



Dokumentinformation

Die Reichweite des Anwaltsprivilegs

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.01.2008
Publiziert von	Verlag Österreich
Autor	Florian Neumayr Stefanie Stegbauer
Fundstelle	OZK 2008, 10
Heft	1 / 2008
Seite	10
Entscheidung	EuG 27.9.2007, T-125/03, T-253/03 ▼ Zu den Verweisen

Abstract

Die Akzo-Entscheidung (FN ¹) des EuG hat weitere Klarheit hinsichtlich des "Anwaltsprivilegs" bei Nachprüfungen der Europäischen Kommission gebracht. Dessen Reichweite bei Hausdurchsuchungen der BWB ist umstritten. Der vorliegende Artikel beleuchtet beides.

Fußnoten

EuG 27. 9. 2007, T-125/03 und T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Limited ua/Kommission ("Akzo-Entscheidung").

Text

1. Die Thematik

Unternehmen lassen Sachverhalte regelmäßig durch interne und/oder externe Juristen prüfen. Schon die Fragestellung und noch mehr die Darstellung des vom Unternehmen für relevant gehaltenen Sachverhalts können einen Verstoß gegen das Kartell- oder Marktmachtmissbrauchsverbot (FN ²) dokumentieren. Die Antwort des Juristen stellt möglicherweise einen Verstoß sogar fest.

Fußnoten

Art 81 Abs 1 EG-Vertrag und [§ 1 KartG](#) Abs 1 2005 bzw Art 82 EG-Vertrag und [§ 5 Abs 1 KartG 2005](#). Freilich kann auch ein Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Durchführungsverbot dokumentiert sein. Das ist in Österreich von besonderer Relevanz, weil die BWB auch wegen Verdachts eines Verstoßes gegen [§ 17 KartG 2005](#) eine Hausdurchsuchung beantragen kann - [§ 12 Abs 1 WettbG](#).

Unternehmen haben daher ein Interesse am Schutz der Vertraulichkeit derartiger Korrespondenz. Die Thematik stellt sich insbesondere, wenn eine Wettbewerbsbehörde im Rahmen von "dawn raids" (FN ³) beabsichtigt, Unterlagen von Unternehmen in deren Räumlichkeiten einzusehen und zu kopieren.

Fußnoten

Der Begriff rührt vom regelmäßig frühen Beginnzeitpunkt (dawn) der typischerweise unangekündigten Nachprüfungen (raid) her - vgl zum Thema Nachprüfungen allgemein zB Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht [2005], § 9, Rz 53 ff.

Im Hinblick auf Österreich sind folgende zwei Szenarien zu unterscheiden: Einerseits kann die Europäische Kommission Nachprüfungen aufgrund der VO 1/2003 durchführen. (FN ⁴) Andererseits kann die BWB Hausdurchsuchungen nach dem Wettbewerbsgesetz ("WettbG") vornehmen. (FN ⁵) (Wenn die BWB aufgrund eines Ersuchens der Kommission tätig wird, handelt es sich ebenfalls um eine Hausdurchsuchung der BWB, die sich nach nationalem Recht richtet. (FN ⁶)) Bei Nachprüfungen der Kommission können Mitarbeiter der BWB und bei Hausdurchsuchungen der BWB Bedienstete der Kommission mitwirken, was aber nichts daran ändert, dass bei ersteren europäi-

Ende Seite 10

Anfang Seite 11»

sches Recht und bei letzteren österreichisches Recht anwendbar ist. (FN ⁷)

Fußnoten

Dabei handelt es sich entweder um eine "einfache Nachprüfung" (Art 20 Abs 1 und 3 VO 1/2003) oder eine Nachprüfung aufgrund einer Entscheidung (Art 20 Abs 4 VO 1/2003). Nur bei Nachprüfungen aufgrund von Entscheidungen besteht Duldungspflicht; auch das bedeutet jedoch nur, dass im Falle der Nicht-Duldung Geldbußen verhängt werden können (Art 23 Abs 1 lit c VO 1/2003). Um die Räumlichkeiten gegen den Willen des betroffenen Unternehmens betreten zu können, ist ein Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich, den die BWB (vorsorglich) gemäß § 12 Abs 2 WettbG zu beantragen hat (vgl mwN Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian [Hrsg], KartG 2005 [2007], § 12, insb Rz 79 ff). Von der Duldungspflicht zu unterscheiden ist die Mitwirkungspflicht des Unternehmens. Diese besteht bei Nachprüfungen aufgrund einer Entscheidung von vornherein. Aber auch wenn bei einfacher Nachprüfung das betroffene Unternehmen die Nachprüfung (freiwillig) duldet, beginnt eine Mitwirkungspflicht. Verlangte Geschäftsunterlagen dürfen danach - außer es greift eine Ausnahme wie das hier zu untersuchende Anwaltsprivileg - nicht unvollständig sowie gestellte Fragen nicht unrichtig oder irreführend beantwortet werden (widrigenfalls droht ein Bußgeld - Art 23 Abs 1 lit c und d VO 1/2003).

Dies setzt grundsätzlich eine Entscheidung des Kartellgerichts gem § 12 Abs 1 WettbG (Hausdurchsuchungsbefehl) voraus. Die BWB hat jedoch die Möglichkeit, lediglich nach § 11a Abs 1 WettbG (Auskunftsverlangen und Urkundenvorlage) vorzugehen; diesfalls ist sie auf Duldung durch das betroffene Unternehmen angewiesen. Eine bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht, wie sie die VO 1/2003 normiert, kennt das österreichische Recht grundsätzlich nicht; die Frage, inwieweit das Anwaltsprivileg taugliche Grundlage der Verweigerung der Einsichtnahme ist, stellt sich aber dennoch - siehe im Einzelnen bei 3. unten.

Art 22 Abs 2 VO 1/2003. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten die BWB ersuchen können, eine Nachprüfung durchzuführen; diesfalls richten sich die Befugnisse der BWB ebenfalls nach nationalem Recht - Art 22 Abs 1 VO 1/2003.

Vgl Art 20 Abs 5 und Art 22 Abs 2 VO 1/2003.

Im Folgenden wird die Reichweite des Anwaltsprivilegs bei Nachprüfungen der Kommission einerseits und bei Hausdurchsuchungen der BWB andererseits untersucht.

2. Das Anwaltsprivileg bei Nachprüfungen der Kommission

2.1 Die AM & S-Entscheidung (FN ⁸)

In der bereits 25 Jahre alten Leitentscheidung zum Anwaltsprivileg hat der EuGH klargestellt, dass die Kommission zwar grundsätzlich in alle Geschäftsunterlagen (mit Bezug zum Untersuchungsgegenstand) Einsicht nehmen und davon Kopien anfertigen darf, der Schriftverkehr zwischen Anwalt und Mandant jedoch geschützt ist. (FN ⁹)

Fußnoten

AM & S-Entscheidung, insb Rz 17 f und 23.

Der EuGH hat weiters ausgeführt, dass dieser Schutz nicht nur für Anwaltskorrespondenz nach Eröffnung eines Verfahrens wegen (heute) Art 81 oder 82 EG-Vertrag gilt, sondern auch für *"den früheren Schriftwechsel [...], der mit dem Gegenstand dieses Verfahrens im Zusammenhang steht"*. (FN ¹⁰)

Fußnoten

AM & S-Entscheidung, Rz 23 - in der Entscheidung ging es um anwaltlichen Schriftverkehr vor dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaates (Vereinigtes Königreich) zur Gemeinschaft.

Zur Frage, ob es sich um Korrespondenz mit einem externen Anwalt handeln muss, hat der EuGH ebenfalls bereits in der AM & S-Entscheidung Stellung genommen: Der Korrespondenzpartner *"Rechtsanwalt"* muss im Verhältnis zum Unternehmen *"einen unabhängigen Status"* haben, dh er darf *"nicht durch ein Beschäftigungsverhältnis an seinen Mandanten gebunden"* sein. (FN ¹¹) Korrespondenz mit nicht in einem Mitgliedsstaat zugelassenen Rechtsanwälten hat der EuGH die Privilegierung versagt. (FN ¹²)

Fußnoten

AM & S-Entscheidung, Rz 24 und 27.

AM & S-Entscheidung, Rz 26.

Was die Geltendmachung des Anwaltsprivilegs anbelangt, so hat das Unternehmen gemäß der AM & S-Entscheidung den *"Kommissionsbediensteten, ohne allerdings den Inhalt der betreffenden Korrespondenz offenbaren zu müssen, alle zweckdienlichen Angaben zu machen, mit denen dargelegt werden kann, dass der Schriftverkehr die Voraussetzungen für den [...] Schutz erfüllt"*. (FN ¹³)

Fußnoten

AM & S-Entscheidung, Rz 29.

2.2 Die Akzo-Entscheidung

Das EuG entwickelt in seiner jüngst ergangenen Akzo-Entscheidung die Grundsätze der AM & S-Entscheidung weiter: (FN ¹⁴)

Fußnoten

Das Gericht war im Übrigen erstmalig (nach dem EuGH) schon in der Entscheidung EuG 12. 12. 1991, T-30/89 Hilti/Kommission mit dem Anwaltsprivileg befasst.

Während bisher im Lichte der AM & S-Entscheidung vielfach die Meinung vertreten wurde, die Kommission dürfe einen "flüchtigen" Blick auf die fraglichen Dokumente werfen (um so entscheiden zu können, ob das Anwaltsprivileg einschlägig ist oder nicht), (FN ¹⁵) erklärt das EuG nunmehr selbst einen solchen "cursory look" für unzulässig. (FN ¹⁶) Gleichzeitig unterstreicht das EuG jedoch, dass die bloße Behauptung, ein Dokument unterliege dem Anwaltsprivileg, nicht hinreichend ist. Vielmehr muss das betroffene Unternehmen Umstände dartun, welche die Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs belegen. (FN ¹⁷) Der Kommission kann etwa Autor und Adressat des Dokuments genannt, die Funktionen und Aufgaben dieser Personen erläutert und der Gegenstand sowie der Zusammenhang, in dem das Dokument erstellt wurde, beschrieben werden. (FN ¹⁸) Vielfach, so das Gericht, wird ein Blick auf das allgemeine Layout genügen, um der Kommission eine Beurteilung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs zu erlauben. (FN

19) Zu denken ist hier an in der Praxis bekannte Vermerke, wie "vertrauliche Anwaltskorrespondenz", möglicherweise in Verbindung mit der Geschäfts- oder Aktenzahl des betreffenden Verfahrens, sofern ein solches bereits eingeleitet wurde, udgl.

Fußnoten

So zB Meyer/Kuhn, Befugnisse und Grenzen kartellrechtlicher Durchsuchungen nach VO 1/2003 und nationalem Recht, WuW 2004, 880 [885] (bereits mit dem Hinweis darauf, dass die Entscheidung des EuG 30. 1. 2003, T-253/03 R, Akzo Nobel Chemicals Limited ua/Kommission [im "Provisorialverfahren"] in eine andere Richtung weist).

Akzo-Entscheidung, Rz 82 und 86.

Dem Unternehmen obliegt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs - Akzo-Entscheidung, Rz 123 und 124.

Akzo-Entscheidung, Rz 80.

Akzo-Entscheidung, Rz 81.

Sollte das Unternehmen die Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs substantiiert behauptet haben, die Kommission aber anderer Meinung sein, gibt die Akzo-Entscheidung klar vor, dass Kopien der betreffenden Dokumente in einen zu versiegelnden Umschlag zu geben sind, den die Kommission daraufhin mitnimmt. (FN 20) Will sie die Kopien

«Ende Seite 11

Anfang Seite 12»

einsehen, muss die Kommission eine förmliche Entscheidung erlassen, wonach sich das Anwaltsprivileg nicht auf die betreffenden Dokumente erstreckt. (FN 21) Frühestens nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Bekämpfung dieser Entscheidung beim EuG darf die Kommission die fraglichen Dokumente lesen. (FN 22)

Fußnoten

Akzo-Entscheidung, Rz 83.

Akzo-Entscheidung, Rz 85.

Das betroffene Unternehmen kann einen Antrag auf einstweilige Anordnung mit dem Ziel stellen, die Kenntnisaufnahme des Inhalts der Dokumente durch die Kommission weiter aufzuschieben - vgl Akzo-Entscheidung, Rz 88.

"In-house" (sei es von der Rechtsabteilung oder anderen Stellen im Unternehmen) erstellte Unterlagen können gemäß der Akzo-Entscheidung nur dann unter das Anwaltsprivileg fallen, wenn sie exklusiv zum Zweck der Rechtsberatung durch einen externen Anwalt im Zusammenhang mit der Ausübung von Verteidigungsrechten erstellt wurden. (FN 23) Es ist demnach nicht ausreichend, ein Dokument bloß mit einem Anwalt zu diskutieren. Das EuG erwähnt ausdrücklich auch Dokumente mit Bezug zu "Compliance-Programmen", die nicht automatisch unter das Anwaltsprivileg fallen. (FN 24) Umgekehrt müssen Dokumente, die exklusiv für die Zwecke externer Rechtsberatung im Zusammenhang mit der Ausübung von Verteidigungsrechten erstellt wurden, nicht notwendigerweise an einen Anwalt geschickt werden, um dem Anwaltsprivileg zu unterliegen.

Fußnoten

Akzo-Entscheidung, Rz 123. Das Gericht unterstreicht im Übrigen nochmals, dass, auch wenn der Korrespondenzpartner in der Rechtsabteilung zugelassener Anwalt ist, das Anwaltsprivileg (bereits im Lichte der AM & S-Entscheidung) nicht zur Anwendung gelangt.

Nach Meinung des Gerichts haben Compliance-Programme nicht notwendig einen Konnex mit der Ausübung von Verteidigungsrechten; demnach war auch ein Memorandum mit Informationen, die vom Geschäftsführer des betroffenen Unternehmens im Zuge interner Diskussionen mit

Mitarbeitern zusammengetragen wurden, um externen Rechtsrat im Hinblick auf ein Compliance-Programm einzuholen, nicht privilegiert - Akzo-Entscheidung, Rz 123 und 127.

3. Das Anwaltsprivileg bei Hausdurchsuchungen der BWB

Nach österreichischem Recht ist das Anwaltsprivileg (bei Unterlagen, die sich in der Gewahrsame des Unternehmens befinden) umstritten. (FN ²⁵) Mehrheitlich wird - mit dem Hinweis, das Anwaltsprivileg sei nicht ausdrücklich im WettbG geregelt - vertreten, es gebe ein solches nicht. (FN ²⁶) Andererseits finden sich Aussagen, die - ohne nähere Begründung - offenbar von dessen Geltung (im Umfang des gemeinschaftsrechtlichen Anwaltsprivilegs) auch bei Hausdurchsuchungen der BWB ausgehen. (FN ²⁷) Es stellt sich daher die Frage, ob die Annahme eines Anwaltsprivilegs nach österreichischem Recht einer näheren Betrachtung standhält und wie dieses gegebenenfalls geltend zu machen wäre:

Fußnoten

Eine Hausdurchsuchung könnte auch in den Räumlichkeiten des das betroffene Unternehmen beratenden Rechtsanwalts erfolgen (vgl Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht [2006], 331); hier kann das Anwaltsprivileg, wie auch in Strafverfahren, aus der beruflichen Verschwiegenheitspflicht sowie dem daraus abgeleiteten Aussageverweigerungsrecht und dem diesem entsprechenden Beschlagnahmeverbot abgeleitet werden (vgl Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht [2006], 336 ff). Dieser Sonderfall erscheint insofern unstrittig.

Vgl Roniger/Spallinger, Die Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex*, 2002, 407 [411] (jedoch der Ansicht, dass, "insoweit die Ermittlungen der BWB im Zusammenhang mit Verfahren vor der Kommission erfolgen (insb bei Hausdurchsuchungen gem § 12 Abs 2), [...] die BWB [...] das Anwaltsprivileg im Zusammenhang mit solchen 'europäischen' Verfahren zu beachten" hat); Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], § 12 WettbG, Rz 15 bis 18 (jedoch bei Hausdurchsuchungen auf Ersuchen der Kommission von der Geltung des Anwaltsprivilegs ausgehend; ebenso bei Nachprüfungen auf Ersuchen einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde, sofern deren Rechtsordnung das Anwaltsprivileg kennt); Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007], 169 (jedoch bei Hausdurchsuchungen wegen Verstoßes gegen Art 81 oder Art 82 EG-Vertrag für eine Geltung des Anwaltsprivilegs); Hoffer, Kartellgesetz [2007], 364 (jedoch ebenfalls für ein Anwaltsprivileg zumindest bei "einer Anwendung der Art 81 oder 82 EG").

Vgl Hummer, Akzo: Keine wirkliche Erweiterung des Anwaltsprivilegs, *ecolex* 2007, 871; siehe auch Fußnote 25.

3.1 "Österreichisches Anwaltsprivileg" iSd Akzo-Entscheidung?

Die für die gegenständliche Thematik zentrale Norm ist § 11a Abs 1 Z 2 WettbG. (FN ²⁸) Dieser zufolge ist die BWB befugt, "geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen, [sowie] Abschriften und Auszüge der Unterlagen anzufertigen". Sofern es ein Anwaltsprivileg nach österreichischem Recht gibt, müsste diese Bestimmung restriktiv dahingehend ausgelegt werden, dass (bestimmte) Anwaltskorrespondenz nicht zu den geschäftlichen Unterlagen zählt, welche die BWB einsehen und kopieren darf. Unseres Erachtens sprechen gewichtige Gründe für eine solche restriktive Auslegung des § 11a Abs 1 Z 2 WettbG:

Fußnoten

Wurde der Hausdurchsuchungsbefehl nicht zugestellt, geht die BWB nach § 11a Abs 1 Z 2 und 3 WettbG vor - vgl auch Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], § 12 WettbG, Rz 28; ist die Zustellung erfolgt, richten sich die Befugnisse der BWB gem § 12 Abs 4 WettbG ebenfalls nach § 11a Abs 1 Z 2 und 3 WettbG.

«Ende Seite 12

Anfang Seite 13»

Der Wortlaut der Bestimmung stimmt nahezu völlig mit der Formulierung der Befugnisse der Kommission in Art 20 Abs 2 lit b und c VO 1/2003 überein. Nach den Materialien zum WettbG wurden die Ermittlungsbefugnisse der BWB nach dem Vorbild der europarechtlichen Regelungen

gestaltet und sollte der gleiche Standard eingeführt werden. (FN ²⁹) Schon dies spricht dafür, die österreichischen und europäischen Bestimmungen dahingehend gleich auszulegen, dass Anwaltskorrespondenz im Sinne der Akzo-Entscheidung geschützt ist.

Fußnoten

Die Materialien führen Folgendes aus: "Bei den diesbezüglich vorgesehenen Ermittlungsbefugnissen handelt es sich - in Anlehnung an Art 14 VO 17 - im Wesentlichen um jene, die bereits in § 4 EU-WBG vorgesehen waren. [...] Insgesamt handelt es sich um ein Standardrepertoire an Befugnissen, das auch im internationalen Vergleich als zur Wahrung der Aufgaben der Wettbewerbsbehörde erforderlich angesehen wird." Vgl auch Lukaschek/Matousek, Auskunftspflichten gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2007, 117 [118].

Der OGH als KOG hat bei "*gleicher Interessenlage*" die Grundsätze europäischen Wettbewerbsrechts (hinsichtlich des Gebrauchs von Auskunftsverlangen) als "*im nationalen Bereich für die Untersuchungsbefugnisse der BWB*" geltend angesehen. (FN ³⁰) Da aber bei Hausdurchsuchungen der BWB die gleiche Interessenlage wie bei Nachprüfungen der Kommission besteht, spricht dies für ein Anwaltsprivileg auch bei ersteren.

Fußnoten

OGH als KOG 11. 10. 2006, 16 Ok 7, 8/06.

Besonders deutlich wird die gleiche Interessenlage bei Hausdurchsuchungen auf Ersuchen der Kommission. Würde das Anwaltsprivileg nicht auch bei solchen Hausdurchsuchungen gelten, könnte die Kommission - überspitzt, aber Extreme machen deutlich - gezielt die nationalen Wettbewerbsbehörden in jenen Jurisdiktionen "vorschicken", (FN ³¹) in welchen das Anwaltsprivileg im nationalen Recht nicht verankert ist. (FN ³²)

Fußnoten

Zudem auch noch selbst an der Hausdurchsuchung teilnehmen können - vgl Art 22 Abs 2 letzter Satz VO 1/2003.

Auch wenn ein Verbot zur Weiterleitung an die Europäische Kommission von, dem Anwaltsprivileg unterliegenden, Unterlagen bzw ein Verwertungsverbot für solche Unterlagen besteht (vgl Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], §12 WettbG, Rz 17), ist die Rechtsverletzung iSd Akzo-Entscheidung, sollten sie dennoch weitergeleitet werden bereits dann eingetreten, wenn einer der Beamten den Inhalt des betreffenden Dokuments liest.

Da bei Nachprüfungen der BWB über Ersuchen der Kommission nationales Recht gilt, (FN ³³) kann dieses Ergebnis - gegen das sich (ohne nähere Begründung) die wohl herrschende Meinung ausspricht - (FN ³⁴) nur vermieden werden, indem § 11a Abs 1 Z 2 WettbG entsprechend restriktiv interpretiert wird.

Fußnoten

Art VO 1/2003 - vgl auch Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], §12 WettbG, Rz 101.

Vgl Grunicke/Fellner, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 - Teil 2, *RdW* 2005, 529 [534]; Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], § 12 WettbG, Rz 17; Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007], 169; Hoffer, Kartellgesetz [2007], 364.

Sachliche Gründe, warum nur in diesem Fall (und bei Nachprüfungen der Kommission), nicht aber auch in allen anderen Fällen, das Anwaltsprivileg gelten soll, sind nicht ersichtlich: (FN ³⁵) Es handelt sich regelmäßig um die Vollziehung derselben Norm (Art 81 oder 82 EG-Vertrag) (FN ³⁶) oder doch von Normen, die dem Gemeinschaftsrecht nahezu gleichlautend nachgebildet sind (§§ 1 oder 5 KartG 2005), und dieselben Personen führen die Hausdurchsuchung durch (die BWB leitet die Hausdurchsuchung oder begleitet die Kommissionsbeamten bei deren Nachprüfung). Im Falle einer durch die Kommission angeregten Nachprüfung würde ein umfassendes Anwaltsprivileg greifen, bei einer Hausdurchsuchung auf Initiative der BWB bestünde jedoch keinerlei Anwaltsprivileg. Dementsprechend erscheint eine restriktive Auslegung des § 11a Abs 1 Z 2 WettbG auch verfassungsrechtlich geboten. (FN ³⁷)

Fußnoten

Vgl auch Grunicke/Fellner, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 - Teil 2, **RdW 2005, 529** [534]: "Es gibt keinen vernünftigen Grund, warum betroffene Unternehmen in rein 'österreichischen' Verfahren schlechter gestellt sein sollen als in Verfahren auf gemeinschaftlicher Ebene".

So sprechen sich auch Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007], 169 und Hoffer, Kartellgesetz [2007], 364 - nicht danach differenzierend, ob die Kommission oder die BWB die Nachprüfung durchführt - bei Hausdurchsuchungen aufgrund von Art 81 und 82 EG-Vertrag für die Geltung des Anwaltsprivilegs aus.

Andernfalls würde der Bestimmung uE ein gleichheitswidriger Inhalt unterstellt - vgl allgemein zur verfassungskonformen Interpretation zB Handstanger, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung, ÖJZ 1998, 19.

Darüber hinaus hat der OGH als KOG ausgesprochen, "*Informationspflichten durch Unternehmer im öffentlichen Interesse*" seien generell im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu interpretieren. (FN ³⁸) Unseres Erachtens wäre es in diesem Sinne unverhältnismäßig, von einem Unternehmen nur aus dem Grunde, dass im konkreten Fall vorrangig die BWB die

«Ende Seite 13

Anfang Seite 14»

Hausdurchsuchung vornimmt, Einsicht in Dokumente zu verlangen, die durch europäisches Recht und - mit der herrschenden Meinung - auch nach österreichischem Recht bei Vorgehen der BWB im Auftrag der Kommission geschützt wären. (FN ³⁹)

Fußnoten

OGH als KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05. Vgl auch Lukaschek/Matousek, Auskunftspflichten gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde, **ecolex 2007, 117** [118] und Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht [2006], 331.

Bereits bei Erlassen des Hausdurchsuchungsbefehls hat das Kartellgericht im Übrigen die Verhältnismäßigkeit zu prüfen (vgl Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian [Hrsg], Kartellgesetz 2005 [2007], **§ 12 WettbG**, Rz 22). Denkbar erschiene daher, dass bereits bei Anordnung der Hausdurchsuchung das Kartellgericht Dokumente als ausgenommen festlegt, auf welche die Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs im Sinne (zuletzt) der Akzo-Entscheidung zutreffen.

3.2 Geltendmachung des Anwaltsprivilegs in Österreich

Bezüglich der Geltendmachung des Anwaltsprivilegs bei Hausdurchsuchungen der BWB ist grundlegend danach zu unterscheiden, ob ein Hausdurchsuchungsbefehl zugestellt wurde oder nicht:

Ohne Zustellung eines Hausdurchsuchungsbefehls (etwa weil die BWB keinen solchen beantragt hat), ist die BWB auf die Mitwirkung des betroffenen Unternehmens angewiesen. (FN ⁴⁰) Will das Unternehmen ein bestimmtes Dokument nicht herausgeben oder keine Einsicht gestatten, droht nicht unmittelbar ein Zwangs- oder Bußgeld. Auch kann das Dokument nicht mit Gewalt abgenommen werden. (FN ⁴¹) Das Unternehmen kann daher die Einsichtnahme schlicht verweigern. (FN ⁴²) Ergeht in der Folge ein Beschluss gemäß **§ 11a Abs 3 WettbG** (kartellgerichtlicher Auftrag zur Erteilung von Auskünften oder Vorlage von Unterlagen; bei Zuwiderhandlung droht ein Zwangs- bzw Bußgeld), (FN ⁴³) wird das Unternehmen unter Berufung auf das Anwaltsprivileg die Vorlage verweigern. (FN ⁴⁴) Ob die Vorlage zu Recht verweigert wurde, wird in dem gegebenenfalls folgenden Zwangs- bzw Bußgeldverfahren vorm Kartell(ober)gericht geklärt.

Fußnoten

Ein Hausdurchsuchungsbefehl muss nicht sofort, sondern kann bis zu 24 Stunden nach Beginn der Untersuchung zugestellt werden - **§ 12 Abs 3 WettbG**. Ab Zustellung gilt hinsichtlich der

Geltendmachung des Anwaltsprivilegs das Verfahren nach Zustellung eines Hausdurchsuchungsbefehls.

Nur wenn ein gerichtlicher Beschluss gemäß **§ 11a Abs 3 WettbG** (nicht zu verwechseln mit einem Hausdurchsuchungsbefehl) die Vorlage von Unterlagen anordnet, droht bei Nichtvorlage ein Zwangs- (**§ 35 Abs 1 lit c KartG 2005**) bzw Bußgeld (**§ 29 Z 2 lit c KartG 2005**). Eine "Beschlagnahmung" kommt nur nach Zustellung eines Hausdurchsuchungsbefehls in Betracht.

Zu beachten ist jedoch, dass gemäß **§ 30 KartG 2005** bei der Bemessung der Geldbuße in einem allenfalls folgenden kartellgerichtlichen Verfahren wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot (nicht aber in Verfahren wegen der Verletzung einer anderen kartellrechtlichen Norm) auch auf "die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen" ist. Die Verweigerung der Einsichtnahme sollte daher nicht leichtfertig erfolgen.

Nicht zu verwechseln mit einem Hausdurchsuchungsbefehl gemäß **§ 12 Abs 1 oder Abs 2 WettbG**.

Das Unternehmen wird nicht nur "abstrakt" das Anwaltsprivileg in Anspruch nehmen, sondern auch geltend machen, dass es sich durch das Dokument selbst belasten würde (ist das Dokument nicht belastend, sollte dessen Vorlage in der Praxis nicht Gegenstand von Streitigkeiten sein) - siehe zum Selbstbelastungsverbot mwN Lukaschek/Matousek, Auskunftspflichten gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde, **ecolex 2007, 117** [119].

Wurde ein **Hausdurchsuchungsbefehl zugestellt**, werden Unterlagen, deren Kenntnisnahme durch die BWB das Unternehmen (unter der hier interessierenden Berufung auf das Anwaltsprivileg) nicht gestattet, dem Kartellgericht gemäß **§ 12 Abs 5 WettbG** vorgelegt (dh zunächst "beschlagnahmt"). Das Kartellgericht hat sodann zu entscheiden, inwieweit die Unterlagen von der BWB eingesehen und Kopien erstellt werden dürfen bzw welche dem Unternehmen zurückzustellen sind. Das Verfahren ist damit dem der *Akzo*-Entscheidung sehr ähnlich. Schon der Wortlaut des **§ 12 Abs 5 WettbG** spricht im Übrigen dafür (arg "zuvor [vor Vorlage an das Kartellgericht] dürfen sie nicht durchsucht oder eingesehen werden"), dass auch nach österreichischem Recht (vor der Entscheidung des Kartellgerichts) selbst ein flüchtiger Blick nicht erfolgen darf. (FN ⁴⁵)

Fußnoten

So auch Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007], 65 [Fußnote 360].

Bemerkenswert ist, dass dieses "Vorlageverfahren" nur für den Fall eines Hausdurchsuchungsbefehls gemäß **§ 12 Abs 1 WettbG** eindeutig normiert ist (arg "*bei den eben genannten Hausdurchsuchungen* [gemäß **§ 12 Abs 1 WettbG**]"). Wenn die Kommission aufgrund einer Nachprüfungsentscheidung die BWB ersucht, die Nachprüfung durchzuführen (in diesem Fall kann - zumindest nach dem Wortlaut - ein Hausdurchsuchungsbefehl nach **§ 12 Abs 2 WettbG** beantragt werden), wäre das Verfahren des **§ 12 Abs 5 WettbG** nicht anwendbar.

Unseres Erachtens wurde dieser Fall vom Gesetzgeber schlicht nicht bedacht. **§ 12 Abs 5 WettbG** knüpft wohl deshalb nur an Hausdurchsuchungsbefehle gemäß **§ 12 Abs 1 WettbG** an, weil bei Nachprüfungen der Kommission eine Vorlage streitiger Dokumente beim Kartellgericht vermieden werden sollte, zumal das EuG (nach Ergehen einer entsprechenden Entscheidung der Kommission) zur Entscheidung berufen ist. Die gesetzliche Umsetzung ist unseres Erachtens jedoch nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz vereinbar, es sei denn, die "eben genannten

«Ende Seite 14

Anfang Seite 15

Hausdurchsuchungen" würden auch solche auf Ersuchen der Kommission umfassen: Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum bei Hausdurchsuchungen der BWB aus eigener Initiative (dh nicht auf Ersuchen der Kommission) das Verfahren gem **§ 12 Abs 5 WettbG** zur Verfügung steht und bei Hausdurchsuchungen über Ersuchen der Kommission nicht, gleichzeitig aber auch nicht die europäischen Gerichte angerufen werden können. (FN ⁴⁶) Wiederum überspitzt dargestellt, könnte die Kommission bei bekanntermaßen gut beratenen Unternehmen (die entsprechend viele privilegierte Dokumente haben), anstatt selbst vorzugehen (und an die Regeln der *Akzo*-Entscheidung gebunden zu sein), die BWB mit einer Nachprüfung beauftragen; diese könnte mangels Anwendbarkeit des Verfahrens nach **§ 12 Abs 5 WettbG** in sämtliche Dokumente Einsicht nehmen. (FN ⁴⁷)

Fußnoten

Bei Nachprüfungen der nationalen Wettbewerbsbehörden über Ersuchen der Kommission kommt gem Art 22 Abs 2 VO 1/2003 nationales Recht zur Anwendung. Die Nachprüfungsentscheidung anzufechten, ist kein taugliches Mittel um sich gegen die Einsichtnahme in dem Anwaltsprivileg unterliegende Dokumente zu wehren - siehe Akzo-Entscheidung, insb Rz 55 und 57.

In der Literatur wird, soweit ersichtlich, nicht näher differenziert, ob die BWB aufgrund eines Hausdurchsuchungsbefehls nach § 12 Abs 1 oder 2 WettbG vorgeht, sondern offensichtlich generell von der Anwendbarkeit des Verfahrens nach **§ 12 Abs 5 WettbG** ausgegangen - vgl Hummer, Akzo: Keine wirkliche Erweiterung des Anwaltsprivilegs, *ecolex* 2007, 871 [872]; Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz 2005 [2007], **§ 12 WettbG**, Rz 41; Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007], 65; Hoffer, Das Verfahren vor dem Kartellgericht [2006], 335.

Notiz

Schlussfolgerung

Die Akzo-Entscheidung hat weitere Klarheit im Hinblick auf das Verfahren zur Geltendmachung des Anwaltsprivilegs bei Nachprüfungen der Kommission gebracht, es aber (fast) nicht erweitert. Es wird in der Praxis empfehlenswert sein, bei kartellrechtlich relevanter Korrespondenz bereits im Layout oder im Betreff des Dokuments klar darauf hinzuweisen, dass es sich um geschützte Anwaltskorrespondenz handelt. Bei Dokumenten, die der Mandant zur Einholung eines externen Rechtsrats intern erstellt, erscheint zudem ein Vermerk "ausschließlich zur Einholung von Rechtsberatung durch einen externen Anwalt im Zusammenhang mit der Ausübung von Verteidigungsrechten" odgl zweckmäßig.

Hinsichtlich des Anwaltsprivilegs bei Hausdurchsuchungen der BWB sprechen unseres Erachtens die besseren Argumente dafür, auch nach österreichischem Recht ein Anwaltsprivileg im Umfang der Akzo-Entscheidung anzuerkennen. Die Geltendmachung dieses Anwaltsprivilegs kann im Falle der Nichtzustellung eines Hausdurchsuchungsbefehls durch schlichte Verweigerung der Einsichtnahme erfolgen. Wurde ein Hausdurchsuchungsbefehl gem **§ 12 Abs 1 WettbG** zugestellt, greift das Verfahren nach **§ 12 Abs 5 WettbG** ein (das betreffende Dokument wird "versiegelt" dem Kartellgericht zur Entscheidung vorgelegt). Handelt es sich um eine Hausdurchsuchung der BWB über Ersuchen der Kommission (und damit einen Hausdurchsuchungsbefehl gem **§ 12 Abs 2 WettbG**), erscheint die Geltendmachung des Anwaltsprivilegs in verfassungswidriger Weise beschnitten, es sei denn, die Bestimmung wird so interpretiert, dass **§ 12 Abs 5 WettbG** auch für derartige Hausdurchsuchungen gilt.

Zitiervorschlag

Meta-Daten

Rubrik(en)

Abhandlung

Rechtsgebiet(e)

Kartellrecht; Wettbewerbsrecht

Verweise

EuG 27.9.2007, T-125/03, T-253/03

Rückverweise

Zeitschriften

ÔÇ|| *ecolex* 2011, 1026: Feuertaufe für Hausdurchsuchungen im nationalen Kartellverfahren (Franz Urlesberger / Valerie Ditz) -

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH