen und zu werten und nach der für das konkrete Problem ‚besten‘ und ‚zweckmäßigsten‘ Lösung zu suchen.“ („Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters“, *Begegnung von Justiz und Hochschule* 1976, S. 30.)

Daß eine vergleichende Betrachtung nationaler Rechtsordnungen als Hilfsmittel für die Entscheidung über den Inhalt des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden kann, zeigen zahlreiche Urteile, zum Beispiel in den Rechtssachen 3/54 (*ASSIDER/Hohe Behörde*, Slg. 1954 bis 1955, 131), 28/76 (*LTU/Eurocontrol*, Slg. 1976, 1541, Randnr. 3 der Entscheidungsgründe), 814/79 (*Niederländischer Staat/Rüffer*, Slg. 1980, 3807), 4/73 (*Nold/Kommission*, Slg. 1974, 491, Randnr. 13 der Entscheidungsgründe), 3/65 (*Espérance-Longdoz/Hohe Behörde*, Slg. 1965, 1403, 1435/36). Mit dieser Methode sollen nicht nationale Rechtsvorschriften als solche in das Gemeinschaftsrecht eingeführt, sondern es soll ein *ungeschriebener* gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz ermittelt werden (ich verweise dazu z. B. auf die Rechtssache 18/57, *Nold/Hohe Behörde*, Slg. 1958 bis 1959, 89, 163, die Rechtssachen 36 bis 38 und 40/59, *Geitling u. a./Hohe Behörde*, Slg. 1960, 885, 920/21 und 940/41 — Generalanwalt Lagrange — sowie die Rechtssache 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle*, Slg. 1970, 1125, Randnrn. 3 und 4 der Entscheidungsgründe sowie S. 1149/50 — Generalanwalt Dutheillet de Lamothe —). Die in diesem Verfahren bisweilen stillschweigend, wenn nicht ausdrücklich gemachten Andeutungen, die Klägerin versuche, eine rein interne Bestimmung des Common Law in eine dafür ungeeignete Form zu pressen, halte ich gegenüber der Argumentation der Klägerin für ungerecht, die ebenso wie die CCBE und die britische Regierung bemüht ist, unter Bezugnahme auf nationale Rechtsvorschriften einen zum Gemeinschaftsrecht gehörenden Grundsatz herauszuarbeiten, der im Hinblick auf seine praktische Anwendung an gemeinschaftsrechtliche Verfahren angepaßt werden müßte.

Im Rahmen der vergleichenden Prüfung nationaler Rechtsvorschriften darf meines Erachtens die Existenz einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift nicht davon abhängig gemacht werden, daß der entsprechende Grundsatz in sämtlichen Mitgliedstaaten gleichlautend formuliert ist und eine übereinstimmende Anwendung findet. Einmütigkeit in bezug auf einen Punkt, der für ein gemeinschaftsrechtliches Problem relevant ist, kann zwar durchaus ein starkes Indiz für die Existenz einer entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift sein. Eine absolute Übereinstimmung in der Formulierung und Anwendung ist jedoch nicht erforderlich. Sie ist auch höchst unwahrscheinlich, nicht zuletzt deshalb, weil die Gemeinschaft ständig größer wird. Höchst wahrscheinlich dürften in den verschiedenen Mitgliedstaaten Unterschiede bei der Anwendung der Grundsätze der „bonne administration de la justice“ und der Ablehnung eines „déni de justice“ sowie in bezug auf das „principe de proportionnalité“ bestehen, die auf S. 643 des Artikels in „Les Cahiers de Droit Européen“ erwähnt sind. Trotz derartiger Unterschiede sind diese Grundsätze jedoch Bestandteil des Gemeinschaftsrechts. In der Rechtssache 17/74 (*Transocean Marine Paint Association/Kommission*, Slg. 1974, 1063) wurde anerkannt, daß es einen Anspruch auf rechtliches Gehör gibt, obwohl Generalanwalt Warner in diesem Zusammenhang festgestellt hat, der Grundsatz „audi alteram partem“ gelte nur in einigen Mitgliedstaaten. Der Umstand, daß Verfahren in einem Mitgliedstaat strafrechtlicher, in anderen dagegen zivilrechtlicher Natur sind, daß Gerichtsverfahren voneinander abweichen, daß sich aus historischen Gründen verschiedene Gewohnheiten entwickelt haben und verschiedene Anforderungen gestellt werden, führt unausweichlich zu Unterschieden. Was nach meiner Meinung ermittelt

werden muß, ist ein allgemeiner, wenn auch nur in groben Umrissen formulierter Grundsatz. Wird dieser weitgehend anerkannt, so kann er gegebenenfalls Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sein. Es ist dann Sache des Gerichtshofes zu entscheiden, wie dieser Grundsatz im Rahmen gemeinschaftsrechtlicher Verfahren am besten und zweckmäßigsten — um mit Richter Kutscher zu sprechen — ausgestaltet wird. Ein solcher allgemeiner Grundsatz geht auch dann nicht unter, wenn er in manchen Mitgliedstaaten in bestimmten gesetzlich geregelten Fällen modifiziert oder für unanwendbar erklärt worden ist. Es bleibt den Mitgliedstaaten und dem Gemeinschaftssetzgeber (im Rahmen seiner Zuständigkeit) unbenommen, den bestehenden allgemeinen Grundsatz zu modifizieren oder für unanwendbar zu erklären.

Wegen dieser verfahrensmäßigen und praktischen Unterschiede sollte man sich nicht zu einem allzu detaillierten Vergleich der jeweiligen Bezeichnungen oder Normen verleiten lassen. Es kommt vielmehr auf das Allgemeinbild an. Die Frage ist also nicht, ob das (unzutreffend so bezeichnete) „legal professional privilege“ (das Recht des Mandanten) mit dem „secret professionnel“ (der Verpflichtung unter anderem des Rechtsanwalts) identisch ist — was eindeutig nicht der Fall ist —, sondern es geht darum, ob aus verschiedenen Rechtsquellen, zum Beispiel in England aus dem „privilege“ und anderen Vorschriften über den Schutz der Vertraulichkeit, in Frankreich aus einer Verbindung zwischen dem „secret professionnel“, den „droits de la défense“ und den Vorschriften über das „secret des lettres confidentielles“, ein grundsätzlicher Schutz von „legal confidence“ hergeleitet werden kann.

Der Gerichtshof hat von den Parteien zahlreiche Hinweise zum Recht und zur

Praxis in den verschiedenen Mitgliedstaaten erhalten. Ich zögere etwas, darauf einzugehen, zum einen, weil jedes Mitglied des Gerichtshofes unvergleichlich besser über die Verhältnisse in seinem eigenen Mitgliedstaat informiert ist als ein Jurist aus einem anderen Staat, zum anderen aber auch, weil in der mündlichen Verhandlung Meinungsverschiedenheiten über das Recht eines bestimmten Mitgliedstaats aufgetreten sind. Der Vertreter der französischen Regierung ist offensichtlich der Auffassung, die CCBE habe das französische Recht und das Recht anderer Mitgliedstaaten nicht zutreffend gewürdigt und wiedergegeben, obwohl Vertreter der französischen Anwaltschaft und der Anwaltschaften anderer Mitgliedstaaten der CCBE angeschlossen sind und obwohl Juristen aus diesen Mitgliedstaaten unmittelbar zitiert worden sind. Der französische Vertreter meint, die CCBE unterliege insoweit einem Mißverständnis. Seiner Ansicht, die britische Regierung habe die Rechtslage im Vereinigten Königreich unrichtig wiedergegeben, kann ich mich ebenso wenig anschließen wie seinen eigenen diesbezüglichen Ausführungen. Ich empfinde eine gewisse Genugtuung, daß er in diesem besonderen Punkt seinerseits einem Irrtum unterlegen ist, weil er nur einen Teil des Problems berücksichtigt hat. Das will ich keineswegs als Kritik verstanden wissen. Die Bemühungen, die der Vertreter der französischen Regierung (ebenso wie andere) darauf verwandt hat, die dem Gerichtshof vorliegenden Probleme zu erörtern, verdienen im Gegenteil Hochachtung. Ich erwähne diese Meinungsverschiedenheiten auch nur, um die Schwierigkeiten aufzuzeigen, auf welche der Gerichtshof und die Parteien stoßen, wenn sie die verschiedenen Verfahren, die in den Mitgliedstaaten zur Wahrung der Vertraulichkeit und des Rechts auf einen fairen Prozeß bestehen und die durch die von

mir genannten Faktoren bestimmt werden, allzu genau gegeneinander abgrenzen wollen. Das beeinträchtigt jedoch keineswegs die Existenz eines Rechts auf Schutz rechtlicher Schriftstücke. Es unterstreicht nur, daß man — um Generalanwalt Warners Formulierung zu benutzen — zum Kern der Sache vordringen muß.

Dem Gerichtshof wurden Auszüge aus der Gesetzgebung, aus Gerichtsentscheidungen und aus dem Schrifttum sowie eine Vielzahl von Rechtsprechungshinweisen vorgelegt. Anstatt diese in extenso zu behandeln, möchte ich lieber die meines Erachtens für den vorliegenden Fall relevanten Gesichtspunkte zusammenfassen, wobei ich mir der Gefahr voll bewußt bin, daß eine solche Zusammenfassung möglicherweise allzu sehr vereinfacht und unvollständig ist. Ich gehe zunächst auf die allgemeine Rechtslage in bezug auf den Schutz von „legal confidence“ ein und wende mich dann den besonderen wettbewerbsrechtlichen Fragen zu.

In Belgien wird, soweit ersichtlich, vertraulicher Schriftverkehr zwischen Rechtsanwalt und Mandant geschützt; er kann weder beschlagnahmt noch als Beweismittel verwendet werden. Obwohl dieser Grundsatz darauf zurückzuführen sein dürfte, daß die einem Rechtsanwalt anvertrauten Informationen geschützt werden müssen, ergibt sich aus dem Bericht des Auditeur Huberland und der Entscheidung des Conseil d'État vom 8. Juni 1961 (J.T. 1962, S. 171), daß er auch für die vertrauliche Beratung eines Mandanten gilt. Es gibt daneben einen allgemeineren Grundsatz, nach dem das Briefgeheimnis geschützt ist (Artikel 10 und 22 der Verfassung).

In Dänemark verbietet der Grundsatz des Berufsgeheimnisses Rechtsanwälten, vertrauliche Informationen zu offenbaren, die ihnen in ihrer beruflichen Eigen-

schaft anvertraut worden sind, und ein Rechtsanwalt kann die Herausgabe von Schriftstücken verweigern, die unter das Berufsgeheimnis fallen. Nach Artikel 786 der Lov om Rettenspleje (Verfahrensordnung) wird der zwischen einem Beschuldigten und seinem Rechtsanwalt geführte Schriftwechsel, der sich im Gewahrsam des Beschuldigten befindet, geschützt. Diese Vorschrift scheint auch in Zivilverfahren zu gelten.

In der Bundesrepublik Deutschland sind vertrauliche Mitteilungen an einen Rechtsanwalt geschützt, wenn sie sich in dessen Gewahrsam befinden; ein Bruch des Berufsgeheimnisses durch den Rechtsanwalt ist ein Straftatbestand. Derartige Schriftstücke unterliegen somit nicht der Beschlagnahme, wenn sie sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts befinden (§ 97 Strafprozeßordnung). Schriftstücke im Gewahrsam des Mandanten dürfen dagegen beschlagnahmt werden, es sei denn, sie sind erst nach Eröffnung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens abgefaßt worden (Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. August 1973, NJW 1973, S. 2035).

In Frankreich ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses ein Straftatbestand; obwohl Schriftstücke unter gewissen Umständen offenbar auch dann beschlagnahmt werden dürfen, wenn sie sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts befinden, wird die Bedeutung des Grundsatzes des Berufsgeheimnisses in der Schrift von Lemaire „Les règles de la profession de l'avocat“, die dem Gerichtshof vorliegt, nachdrücklich betont. Dieser Grundsatz scheint mit dem Recht auf einen fairen Prozeß („les droits de la défense“) eng zusammenzuhängen.

Unter den Grundsatz der „droits de la défense“ fällt vertraulicher Schriftverkehr zwischen Anwalt und Mandant, und zwar in beiden Richtungen (ich verweise zum Beispiel auf die Entscheidung

der Cour d'Appel Paris vom 13. November 1979, Gazette du Palais 1980, Nrn. 90 bis 92); dazu gehört auch der Schutz vor Beschlagnahme von Schriftstücken, die eine dem Mandanten vor Eröffnung des Verfahrens erteilte Rechtsberatung enthalten und sich im Gewahrsam des Mandanten oder einer ihm nahestehenden Person befinden (Entscheidung des Tribunal correctionnel Nanterre vom 18. Dezember 1980, Gazette du Palais 1981, S. 68, — es sollte allerdings gesagt werden, daß gegen diese Entscheidung Berufung eingelegt worden ist). Auch scheinen vertrauliche Schreiben einen weitergehenden Schutz zu genießen, als er nach den Regeln des Common Law besteht.

Angesichts der besonders intensiven Diskussion, die während der Verhandlung über das französische Recht geführt wurde, ist es von Interesse festzustellen, daß in § 357 des Werks „Droit Européen de la Concurrence“ (Plaisant, Franceschelli, Lassier) das, was ich soeben zusammengefaßt habe, — vielleicht sogar noch nachdrücklicher — wie folgt formuliert ist:

„Sans aucune doute, l'application de la loi française, par exemple, aurait pour effet de rendre inaccessible le dossier détenu par un avocat régulièrement inscrit à un barreau, en raison de ses règles déontologiques et notamment par le respect du secret professionnel prévu par l'article 378 du Code pénal. De même, les documents adressés par un avocat à ses clients demeurent couverts par le secret professionnel, surtout si la correspondance lui est adressée de manière confidentielle.“

In Griechenland ist vertraulicher Schriftwechsel, der sich im Gewahrsam von Rechtsanwälten befindet, im Rahmen gerichtlicher oder verwaltungsmäßiger Untersuchungsverfahren geschützt. Schriftstücke im Gewahrsam des Mandanten

fallen unter den in Artikel 9 der Verfassung niedergelegten allgemeinen Grundsatz der Vertraulichkeit. Die Befugnis, Räumlichkeiten des Mandanten zu durchsuchen, ist gemäß Artikel 253 ff. der Strafprozeßordnung eingeschränkt.

Das Recht in Irland stimmt mit dem des Vereinigten Königreichs im wesentlichen überein, obschon es in Einzelfragen Unterschiede geben mag; Generalanwalt Warner hat das in seinen Schlußanträgen eingehender dargelegt. Ich möchte jedoch folgendes noch einmal hervorheben: Dieses Recht erfaßt sowohl a) den Schriftverkehr zwischen einer Person und ihrem Rechtsanwalt zwecks Erlangung oder Erteilung von Rechtsberatung, und zwar unabhängig davon, ob im Zusammenhang mit einem anhängigen oder beabsichtigten Gerichtsverfahren, als auch b) den Schriftverkehr zwischen einer Person und ihrem Rechtsanwalt sowie anderen Personen zu dem Hauptzweck, ein anhängiges oder beabsichtigtes Gerichtsverfahren vorzubereiten.

In Italien ist es ebenso wie in den meisten Mitgliedstaaten Rechtsanwälten gesetzlich verboten, Informationen zu offenbaren, die ihnen von ihren Mandanten anvertraut worden sind; die Anwälte brauchen Schriftstücke, die unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht herauszugeben, andererseits unterliegen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen Schriftstücke, die sich im Gewahrsam eines Rechtsanwalts befinden, wohl der Beschlagnahme, es sei denn, sie sind ihm zu dem Zweck anvertraut worden, die Verteidigung seines Mandanten vorzubereiten. In Zivilverfahren geht der Schutz weiter, er scheint sich jedoch nicht auf Schriftstücke im Gewahrsam des Mandanten zu erstrecken. Was die Rechtsanwälte anbelangt, so dürfte das Berufsgeheimnis ein Ausfluß des Rechts auf einen fairen Prozeß sein, das durch Artikel 24 der Verfassung garantiert wird (ich ver-

weise auf Leone, „Il segreto professionale: limiti e garanzie“, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1978, S. 675).

In Luxemburg schützen, soweit ersichtlich, die Vorschriften über das Berufsgeheimnis und die „droits de la défense“ vertrauliche Schriftstücke, die sich im Gewahrsam des Anwalts sowie nach Verfahrenseröffnung auch des Mandanten befinden; es gibt allerdings wenig Rechtsprechung, aus der die praktische Anwendung dieser Regelungen ersehen werden kann.

Das niederländische Recht verbietet Personen, die einen Beruf wie den des Rechtsanwalts ausüben, die Offenbarung vertraulicher Mitteilungen. Damit ist das Recht verbunden, in Angelegenheiten, die unter das Berufsgeheimnis fallen, die Erteilung von Auskünften zu verweigern. Zu diesen Angelegenheiten gehören nicht nur Informationen von seiten des Mandanten, sondern auch bei Rechtsanwälten die von diesen erteilte Rechtsberatung (ich beziehe mich zum Beispiel auf die Entscheidungen des Gerichtshof von Drente vom 17. November 1869, W., S. 3161, und der Arrondissementsrechtbank Rotterdam vom 18. Oktober 1954, NJ 1955 Nr. 368). In Artikel 98 der *Wetboek van Strafvordering* (Strafprozeßordnung) ist vorgesehen, daß im Falle einer Hausdurchsuchung bei einer an das Berufsgeheimnis gebundenen Person das Berufsgeheimnis zu beachten ist und darunter fallende Schriftstücke nicht beschlagnahmt werden dürfen. Dagegen scheint es keine Rechtsquelle zu geben, aus der etwas für oder gegen die Auffassung hergeleitet werden könnte, daß im Gewahrsam des Mandanten befindlicher Schriftverkehr in Rechtsangelegenheiten geschützt ist.

Dieser kurze Überblick wird im wesentlichen, wenn nicht vollständig, von der Kommission, der Klägerin und der Or-

ganisation, die die Anwaltschaften aller Mitgliedstaaten repräsentiert, als eine getreue und annehmbare Darstellung der Rechtslage in den Mitgliedstaaten angesehen.

Ich halte es für bedeutsam, daß diese Beteiligten sich über die Existenz von Grundsätzen einigen konnten, die sie in dem von ihnen für die mündliche Verhandlung vor dem Gerichtshof vorbereiteten Dokument dargelegt haben.

Hieraus ergibt sich eindeutig — wie nicht anders zu erwarten —, daß die Rechtslage nicht in allen Mitgliedstaaten identisch ist. Meines Erachtens wird aber ebenso eindeutig in allen Mitgliedstaaten anerkannt, daß im öffentlichen Interesse und im Interesse einer geordneten Rechtspflege der allgemeine Grundsatz besteht, wonach es einem Mandanten möglich sein muß, frei, offen und rückhaltlos mit seinem Rechtsanwalt zu sprechen. In „*Les Règles de la Profession d'Avocat*“ ist das so formuliert:

„*Il faut que le client puisse avoir, en son avocat, une confiance sans limite, qu'il puisse négliger avec lui les précautions qu'on prend dans les affaires ordinaires; qu'il ne craigne pas d'ouvrir son âme tout entière à son défenseur et s'abandonner à sa foi*“.

Ob dieser Grundsatz nun als Recht des Mandanten oder als Pflicht des Anwalts qualifiziert wird, er hat jedenfalls nichts mit dem Schutz oder Vorrecht des Anwalts zu tun. Er beruht vielmehr auf dem grundlegenden Erfordernis, daß eine Person in einer zivilisierten Gesellschaft in der Lage sein muß, sich an ihren Rechtsanwalt um Rat und Hilfe sowie nach Verfahrenseröffnung um Vertretung ihrer Interessen zu wenden; er ergibt sich aber gleichermaßen auch daraus, daß es für eine Gesellschaft, die die gesamte Geschäftstätigkeit der natürlichen und juristischen Personen durch

komplizierte Rechtsvorschriften regelt, von Vorteil ist, wenn diese Personen darüber Bescheid wissen, was sie rechtlich tun dürfen und was nicht, wann sie sich vorsehen müssen und wann sie Risiken eingehen.

Dieser Grundsatz der Vertraulichkeit zwischen Anwalt und Mandant kann auf unterschiedliche Weise in die Praxis umgesetzt werden, er hat nicht immer in allen Mitgliedstaaten den gleichen Anwendungsbereich; das bedeutet jedoch nicht, daß es den Grundsatz nicht gäbe. Ich meine, es sollte entschieden werden, daß er ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist. Seine Anwendungsmodalitäten und sein Geltungsbereich im Gemeinschaftsrecht sowie im Zusammenhang mit Vorhaben und Verfahren der Gemeinschaft müssen so ausgestaltet werden, daß eine Lösung gefunden wird, die sich unter Berücksichtigung nicht nur der jeweiligen Praxis in den verschiedenen Mitgliedstaaten, sondern auch der Interessen der Gemeinschaft und ihrer Organe, der Mitgliedstaaten und ihrer einzelnen Rechtsbürger als die beste und zweckmäßigste darstellt.

Es ist allgemein anerkannt, daß vertrauliche Schriftstücke der Art, wie ich sie behandelt habe, geschützt sind, wenn sie sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts befinden. Berücksichtigt man den wirklichen Schutzzweck und läßt man Bezeichnungen und Verfahren wie „*legal professional privilege*“ und „*secret professionnel*“, die das Gesamtbild nicht wiedergeben können, außer acht, dann sehe ich keine Rechtfertigung dafür, zwischen solchen Schreiben je nachdem zu differenzieren, ob sie sich im Gewahrsam des Rechtsanwalts oder des Mandanten befinden. Besitzt der Rechtsanwalt ein Exemplar und der Mandant ein anderes, so sollten beide geschützt sein. Das Ersuchen um und die Erteilung von Rechtsberatung sind gleicher Art. Dem Man-

danten zu sagen, seine Unterlagen seien geschützt, wenn er sie in der Kanzlei seines Anwalts zurücklasse, nicht jedoch, wenn er sie selbst aufbewahre, halte ich für unvertretbar; das würde wahrscheinlich dazu verleiten, zum Beispiel eine ungünstige Beratung mündlich zu erteilen und Schriftstücke zu vernichten oder in der Anwaltskanzlei zu hinterlegen. Es wäre ziemlich unverständlich, wenn Anwaltsschreiben, die zufällig in den Räumlichkeiten des Mandanten zurückgelassen worden sind, am Tage der Inspektion herausgegeben werden müßten, dagegen nicht, wenn der Anwalt seine Akten mitgenommen hat. Meines Erachtens gilt der Grundsatz für den Schriftverkehr, der zwischen Rechtsanwalt und Mandant zwecks Erlangung oder Erteilung von Rechtsberatung gewechselt worden ist, in wessen Gewahrsam er sich auch befindet und unabhängig davon, ob ein Gerichtsverfahren bereits begonnen hat. Er gilt auch für den Inhalt dieser (mündlich oder schriftlich erteilten) Beratung, in welcher Form (Brief, Zusammenfassung, Vermerk oder Protocol) sie auch erfolgt ist.

Die Stellung des Rechtsanwalts, der bei einem Unternehmen als juristischer Berater beschäftigt ist, ist eingehend erörtert worden. Wenn ich es richtig verstanden habe, so ist in einigen Mitgliedstaaten eine Vollzeitbeschäftigung mit der eigentlichen Berufsstellung eines Rechtsanwalts unvereinbar (das ist offensichtlich in Belgien, Frankreich, Italien und Luxemburg der Fall); in anderen Staaten bleibt der angestellte Rechtsanwalt weiterhin den Berufsregeln und Standespflichten unterworfen. Bleibt der angestellte Rechtsanwalt Berufsangehöriger und hat er sich weiterhin an die Berufs- und Standesregeln zu halten, so muß er meines Erachtens, solange er anwaltlich tätig ist, in dem hier interessierenden Zusammenhang ebenso behandelt werden

wie freiberufliche Rechtsanwälte. Es können Fälle auftreten, in denen der Rechtsanwalt andere Funktionen ausübt (etwa in England die des Geschäftsführers einer Gesellschaft); natürlich ist dann sein in dieser anderen Funktion geführter Schriftverkehr nicht geschützt. Es ist durchaus möglich, daß ein freiberuflicher Rechtsanwalt, der Mitarbeiter oder Teilhaber einer großen „Anwaltsfirma“ ist, sehr lange einen einzigen Mandanten betreut. Wenn dessen Schriftverkehr geschützt ist, dann sollte das auch für die Korrespondenz eines Rechtsanwaltes gelten, der in der Rechtsabteilung eines Unternehmens arbeitet. Ich wende mich gegen die Auffassung, daß (beruflich qualifizierte und den Berufsregeln unterworfenen) Rechtsanwälte, die hauptberuflich bei den Gemeinschaftsorganen, bei Ministerien oder in den Rechtsabteilungen von Privatunternehmen tätig sind, nicht über die erforderliche berufliche Unabhängigkeit verfügen und deshalb nicht unter den Grundsatz fallen. Deshalb geht der Vertreter der Kommission meines Erachtens zu Recht davon aus, daß der angestellte Rechtsanwalt, vorausgesetzt, er unterliegt den Berufsregeln und Standespflichten, in dem hier gegebenen Rahmen ebenso behandelt werden sollte wie der freiberuflich tätige Anwalt. Das gleiche müßte nach meinem Dafürhalten auch für vertraulichen Schriftverkehr zwischen zwei in verschiedenen Ländern zugelassenen Rechtsanwälten gelten, der sich auf die Angelegenheiten ihrer gemeinsamen oder jeweiligen Mandanten bezieht.

Selbstverständlich stellen die geordnete Rechtspflege sowie die Rechte des einzelnen nicht die einzigen Aspekte des öffentlichen Interesses dar. Diese müssen vielmehr gegebenenfalls gegen andere Belange des öffentlichen Interesses, die ihnen tatsächlich oder scheinbar entgegenstehen, abgewogen werden. Ein Ge-

setzgeber kann entscheiden, daß einer dieser ansonsten zum Tragen kommenden Aspekte in Bereichen, in denen andere öffentliche Interessen Vorrang haben sollen, eingeschränkt wird oder ganz zurückzutreten hat. Die Beseitigung von Beschränkungen oder Beeinträchtigungen des freien Wettbewerbs ist ein derartiges Interesse, und zwar in der heutigen Zeit eindeutig ein ganz wichtiges. Läßt sich aber sagen, daß es einen in den Mitgliedstaaten weithin anerkannten Grundsatz gibt, nach dem der Schutz von „legal confidence“ gegenüber den Befugnissen zurücktreten müßte, die zur Untersuchung einer angeblichen Verletzung des Wettbewerbsrechts erforderlich sind?

Ich kenne keine Vorschrift des nationalen Rechts, die bei wettbewerbsrechtlichen Ermittlungen oder Verfahren ausdrücklich alle Rechte bezüglich „legal confidence“ ausschließt.

Soweit ich ersehen kann, ist das „secret professionnel“ weder in dem belgischen Gesetz vom 27. Mai 1960 noch im belgischen Strafverfahrensgesetz erwähnt. Durch das Stillschweigen in dem letzteren Gesetz wird das Recht auf Wahrung des Berufsgeheimnisses nicht beseitigt, so daß bezweifelt werden darf, ob in dem erstgenannten Fall etwas anderes gilt, obwohl es anscheinend keine Rechtsprechung dazu gibt.

In Dänemark ermächtigt die einschlägige Gesetzgebung nicht zur Beschlagnahme von Schriftstücken; um deren Offenlegung zu erreichen, muß zuvor eine gerichtliche Anordnung erwirkt werden. Bis jetzt war dies anscheinend nicht notwendig, da die Personen, bei denen Ermittlungen durchgeführt wurden, den Ersuchen um Vorlage von Schriftstücken nachgekommen sind. Allerdings scheint sich die Frage der Einschränkung oder Außerkraftsetzung eines Grundsatzes der Vertraulichkeit nicht zu stellen, weil nach dänischem Recht Schriftstücke, die

sich im Gewahrsam des Mandanten befinden, wohl nicht als vertraulich gelten.

Wie sich aus einem in der Sitzung vorgelegten Schreiben des Bundeskartellamts ergibt, gelten in der Bundesrepublik Deutschland für Durchsuchung und Beschlagnahme, die in Bußgeldverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) erfolgen, ausdrücklich die Vorschriften der Strafprozeßordnung. Infolgedessen bleibt die Vertraulichkeit, soweit sie nach deutschem Recht anerkannt ist, gewahrt; Schriftstücke im Gewahrsam des Mandanten unterliegen nicht der Beschlagnahme, wenn sie nach Einleitung des Verfahrens verfaßt worden sind. Andererseits unterliegen Ermittlungen gemäß §§ 46 und 51 ff. GWB, die mit den Verfahren nach Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 vergleichbar sind, keinen ausdrücklichen Beschränkungen. Gleichwohl wird vom Bundeskartellamt und in der Rechtslehre anerkannt, daß vertrauliche Schriftstücke in gleichem Umfang geschützt sind und jedenfalls nicht ohne gerichtliche Anordnung beschlagnahmt werden dürfen.

In Frankreich scheint die Auffassung vorzuherrschen, daß das Schweigen des Gesetzes (das heißt des Artikels 15 der Verordnung Nr. 45/1484) die Berufung auf das Berufsgeheimnis verbietet (so die Entscheidung des Conseil d'État in dem Apprillé-Fall, Recueil des Arrêts du Conseil d'État 1952, S. 512), es sei denn, der betreffende Schriftverkehr steht mit einer Verteidigung in Verbindung („liée d'une défense“). Die großzügige Auslegung, die das Tribunal Correctionnel Nanterre diesem Begriff in seiner Entscheidung vom 18. Dezember 1980 gegeben hat, würde allerdings bei Bestätigung der Entscheidung im Berufungsverfahren die Rechtslage in Frankreich weitgehend mit der in Deutschland und wohl auch mit der in Belgien bestehenden in Über-

einstimmung bringen. Diese Entscheidung ist aber auch auf Kritik gestoßen.

In den Artikeln 25 und 26 des griechischen Gesetzes Nr. 703/1977, die die Kartellbehörde ermächtigen, sich alle notwendigen Informationen zu beschaffen und Hausdurchsuchungen durchzuführen, wird die Vertraulichkeit durch Bezugnahme auf Artikel 9 der Verfassung sowie Artikel 212 und 253 ff. des Strafverfahrensgesetzes ausdrücklich geschützt.

Artikel 7 Absatz 2 des ersten Anhangs zum irischen „Restrictive Practices Act“ stellt die Befugnisse der Kartellbehörde, Zeugen unter Eid zu vernehmen und sie zur Herausgabe von Unterlagen zu verpflichten, ausdrücklich unter den Vorbehalt des „legal professional privilege“. Der in Kartellsachen zuständige Inspektor hat weitreichende Befugnisse, die denen nach Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 vergleichbar sind; Section 15 des „Restrictive Practices Act“ gibt einer Person, gegen die ermittelt wird, jedoch die Möglichkeit, bei einem Gericht auf Feststellung zu klagen, daß die Ausübung der Befugnisse des Inspektors nicht durch „die Erfordernisse des Gemeinwohls“ gedeckt sind. Nach irischem — wie auch englischem — Verständnis wird das „legal professional privilege“ damit gerechtfertigt, daß es dem öffentlichen Interesse entspricht (weshalb auch angenommen werden kann, daß es dem Gemeinwohl dient); das „Restrictive Practices Act“ scheint jedoch die irischen Gerichte zu verpflichten, das öffentliche Interesse gegen die Ausübung der Befugnisse des Inspektors abzuwägen.

In Italien gibt es, soweit ersichtlich, keine einschlägige Gesetzgebung, so daß das Problem nicht auftritt. Allerdings ist die Auffassung vertreten worden, auf Untersuchungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren, bezüglich deren die Gesetzgebung oft keine die Ermittlungs-

befugnisse betreffenden Einzelbestimmungen enthält, fänden je nach Art des Verfahrens die Vorschriften über straf- und zivilrechtliche Untersuchungen (welche die Vertraulichkeit schützen) Anwendung (dazu Giannini, *Diritto Amministrativo*, Band II, 1970, S. 970 ff.). Auch diese Ansicht wird jedoch bestritten.

Artikel 5 des luxemburgischen Gesetzes vom 17. Juni 1970 räumt der „Commission des Pratiques Commerciales Restrictives“ weitreichende Untersuchungsbe-fugnisse ein. Nach Artikel 6 kann sie auch den Wirtschaftsminister ersuchen, Ermittlungen einzuleiten; der Minister bestimmt dann die ermittlungsführenden Beamten. Deren Befugnisse bestimmen sich nach Artikel 8 des Gesetzes vom 30. Juni 1961, das Preiskontrollen betrifft. Das „Office des Prix“ hat nach diesem Artikel „le droit d'investigation le plus large“. Weder Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juni 1970 noch Artikel 8 des Gesetzes vom 30. Juni 1961 enthalten ausdrückliche Einschränkungen der in diesen Vorschriften eingeräumten Untersuchungsbefugnisse, und es scheint keine Rechtsprechung zu der Frage zu geben, ob irgendein Grundsatz von „legal confidence“ in Wettbewerbsangelegenheiten Anwendung findet. Es sollte jedoch festgehalten werden, daß die „Commission des Pratiques Commerciales Restrictives“, wenn ich es richtig verstanden habe, lediglich Tatsachen ermittelt und keine Entscheidungsbefugnis hat (Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Juni). Sie hat auf Anordnung des Ministers Untersuchungen durchzuführen und einen Bericht zu erstellen (der die abweichenden Meinungen der Kommissionsmitglieder enthalten kann). Dem Gesetz Geltung zu verschaffen, ist Sache des Ministers, wobei die Möglichkeit besteht, gegen die ministeriellen Entscheidungen Klage beim Conseil d'État zu erheben. Der Minister

kann nicht unmittelbar ein Bußgeld verhängen, sondern höchstens ein bestimmtes Verhalten untersagen; wird seiner Entscheidung nicht Folge geleistet, so kann das strafrechtlich geahndet werden (Artikel 7 und 8). Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Rechtslage in Luxemburg eine andere ist als diejenige gemäß der Verordnung Nr. 17. Die EG-Kommission ist sowohl Untersuchungsführer als auch zur Entscheidung befugt und kann Geldbußen festsetzen.

In den Niederlanden sieht Artikel 25 der Wet Economische Delicten (Wirtschaftsstrafgesetz) vor, daß auf Wirtschaftsdelikte, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Wetboek van Strafvordering (Strafverfahrgesetzbuch) Anwendung findet (in dem, wie wir gesehen haben, die Vertraulichkeit geschützt ist). Artikel 19 dieses Gesetzes hat die Untersuchungsbefugnisse zum Gegenstand, wahrt jedoch ausdrücklich die Vertraulichkeit. Artikel 18 der Wet Economische Mededinging (Wettbewerbsgesetz) geht in dieselbe Richtung.

Die Gesetzgebung im Vereinigten Königreich schützt ausdrücklich die Vertraulichkeit (Section 85 des „Fair Trading Act“ 1973, Section 37 des „Restrictive Practices Act“ 1976 und Section 3 des „Competition Act“ 1980). Wahrscheinlich bedürfte es in England einer ausdrücklichen Bestimmung, um das „legal professional privilege“ einzuschränken oder ganz auszuschalten.

Es dürfte also ganz eindeutig keinen allgemeinen oder auch nur weitgehend anerkannten Grundsatz geben, wonach ein derartiger Schutz von „legal confidence“ in seiner bestehenden Form in Wettbewerbsangelegenheiten ausgeschlossen wäre. Man kann höchstens sagen, daß einige Fälle zweifelhaft sind; die allgemeine Regel ist, daß der Schutz bestehen bleibt.

Von seiten der französischen Regierung ist vorgebracht worden, Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 räume der Kommission bei richtiger Auslegung völlig unbegrenzte Nachprüfungsbefugnisse ein, die durch keinen Grundsatz der Vertraulichkeit, welcher Art auch immer, eingeschränkt würden.

Es wurde geltend gemacht, das Schweigen hinsichtlich des Grundsatzes der Vertraulichkeit bedeute, daß dieser Grundsatz hier überhaupt nicht zur Anwendung komme. Dabei berief man sich auf die Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 17, um zu zeigen, daß sich der Rat mit der Frage einer entsprechenden Beschränkung der Kommissionsbefugnisse befaßt, diese Idee dann aber fallengelassen habe. Generalanwalt Warner äußerte zwar Zweifel daran, ob es zulässig sei, eine Verordnung unter Heranziehung ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen, vertrat jedoch die Auffassung, daß der Rat sich nicht bewußt gegen die Anwendung eines Grundsatzes der Vertraulichkeit ausgesprochen habe. In der zweiten Sitzung wurden gegen seine Schlußfolgerung von seiten der französischen Regierung und der Kommission Einwände vorgebracht.

Obwohl ich diese Zweifel teile, muß angesichts der Erörterungen in der zweiten Sitzung noch einmal auf die Frage eingegangen werden, ob sich aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 17 wenigstens die Absicht der Verfasser dieses Textes eindeutig ergibt. In den Begründungserwägungen heißt es, die Kommission müsse über die Befugnis verfügen, Auskünfte zu verlangen und Nachprüfungen vorzunehmen, die erforderlich seien, um die durch den EWG-Vertrag verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen zu ermitteln. Die Verordnung enthält vier Vorschriften, die Artikel 11 bis 14, in denen diese Erwägung rechtsverbindlich gemacht worden ist.

Wie ein Vergleich zwischen dem ursprünglichen Entwurf, den Änderungsvorschlägen des Binnenmarktausschusses des Parlaments (die sich beide in dem „Deringer-Bericht“, Europäisches Parlament, Dokument 57/1961, finden), den Änderungen des Parlaments (ABl. Nr. 73 vom 15. 11. 1961, S. 1409) und der endgültigen Fassung zeigt, wurde nur der heutige Artikel 11 wesentlich geändert, dagegen wurden — abgesehen von einer Neuformulierung des Artikels 14 Absatz 6 — an Artikel 14 Absätze 2, 3 und 5 nur unbedeutende Textänderungen vorgenommen.

Im Hinblick auf diese Artikel brachte der Ausschuß mehrere Punkte der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze zur Sprache und führte in diesem Zusammenhang folgendes aus: „In jedem Fall müssen auskunftspflichtige Personen das übliche Zeugnisverweigerungsrecht haben, desgleichen muß das Berufsgeheimnis etwa der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer gewahrt bleiben. Bei Durchsuchungen ist die Einschaltung eines Gerichts vorzusehen, da z. B. nach dem deutschen Grundgesetz Durchsuchungen nur auf richterlichen Befehl durchgeführt werden dürfen. Die Möglichkeit, daß der Duldungspflichtige die Entscheidung der Kommission beim Gerichtshof anfechten kann, ersetzt den richterlichen Durchsuchungsbefehl nicht, da durch die Umkehrung der Antragslast der Betroffene in seiner Verteidigung unzumutbar beschränkt würde“ (Ziffer 121).

Es wurde jedoch nur vorgeschlagen, Artikel 11 in seiner Entwurfsfassung zu ändern, und zwar durch Anfügung des folgenden Absatzes:

„Zur Erteilung der Auskunft sind die Inhaber der Unternehmen oder deren Vertreter, bei juristischen Personen, Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung

zur Vertretung berufenen Personen verpflichtet. Die zur Auskunft verpflichteten Personen können die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder einen nach den nationalen Prozeßordnungen zur Zeugnisverweigerung berechtigten Angehörigen oder die von ihnen vertretenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde“.

Bei der Verabschiedung der Verordnung Nr. 17 wurde der zweite Satz gestrichen. Es ist ganz klar, daß dieser Satz in keinem einzigen Mitgliedstaat der jeweils bekannten Lehre vom Berufsgeheimnis entspricht. Am nächsten kommt er noch dem im deutschen Recht (und auch im englischen Recht) anerkannten Grundsatz, daß man die Beantwortung von Fragen verweigern darf, wenn anderenfalls eine eigene strafbare Handlung offenbart werden müßte. Die Ziffer 121 des Deringer-Berichts zeigt, daß dem deutschen Recht große Beachtung geschenkt wurde.

Nicht alle Empfehlungen des Berichtes haben in Änderungsvorschlägen zu dem Entwurf ihren Ausdruck gefunden, und es ist möglich, daß dem Wunsch, das Berufsgeheimnis zu schützen, dasselbe Schicksal beschieden war wie der Anregung, Hausdurchsuchungen von einer vorherigen Anordnung des Gerichts abhängig zu machen. Selbst wenn jedoch die vom Parlament vorgeschlagene Änderung zu Artikel 11 als Hinweis auf das Berufsgeheimnis verstanden werden könnte, bliebe fraglich, warum keine vergleichbare Änderung in bezug auf Artikel 14 vorgeschlagen wurde. Darauf gibt es keine klare Antwort.

Diese verfügbaren Materialien zur Entstehungsgeschichte geben mitnichten einen eindeutigen Aufschluß über die Absichten der Verfasser. Meines Erachtens kann allerhöchstens gesagt werden,

daß der Binnenmarktausschuß des Parlaments eine Beschränkung der hier relevanten Nachprüfungsbefugnisse der Kommission ins Auge gefaßt, aber keine Änderung vorgeschlagen hat, um einer solchen Beschränkung Wirkung zu verleihen. Es gibt keinen Hinweis darauf, daß entweder die Kommission oder der Rat daran gedacht hätten oder, wenn sie es taten, was sie sich gedacht haben. Ich meine deshalb, daß die Entstehungsgeschichte der Verordnung für die Auslegung von Artikel 14 nichts hergibt.

Es ist argumentiert worden, wenn einem beauftragten Bediensteten gemäß Artikel 14 Schriftstücke offengelegt würden, so stelle das unter keinen Umständen einen Bruch der Vertraulichkeit dar, die, wie der gerade vorgetragene Überblick gezeigt hat, in den Mitgliedstaaten weitgehend geschützt wird. Diesem Argument kann unmöglich gefolgt werden. Ebenso wenig teile ich die Auffassung, Verfahren nach Artikel 14 seien rein verwaltungstechnischer Natur und beschränkten sich auf Tatsachenfeststellungen, so daß der Grundsatz in keinem Fall anwendbar sei. Im Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 wird bei der Nachprüfung nicht deutlich zwischen einem Stadium der Tatsachenfindung und einem gerichtsähnlichen Stadium unterschieden. Ein und dieselbe Generaldirektion ist mit dem gesamten Vorgang befaßt. Für alle Fälle verweise ich darauf, was der Gerichtshof in der Rechtssache 85/76 (*Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Randnr. 9 der Entscheidungsgründe) ausgeführt hat: „Die Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt in allen Verfahren, die zu Sanktionen, namentlich zu Geldbußen oder zu Zwangsgeldern führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der auch in einem Verwaltungsverfahren beachtet werden muß“. Der nach dem Grundsatz zuerkannte Schutz ist somit

nach meinem Dafürhalten nicht wegen der Art des Verfahrens ausgeschlossen.

In seinen Thesen von 1976 zu den Methoden der Auslegung führte Richter Kutscher aus, daß ein von einem Organ der Gemeinschaft erlassener Akt „so auszulegen ist, daß er vereinbar ist mit dem höherrangigen Vertragsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denen ebenfalls höherer Rang als dem abgeleiteten Recht zukommt. Andere Auslegungen, die zur Unvereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht und also zur Unanwendbarkeit oder zur Ungültigkeit des Organakts führen würden, sind außer acht zu lassen“ (S. 40).

Ich bin mir voll dessen bewußt, daß es wichtig ist, den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag Geltung zu verschaffen, und daß möglichst vollständig aufgeklärt werden sollte, was die Betroffenen getan haben; auch weiß ich, wie schwierig es ist, Beweise beizubringen, um die Wahrheit zu ermitteln. Gleichwohl meine ich, daß Artikel 14 bei richtiger Auslegung die Kommission nicht zur Überprüfung von Schriftstücken ermächtigt, die unter den allgemeinen Grundsatz der Vertraulichkeit fallen, wie er meines Erachtens Bestandteil des Gemeinschaftsrechts ist.

Ich halte deshalb die Auffassung der Kommission für richtig, es müsse rechtlich davon ausgegangen werden, daß es einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Schutzes von „legal confidence“ gebe. Dieser Grundsatz geht jedoch, wie ich gerade dargelegt habe, weiter und ist meines Erachtens logischer als der eingeschränkte Grundsatz, wie ihn die Kommission vertritt. Es handelt sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der aus dem in den Mitgliedstaaten bestehenden, wenn auch unterschiedlich angewandten allgemeinen Grundsatz abzuleiten ist. Er hängt nicht von Zugeständnissen der Verwaltung ab und ist auch kein Ausfluß irgendeiner

Art von „estoppel“, das sich aus einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage ergeben würde und bezüglich dessen jedenfalls theoretisch eines Tages gesagt werden könnte, daß es künftig keine Wirkung mehr habe. Er ist im Bereich wettbewerbsrechtlicher Nachprüfungen nicht ausgeschlossen; auch Artikel 14 steht seiner Anwendung nicht entgegen.

Daraus folgt meines Erachtens, daß die Ansicht von Dr. Ehlermann und Dr. Oldenkop (die auf Seite 1623 von Generalanwalt Warner wiedergegeben ist und der ich, obwohl sie eine rein persönliche Ansicht ist, großes Gewicht beimesse) im wesentlichen zutreffend war. Diese Auffassung wird im Kern vom J. Sedemund, „Due process in Community law“, sowie von den Verfassern anderer Artikel, auf die der Gerichtshof hingewiesen wurde, geteilt.

Ein besonderes Problem in diesem Fall stellen die Schreiben dar, die nicht von der Klägerin, sondern von anderen Unternehmen oder für andere Unternehmen des Rio-Tinto-Zinc-Konzerns verfaßt worden sind. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache 48/69 (*ICI/Kommission*, Slg. 1972, 619, 665) ausgeführt hat, können die tatsächlichen Beziehungen zwischen den eine wirtschaftliche Einheit bildenden Mitgliedern einer Unternehmensgruppe dazu führen, daß insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbs die jeweils unterschiedliche Rechtspersönlichkeit dieser Unternehmen lediglich als formelles, nicht aber substantielles Unterscheidungsmerkmal anzusehen ist. Im übrigen ist es möglich, daß eine von angestellten oder freiberuflichen Rechtsanwälten erteilte Rechtsberatung, die ein Konzernunternehmen in Auftrag gegeben hat, in Wirklichkeit für alle Konzernunternehmen angefordert worden ist. Das ist sicherlich der Fall, wenn wie hier ein Konzernunternehmen die Aufgabe hat, den gesamten Konzern recht-

lich zu beraten. In dieser Situation halte ich es wegen des gemeinsamen Interesses aller Konzernunternehmen für gerechtfertigt, Schriftstücke als vertraulich zu behandeln, die von einem oder für ein Konzernunternehmen verfaßt und bei einem anderen Konzernunternehmen vorgefunden worden sind.

Einige der Schriftstücke, zum Beispiel das mit der Nummer 13, enthalten Passagen, die nicht unter die von mir genannten Kategorien von a) Mitteilungen zwischen Rechtsanwalt und Mandant (oder zwischen Rechtsanwälten) und von b) Niederschriften derartiger Mitteilungen fallen. Diese Teile müssen offengelegt werden. Es stößt auf keine praktischen Schwierigkeiten, die geschützten Teile geheimzuhalten. Abgesehen davon bin ich der Auffassung, daß alle übrigen Schriftstücke der Kommission nicht offengelegt zu werden brauchen.

Obwohl die Frage nach dem Verfahren nicht mehr das Hauptproblem ist, hat die Kommission weiterhin einen wichtigen Teil ihrer Argumentation darauf verwandt; sie meint a), das Unternehmen könne nicht nach eigenem Belieben darüber befinden, ob Schriftstücke geschützt seien, und b), nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts müsse der Inspektor selbst die Frage entscheiden, wobei er befugt sei, sich über allgemein formulierte Zweifelsfälle mit seinen Kollegen zu beraten. Dem ersten Teil dieses Vorbringens stimme ich zu. Den zweiten halte ich für völlig unakzeptabel. Mit scheint, daß die Entscheidung, ob ein Schriftstück geschützt ist, in einer Reihe von Staaten nicht der vollziehenden und ermittelnden Behörde überlassen bleibt; eine solche Situation könnte auch nicht hingenommen werden. Ich wiederhole nicht die Ausführungen von Generalanwalt Warner zu diesem Aspekt der Sache, schließe mich ihnen aber an. Mit ihm bin ich der Auffassung,

daß ein unabhängiges Gericht die Frage entscheiden muß. Es ist allzu naiv anzunehmen, der Inspektor könne geschütztes Material, von dem er im Rahmen seiner Entscheidungsfindung möglicherweise Kenntnis erhält, völlig aus seinem Gedächtnis verbannen. Richter müssen das manchmal tun, sie haben aber eine andere Ausbildung erhalten, und selbst für sie ist das nicht immer eine leichte Aufgabe. Bei der Darstellung der Rechtslage in England ist die französische Regierung zu weit gegangen, denn nicht selten wird über die Schutzwürdigkeit von Schriftstücken in einem getrennten Verfahren und von einem anderen als dem erkennenden Richter entschieden. Im übrigen sollte in diesem Zusammenhang auch berücksichtigt werden, daß diejenigen, gegen die ermittelt wird, sich ungerecht behandelt fühlen können. Bei dem betroffenen Unternehmen wird gewiß oft Unklarheit darüber bestehen, ob der Inspektor die Sache tatsächlich „vergessen“ hat und ob er nicht — bewußt oder unbewußt — zusätzliche Fragen gestellt und Untersuchungen durchgeführt hat, die nur auf geschützten Informationen beruhen können. Damit soll keineswegs die Redlichkeit oder der gute Wille des Inspektors in Frage gestellt, sondern nur darauf hingewiesen werden, daß es schwierig ist festzustellen, ob der Inspektor sich nicht unbewußt von Kenntnissen hat leiten lassen, die er gegebenenfalls nicht hätte erlangen dürfen.

So gesehen halte ich die Antwort an Herrn Cousté für unbefriedigend, denn die Kommission verspricht darin nur, ein derartiges Dokument nicht zu *benutzen*. Ich meine dagegen, die Kommission sollte ein Dokument, wenn es geschützt ist, überhaupt nicht *sehen*. Das dem Grundsatz der Vertraulichkeit zugrunde liegende öffentliche Interesse entsteht in dem Moment, in dem Beratung erbeten und erteilt wird, und es bleibt danach

unabhängig von dem Zeitpunkt bestehen, in dem sich die Frage einer Offenlegung zum Zwecke der Nachprüfung stellt.

Ich vermag nicht den Gleichmut zu teilen, mit dem die Kommission erklärt, alles könne am Ende befriedigend gelöst werden: Wenn unter Verwendung einer geschützten Information auf eine Rechtsverletzung erkannt worden sei, so könne diese Entscheidung vom Gerichtshof ja annulliert werden. Diese Argumentation läßt meines Erachtens wichtige Gesichtspunkte außer acht. Es ist möglich, daß die geschützte (und deshalb zu Unrecht benutzte) Information den Eckstein des Kommissionsvorbringens darstellt oder daß sie in einem frühen Stadium der Ermittlungen ans Licht kommt; die Ermittlungen können langwierig sein — was tatsächlich oft der Fall ist — und den Kommissionsbediensteten viel Zeit und Mühe abverlangen. Die Kosten, die der Gemeinschaft — und daher letztlich dem Steuerzahler — sowie dem betroffenen Privatunternehmen entstehen, können gewaltig sein. Ich halte es für befriedigender, gerechter und wirkungsvoller, über derartige Fragen in einem früheren Stadium zu entscheiden. Solange es daher nicht aufgrund von gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen unmöglich ist, solche Probleme in einem frühen Verfahrensstadium zu lösen, spricht meines Erachtens alles dafür, eine Entscheidung zu erlangen, bevor die Schriftstücke eingesehen und benutzt werden. Jedenfalls sollte von derartigen geschützten Informationen nicht länger Gebrauch gemacht werden, sobald eine Entscheidung über ihre Schutzwürdigkeit möglich ist. Ich bin nicht der Meinung, daß es zu einem Kompetenzkonflikt zwischen der Kommission und dem zuständigen Gericht kommt, wenn eine solche Entscheidung in einem frühen Verfahrensstadium ergeht. Beider Aufgaben zur Verwirklichung der wahren vertrags- und gemein-

schaftsrechtlichen Ziele ergänzen sich nämlich und stehen nicht miteinander in Widerstreit.

Generalanwalt Warner hat eine Reihe von Gründen dafür vorgebracht, daß das Problem von nationalen Gerichten als eine Frage des Gemeinschaftsrechts entschieden werden sollte; allerdings verwirft er meines Erachtens zu Recht den Gedanken, der Schutz solle nach dem Recht des Mitgliedstaats bemessen werden, in welchem sich die Schriftstücke befinden. Sein Vorschlag ist zweifellos eine von mehreren möglichen Lösungen, obwohl sich Schwierigkeiten daraus ergeben können, daß in manchen Ländern offensichtlich nicht ein Gericht, sondern der Präsident der Anwaltskammer darüber entscheidet, ob Schriftstücke geschützt sind.

Ich meine, es gibt noch eine andere Lösung, und diese hat nicht all die Nachteile, die ihr zugeschrieben worden sind. Wenn der Gerichtshof erst einmal die Grundsatzfrage entschieden hat, dürften die Streitpunkte in den meisten künftigen Fällen wahrscheinlich schnell geregelt sein. In der Mehrzahl der Fälle werden die Parteien sich wohl gütlich darüber einigen können, ob ein Schriftstück tatsächlich unter den Grundsatz fällt, denn der Anwalt des Unternehmens wird in der Lage sein, den Inspektor hinsichtlich der Art des Schriftstücks zu überzeugen,

ohne dessen Inhalt zu offenbaren. Im Streitfall kann die Kommission, wenn sie nicht zufriedengestellt ist, eine Entscheidung erlassen, gegen die wie im vorliegenden Fall beim Gerichtshof Klage erhoben werden kann; diese könnte dann vielleicht an eine Kammer verwiesen werden. Angesichts der Erfahrungen auf vergleichbaren Gebieten glaube ich nicht, daß eine Flut von Klagen die Folge wäre, wie behauptet wird. Auch sollte den Hinweisen auf eine Verschleppungstaktik, wie sie angeblich in amerikanischen Verfahren gepflogen wird, keine große Bedeutung beigemessen werden. Amerikanische Rechtsanwälte sind die ersten, die darauf hinweisen, daß das Rechtssystem des Vereinigten Königreichs keinen Raum für derartige Verzögerungen bietet. Der Gerichtshof verfügt über die notwendigen Mittel, um mutwilligen Klagen zu begegnen. Selbst wenn sich das Unternehmen durch die Kosten nicht abschrecken läßt, dürften sich doch nur wenige Anwälte, die derartige Sachen übernehmen, einer offenen Kritik des Gerichtshofes in seinem Urteil dadurch aussetzen wollen, daß sie bei ihm aussichtslose Klagen wegen der Schriftstücke anhängig machen.

Ich halte es folglich für die beste Lösung, Streitfälle vor diesen Gerichtshof zu bringen, wie es im vorliegenden Verfahren geschehen ist.

Vorbehaltlich meiner Ausführungen zu bestimmten Teilen der streitigen Schriftstücke beantrage ich daher, Artikel 1 Buchstabe b der Entscheidung der Kommission vom 6. Juli 1979 aufzuheben und der Kommission die Kosten der Klägerin aufzuerlegen. Die Fortsetzung des Verfahrens hat in meinen Augen nichts ergeben, was es rechtfertigen würde, von dem Antrag abzuweichen, den Generalanwalt Warner gestellt hat: der Kommission auch die Kosten der erfolgreichen Streithelfer — der Regierung des Vereinigten Königreichs und der CCBE — aufzuerlegen und zu entscheiden, daß die französische Regierung ihre eigenen Kosten tragen sollte.