

Conflicts of Interest und Berufsrecht – Lösungen des Auslands*

Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei der Vermeidung von Interessenkonflikten

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Blick über die Grenzen weitet den Horizont. Internationale Kanzleien haben längst gelernt, mit den Anforderungen verschiedener nationaler Anwaltsrechte umzugehen – und auch mancher internationaler Top-Mandant weiß auf dieser Klaviatur zu spielen. Dennoch: In Deutschland blicken wir gerne nur auf unser anwaltliches Berufsrecht. Dabei zeigt der Vergleich des deutschen Berufsrechts mit dem englischen und amerikanischen Konzept zur Vermeidung von Interessenskollisionen, dass dort der Interessenkonflikt – auch im Interesse der Mandanten – viel weiter verstanden wird, unser deutsches Recht aber durchaus Vorzüge hat.

I. Einleitung

Der Grundsatz, dass ein Rechtsanwalt nicht zwei Herren gleichzeitig dienen soll, er Interessenkonflikte bei der Berufsausübung vermeiden muss, ist ein weltweit akzeptierter Standard der anwaltlichen Berufsausübung.¹ Nicht zuletzt deshalb zählt die Berufspflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten neben der Unabhängigkeit und der Verschwiegenheit zu einer der drei weltweit als essenziell für den Beruf des Rechtsanwalts angesehenen Kernpflichten – oder neudeutsch: zu den „core values“.² Für die wachsende Bedeutung der berufsrechtlichen Adressierung von Interessenkonflikten lassen sich im Kern vier Gründe identifizieren:

- die starke Zunahme des Bedarfs an hochspezialisierten und/oder ressourcenintensiven Rechtsdienstleistungen, die auf dem Markt von einer relativ kleinen Zahl von Anbietern offeriert werden.³
- das exponentielle Wachstum der Größe von Rechtsanwaltskanzleien und damit verbunden die Vereinigung von immer mehr Berufsträgern unter dem Dach eines Marktteilnehmers am Rechtsdienstleistungsmarkt.
- die immer größere Mobilität von Berufsträgern, die zu immer häufigeren Wechseln zwischen verschiedenen, untereinander konkurrierenden Marktteilnehmern führt, in denen Kanzleiwechsler zwangsläufig auf Mandanten ihrer neuen Kanzlei treffen, die Gegner der Mandanten der bisherigen Kanzlei sind oder waren.⁴ Und schließlich:
- die Globalisierung der Handelsbeziehungen, damit eine starke Zunahme grenzüberschreitender Rechtsdienstleistungen und das Entstehen großer transnationaler Anwaltskanzleien.

Der internationale Grundkonsens, dass Rechtsanwälte sich bei der Berufsausübung nicht in Interessenkonflikte begeben dürfen, bedeutet freilich nicht, dass berufsrechtliche Regelungen zu Interessenkonflikten auch nur ansatzweise

harmonisiert wären. Während über das „Ob“ Einigkeit besteht, ist das „Wie“ von starken Unterschieden geprägt – eine für die Betroffenen missliche Ausgangslage, können Antworten des Berufsrechts doch entscheiden, ob etwa eine deutsche Kanzlei ein Mandat nicht betreuen darf, an dessen Übernahme eine englische Kanzlei nicht gehindert ist. Berufsrecht kann daher auch ein Wettbewerbsfaktor sein. In einem global gewordenen Rechtsberatungsmarkt ist es daher unverzichtbar, Klarheit darüber zu gewinnen, wie andere Leitrechtsordnungen ein zumindest im Kern identisches berufsrechtliches Grundproblem adressieren und lösen.

Dieser Beitrag wirft daher einen Blick über die Grenzen und richtet den Fokus auf das Vereinigte Königreich und die Vereinigten Staaten von Amerika. Für einen solchen Rechtsvergleich gibt es naheliegende Gründe: Internationales Anwaltsgeschäft vollzieht vor allem im Dreieck USA – Vereinigtes Königreich – Deutschland, transnationale und internationale Sozietäten haben vor allem in diesen Rechtsordnungen ihre Standbeine – sie sind zugleich auch besonders stark von den nicht harmonisierten Vorschriften zu Interessenkonflikten betroffen. Aber auch jenseits des internationalen Anwaltsgeschäfts ist ein Blick über den deutschen Tellerrand nützlich, weil Kenntnisse über Regelungen des ausländischen Rechts Denkanstöße für die Fortentwicklung des deutschen Berufsrechts geben können – oder Rückversicherung bieten, dass die im deutschen Berufsrecht gefundene Lösung konzeptionell überzeugender ist als die Regelungsansätze des Auslands.

II. Ausgangslage

Die einleitende Feststellung, dass die Vermeidung von Interessenkonflikten eine weltweit akzeptierte Kernpflicht eines jeden Rechtsdienstleisters ist, der für sich zu Recht in Anspruch nimmt, nicht nur ein Rechtsdienstleister, sondern ein Rechtsanwalt zu sein, deutet bereits ein zentrales Problem an: Eine Berufspflicht „Vermeidung von Interessenkonflikten“ kennt das deutsche Berufsrecht gerade nicht. Das deutsche Berufsrecht arbeitet vielmehr mit einem „Verbot der Vertretung widerstreitender rechtlicher Interessen in derselben Angelegenheit“, also mit einer konzeptionell engeren Berufspflicht als sie ein doch recht pauschales Gebot zur Vermeidung von Interessenkonflikten mit sich bringt.⁵ Dass ein solches Verbot offenbar tatbestandlich enger ist als ein Verbot, sich in Interessenkonflikte zu begeben, ergibt sich auch ohne Kenntnis ausländischer Regelungen recht deutlich: Zunächst geht es im deutschen Recht allein um vom Rechtsanwalt vertretene *fremde* Interessen, nicht aber, sieht man von bestimmten Sonderkonstellationen in § 45 BRAO einmal

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag auf der Jahrestagung des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln „Interessenskollisionen bei der Anwaltstätigkeit“ am 24. November 2017 in Köln.

1 Vgl. IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession Nr. 3.1: „A lawyer shall not assume a position in which a client’s interests conflict with those of the lawyer, another lawyer in the same firm, or another client, unless otherwise permitted by law, applicable rules of professional conduct, or, if permitted, by client’s authorisation.“ Sowie CCBE-Regel 3.2.1: „Der Rechtsanwalt darf mehr als einen Mandanten in der gleichen Sache nicht beraten, vertreten oder verteidigen, wenn ein Interessenkonflikt zwischen den Mandanten oder die ernsthafte Gefahr eines solchen Konfliktes besteht.“

2 Siehe dazu *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl., München 2014, § 43a Rn. 1.

3 Zur Spezialisierung als prägendem Wandlungsprozess der deutschen Rechtsanwaltschaft Kilian, *Rechtsanwälte als Generalisten und Spezialisten*, Bonn 2014.

4 Zur wachsenden Mobilität von Rechtsanwälten Kilian, *AnwBl* 2016, 539.

5 *Kilian/Koch*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. 2018, Rn. B 813 ff.

ab, um die Kollision von *eigenen* Interessen des Rechtsanwalts mit denen anderer.⁶ Zudem beschränkt sich das deutsche Berufsrecht auf die Adressierung konfligierender *rechtlicher* Interessen der von einem Rechtsanwalt vertretenen Klienten. *Wirtschaftliche* Interessen von Mandanten, die aufeinander treffen, genügen nicht.⁷ Bedeutsamer noch: Das deutsche Berufsrecht schaut stets nur auf Kollisionslagen, die sich in *derselben Rechtsangelegenheit* ergeben.⁸ Die Vergegenwärtigung dieses, wie zu zeigen sein wird, spezifisch deutschen Regelungsansatzes ist bei der nachfolgenden Betrachtung der Rechtslage in England und Wales⁹ beziehungsweise den Vereinigten Staaten von Amerika hilfreich.

III. England und Wales

1. Berufsrecht vs. Zivilrecht

Die Analyse der Rechtslage in England und Wales ist nicht nur durch die Existenz von zwei Anwaltsberufen mit unterschiedlichem Berufsrechtsregimen¹⁰, sondern auch dadurch erschwert, dass in Fragen der Interessenkonflikte Zivilrecht und Berufsrecht aufeinander treffen und beide Regelungskreise nicht harmonisiert sind. Während sich dieser Beitrag vor dem Hintergrund seines Entstehens als rechtsvergleichendes Streiflicht einer Berufsrechtstagung auf die berufrechtlichen Fragen anwaltlicher Interessenkonflikte konzentriert, sollte die zivilrechtliche Dimension stets ergänzend bedacht werden. Im Grundsatz ist dies nicht anders als im deutschen Recht, denn auch der BGH macht sich in Zivilsachen Gedanken zu anwaltlichen Interessenkonflikten und adressiert sie losgelöst von den Vorgaben der §§ 43a Abs. 4 BRAO, 356 StGB in Form von vorvertraglichen Aufklärungspflichten, kreiert also Verhaltenspflichten, die das Berufsrecht nicht postuliert.¹¹ Folge ist, dass ein berufsrechtlich erlaubter Interessenkonflikt zivilrechtlich eine zu Schadensersatz verpflichtende Vertragspflichtverletzung sein kann. Zivilrechtliche Leitentscheidungen in England und Wales sind zwei Judikate aus den Jahren 1997 und 1999, die Interessenkonflikte aus dem Blickwinkel des *fiduciary law*, des Rechts der Treuhand, beurteilt haben.¹² Wie das Verhältnis der zivilrechtlichen Pflichtenbindung von *Rechtsberatern* zu den berufrechtlichen Pflichten eines *Rechtsanwalts* steht, ist als keineswegs geklärt anzusehen. Beide Regelungskreise stehen weitgehend unabhängig nebeneinander. Es ist nicht gewährleistet, dass etwas, das berufsrechtlich zulässig ist, auch Gnade vor den Augen eines Zivilrichters findet. Das Treuhandrecht wird in England und Wales in Streitigkeiten typischerweise immer dann bemüht, wenn es darum geht, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten eine einstweilige Verfügung zu erwirken, die ein Tätigwerden einer Kanzlei untersagt.

2. Regulierungsansatz

In England und Wales werden von der SRA, der *Solicitor Regulation Authority*, als Aufsichtsbehörde und Normgeber¹³ im Ausgangspunkt zwei Typen von Interessenkonflikten unterschieden:

- Konflikte zwischen Interessen des Rechtsanwalts und einem oder mehreren aktuellen Mandanten, sog. „own interest conflicts“
- Konflikte zwischen zwei oder mehreren aktuellen Mandanten, sog. „client conflicts“.

Hierbei folgt das Berufsrecht einem aus deutscher Sicht ungewohnten Regulierungsansatz: Es stützt sich seit 2011 auf – nicht sehr zahlreiche – Berufsausübungsgrundsätze, auf sog. *Principles*. Berufsrecht auf der Basis einer *prinzipienbasierten* Regulierung soll den Gedanken der Aspiration stärker in den Blick nehmen und nicht länger nur die Nichtverletzung von Verboten. Die SRA hat zehn Prinzipien, gleichsam ein Grundgesetz der Anwaltschaft, formuliert, deren Verletzung berufspflichtwidrig und damit disziplinar ist.¹⁴

Im Kontext von Interessenkonflikten ist insbesondere das *Principle 4* von Interesse, nach dem der Rechtsanwalt stets im „*best interest*“ seines Mandanten agieren muss. Ein Interessenkonflikt im Sinne eines *client conflicts* liegt vor, wenn der Rechtsanwalt gegenüber mehreren Mandanten jeweils eigenständige Pflichten zum Handeln in deren bestem Interesse zu beachten hat und diese Pflichten konfligieren oder zumindest ein entsprechendes Risiko besteht. Ähnlich ist die Formulierung, wenn es um einen „*own interest conflict*“ geht. Allerdings arbeitet das englische Berufsrecht konzeptionell nicht mit einem abstrakt-generell formulierten Tätigkeitsverbot, dessen Missachtung sodann disziplinarrechtlich sanktionierbar ist. Vielmehr formuliert die SRA Zielvorgaben – sog. *outcomes* – für den Standard professionellen Handelns, die der Rechtsanwalt erreichen muss, um in der Folge im „*best interest*“ des Mandanten zu agieren.¹⁵ Der Unterschied: Das Nichterreichen der *outcomes* ist nicht sanktionierbar – freilich wird es regelmäßig zum Anknüpfungspunkt für die Beurteilung, ob ein *principle* verletzt worden ist. Ob wiederum ein *outcome* erreicht worden ist, kann mit Hilfe von Indizien beurteilt werden – sog. *indicative behaviours* –, die der Berufskodex recht detailliert – im Stile von *best practice*-Empfehlungen – auflistet. Auch wenn sich dies auf der Basis der deutschen Berufsrechtstradition eher avantgardistisch anhört, führt die Anwendung der Grundsätze im Falle von Interessenkonflikten im Ergebnis dazu, dass auch das englische Berufsrecht nicht ohne verkappte Tätigkeitsverbote auskommt und Manches, was als Zielvorgabe deklariert wird, bei Licht betrachtet sehr stark präskriptiven Charakter hat.

3. Client Conflicts

Zur Einhaltung der Pflicht, im besten Interesse seines Mandanten zu handeln, wird dem *Solicitor* im Kontext von Interessenkonflikten als Zielvorgabe aufgegeben, seine Kanzleibläufe so zu organisieren, dass er mögliche Interessenkonflikte zügig und zuverlässig erkennen kann. Bei konfligierenden Interessen zweier Mandanten, also den „*client conflicts*“,

6 *Kilian/Koch*, aaO, Rn. B 821.

7 Feuerich/Weyland-Träger, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 43a BRAO Rn. 64; *Kilian/Koch*, aaO, Rn. B 821.

8 Henssler/Prütting-Henssler, aaO, § 43a BRAO Rn. 199; Feuerich/Weyland-Träger, aaO, § 43a BRAO Rn. 60.

9 Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland zerfällt in drei Teilrechtsordnungen (England und Wales, Schottland, Nordirland), die zu den Rechtsberufen unterschiedliche Regelungen treffen. Die Betrachtungen in diesem Beitrag beschränken sich daher auf die mit Abstand bedeutendste dieser Teilrechtsordnungen, jene von England und Wales.

10 *Solicitor* und *Barrister*. Im Folgenden wird die zahlenmäßig bedeutsamere Gruppe der *Solicitor* in den Blick genommen, die zum einen dem deutschen Anwaltsberuf eher entsprechen als die *Barrister* und die zudem auch grenzüberschreitend in internationalen Sozietäten tätig sind.

11 BGH NJW 2008, 1307, 1308.

12 Hierzu ausführlich *Kilian*, WM 2000, 1366. Die dort dargestellten Leitentscheidungen beanspruchen weiterhin Geltung.

13 Näher *Kilian*, AnwBI 2011, 800, 805.

14 *Passmore*, AnwBI 2014, 140; *Kilian*, AnwBI 2010, 544, 545; *ders.*, AnwBI 2017, 370, 372; *Hartung*, AnwBI 2014, 1019.

15 *Passmore*, AnwBI 2014, 140, 142.

muss ein an Größe und Komplexität der Kanzlei angepasstes Kontrollsystem in der Weise bestehen, dass der Rechtsanwalt alle relevanten Umstände, die einen Interessenkonflikt begründen können, identifizieren kann.¹⁶ Insbesondere muss der Rechtsanwalt in der Lage sein,

- gegenläufige Interessen identifizieren zu können und so dann bewerten zu können, ob
- seine Fähigkeit, gleichwohl allen betroffenen Mandanten unabhängigen Rechtsrat zu erteilen, beeinträchtigt ist,
- die Notwendigkeit von Verhandlungen zwischen den Mandanten besteht,
- die Mandanten unterschiedliche Verhandlungsmacht besitzen und
- einer der Mandanten besonders schutzbedürftig ist.¹⁷

Aus deutscher Sicht ist man versucht zu sagen „much ado about nothing“ – die Notwendigkeit eines systematisierten internen conflict-checks bei Mandatsannahme ist nicht revolutionär, sondern aus deutscher Sicht eine Selbstverständlichkeit, um das Vorliegen eines Tätigkeitsverbots beurteilen zu können. Leitlinie des englischen Rechts ist, dass der Rechtsanwalt seiner Berufspflicht, im besten Interesse des Mandanten zu handeln, nicht genügen wird, wenn er bei einem tatsächlichen oder drohenden Interessenkonflikt tätig wird.¹⁸ Letztlich wird damit ein Tätigkeitsverbot durch die Hintertür etabliert: Das Tätigwerden wird nicht verboten, aber die Erfüllung des übergeordneten *principles* bei einem Tätigwerden für unwahrscheinlich deklariert.

Es bestehen freilich Durchbrechungen des Grundsatzes zunächst für den Fall, dass die betroffenen Mandanten ein hinreichendes gemeinsames Interesse – einen „*substantially common interest*“ – in einer Angelegenheit verfolgen. Dann kann der *Solicitor* tätig werden, wenn er

- über diese Umstände und die Risiken seines Tätigwerdens belehrt hat,
- die Mandanten schriftlich eingewilligt haben,
- der *Solicitor* überzeugt ist, dass ein Tätigwerden angemessen und im besten Interesse der Mandanten ist und
- für diese die Vorteile die damit verbundenen Risiken übersteigen.¹⁹

Wenn hingegen die Interessen der Mandanten widerstreiten, ist zusätzlich zu diesen Anforderungen auch sicherzustellen, dass die Mandanten schriftlich die Kenntnis vom Tätigwerden im widerstreitenden Interesse bestätigen und dass nicht ein und derselbe Anwalt für beide Mandanten unmittelbar oder aufsichtführend tätig wird, d.h. die Betreuung der konfligierenden Mandate in den Händen unterschiedlicher Rechtsanwälte der Kanzlei liegt.²⁰

Trotz der stark vom deutschen Berufsrechtsverständnis abweichenden Annäherung an die Problematik sind die Ergebnisse im Bereich der *client conflicts* relativ ähnlich. Hervorstechendster Unterschied ist wohl, dass im englischen Berufsrecht kein absolutes Tätigkeitsverbot postuliert wird. Die ultimative Entscheidung über ein Tätigwerden oder einen Verzicht hierauf wird dem englischen *Solicitor* nicht durch Gesetzesbefehl abgenommen. So wird der Berufsträger gezwungen, sich intensiv mit den berufsrechtlichen Regeln auseinanderzusetzen und er wird gewissermaßen erzogen, sich interessengerecht zu verhalten, er muss aber gleichwohl eine Entscheidung mit erheblichem Risiko einer Fehleinschätzung oder – besser wohl – Selbstüberschätzung treffen. Ein auffälliger Unterschied ist, dass das englische Recht in dem Sinne strenger ist als das deutsche Recht, als es nicht an „dieselbe Angelegenheit“ anknüpft, sondern auch eine „same or related

matter“ genügen lässt. Weitgehend gleichlaufend sind hingegen die Regeln zur ausnahmsweise zulässigen Vertretung konfligierender Interessen in Sozietäten, wobei die Voraussetzungen des englischen Rechts hier ein wenig klarer sind als jene in § 3 Abs. 2 S. 2 BORA. Auch im englischen Recht muss der Rechtsanwalt den Mandanten umfassend aufklären, der Mandant muss sein Einverständnis schriftlich erklären. Freilich gibt es keinen unbestimmten Rechtsbegriff wie „Belange der Rechtspflege“; vielmehr muss der Rechtsanwalt davon überzeugt sein, dass es für ihn angebracht und im Mandanteninteresse ist, tätig zu werden

4. Own Interest Conflicts

Aus deutscher Sicht unbekanntes Terrain wird freilich mit den einleitend bereits erwähnten „*own interest conflicts*“ betreten. Diese sieht das englische Berufsrecht als eigene Kategorie neben den „*client conflicts*“ an. Vom Rechtsanwalt wird verlangt, dass er überprüft, ob in einem Mandat eine Kollision von Mandanteninteressen mit eigenen Interessen des Rechtsanwalts vorliegt und hierdurch die Pflicht, im besten Interesse des Mandanten zu agieren, verletzt ist. Als mögliche konfligierende eigene Interessen werden explizit erwähnt finanzielle Interessen, eine persönliche Beziehung, Geschäftsbeziehungen, ein Beschäftigungsverhältnis des Rechtsanwalts oder die Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes (nicht nur durch den Rechtsanwalt selbst, sondern auch durch Familienangehörige). Anders als bei einem „*client conflict*“ ist die uneingeschränkte Zielvorgabe ein Nichttätigwerden,²¹ d.h. die SRA geht davon aus, dass bei einem „*own interest conflict*“ ein Erfüllen der Berufspflicht zum Handeln im besten Interesse des Mandanten nicht vorstellbar ist. Aber auch hier gilt: Ein absolutes Verbot des Tätigwerdens besteht nicht, man kann versuchen, die SRA im Einzelfall – wenn sie von diesem Kenntnis erhält – vom Gegenteil zu überzeugen.

Aus deutscher Sicht werden mit der Kategorie der „*own interest conflicts*“ Konstellationen angesprochen, die das deutsche Recht eher als Problem der anwaltlichen Unabhängigkeit im Sinne von § 43 a Abs. 1 BRAO begreift. Einzig die Fallgruppen der von der SRA definierten Interessenkonflikte, die uns im deutschen Recht in Gestalt von Zulassungshindernissen (§§ 7, 14 BRAO) oder Fallgruppen des § 45 BRAO begegnen (Zweitberuf, öffentliches Amt), werden in vergleichbarer Art und Weise genutzt. Diese Unterschiede beruhen sicherlich auch darauf, dass der deutsche Ansatz eines Verbots der „Vertretung widerstreitender rechtlicher Interessen in derselben Rechtsangelegenheit“ deutlich enger ist als die Figur der Interessenkonflikte englischer Prägung. Freilich ist zu konstatieren, dass es zur allgemeinen Pflicht zur Unabhängigkeit aus § 43 a Abs. 1 BRAO in Kammerpraxis und anwaltsgerichtlicher Rechtsprechung – anders als zu ihren speziellen Ausprägungen etwa in §§ 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8, 45, 49 b Abs. 2, 3 BRAO) kaum praktische Anwendungsfälle gibt, sie also

16 SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3, O (3.1) – (3.2).

17 SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3, O (3.3).

18 SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3, O (3.4).

19 SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3, O (3.6).

20 Das SRA Handbook listet sodann eine Reihe von Indizien („*indicative behaviours*“) auf, bei deren Vorliegen eine Vermutung dafür sprechen soll, dass der Rechtsanwalt die Zielvorgaben erfüllt hat. Ein solches Indiz ist etwa, dass er bei konfligierenden Mandanteninteressen nur für erfahrene Nutzer von Rechtsdienstleistungen tätig wird. Ein anderes Indiz ist, dass der Anwalt sich regelgetreu verhält, ist die Tatsache, dass seine Kanzlei die Mitarbeiter schult, Konflikte rechtzeitig zu erkennen; SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3, IB (3.1) – (3.14).

21 SRA Handbook, Version 19 (October 2017), Chapter 3: „You can never act where there is a conflict, or a significant risk of conflict, between you and your client.“

eher berufsrechtliches Leitmotiv ist.²² Das Mantra ist, dass der deutsche Rechtsanwalt seine Unabhängigkeit von Mandanten, Arbeitgebern oder Dritten eigenverantwortlich sicherstellen muss – und davon ausgegangen werden darf, dass er diese Aufgabe auch meistert.²³ Dies kontrastiert mit dem rigideren Ansatz des englischen Rechts, das zwar im Allgemein stark auf Eigenverantwortung der Berufsträger setzt, im besonderen Falle der „*own interest conflicts*“ hierfür aber wenig Spielraum lässt. Auffällig ist auch, dass das deutsche Berufsrecht persönliche Nähebeziehungen zu Mandanten mit keiner Silbe als berufsrechtliches Problem erwähnt – dass dies ungewöhnlich ist, belegt auch der nun folgende Blick auf die Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika.

IV. Vereinigte Staaten

1. Regulierungsansatz

Eine Analyse der Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika sieht sich im Ausgangspunkt vor das Problem gestellt, dass dort kein einheitliches Berufsrecht gilt, sondern lediglich ein von der American Bar Association verabschiedeter Musterkatalog von Berufspflichten, die „Model Rules of Professional Conduct“ (MRPC).²⁴ Diese werden sodann auf der Ebene der Bundesstaaten in mehr oder weniger veränderter Form übernommen.²⁵ Eine Betrachtung muss sich daher zwangsläufig auf diese Vorgaben der ABA in den MRPC beschränken.

In den USA ist die Klassifizierung von Interessenkonflikten durch die ABA eine andere als die der englischen SRA. In den USA wird unterschieden zwischen Interessenkonflikten

- die aus dem Aufeinandertreffen von zwei oder mehreren *aktuellen* Mandanten resultieren (so genannte „concurrent conflicts“)
- die sich aus dem Tätigwerden für einen früheren Mandanten ergeben („former client conflicts“)
- die aus den persönlichen Interessen des Rechtsanwalts resultieren („personal interest conflicts“)
- sowie die kanzleiweite Erstreckung von Konflikten in den drei vorgenannten Konstellationen (sog. „imputation conflicts“)

Auch hier begegnet uns also die dem deutschen Recht unbekanntes Differenzierung in „*client conflicts*“ und „*personal interest conflicts*“. Anders als das englische Berufsrecht arbeitet das amerikanische Berufsrecht aber zusätzlich mit einer temporalen Dimension, indem es zwischen Konflikten aus aktuellen und aus früheren Mandaten differenziert. Das englische Recht verortet das, was in den USA als „*former client conflicts*“ den Interessenkonflikten zugeordnet wird, hingegen in den Regelungen zur anwaltlichen Verschwiegenheit, wenngleich uns dort zumindest auf Tatbestandsebene das Kriterium der „*adverse interests*“ begegnet. Wieder anders das deutsche Recht, in dem die Anwendbarkeit des § 43a Abs. 4 BRAO nicht davon abhängt, ob ein vertretenes Interesse einen aktuellen oder einen früheren Mandanten betrifft.²⁶ Ähnlich wie das deutsche Recht in § 3 Abs. 2 BORA nimmt die ABA auch die sozietätsweite Behandlung von Interessenkonflikten als gesondert zu adressierendes Problem explizit in den Blick – hierauf verzichtet die SRA wohl auch deshalb, weil sie stärker der Idee einer Regulierung von Entitäten verhaftet ist²⁷ und deshalb Sozietätssachverhalte eher beiläufig und klarstellend anspricht.

2. Concurrent Conflicts (MRPC 1.7, 1.8)

Die berufsrechtlichen Vorschriften der ABA zu Interessenkonflikten sind von der Grundidee getragen, dass Loyalität gegenüber einem aktuellen Mandanten ausschließt, dass der Rechtsanwalt für einen weiteren Mandanten im gegenläufigen Interesse tätig wird, wenn, wie es wörtlich heißt, „*directly adverse interests*“ vorliegen. Das Tätigkeitsverbot besteht nicht nur, wenn die gegenläufigen Interessen aus derselben Rechtsangelegenheit erwachsen, sondern auch bei vollständig voneinander unabhängigen Angelegenheiten. Im Vordergrund der Regelung steht nämlich der Schutz der Loyalität des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten.²⁸ Die ABA weist darauf hin, dass sich ein Mandant verraten fühlen müsse, wenn sein Rechtsanwalt nicht nur für ihn, sondern – im Auftrag eines anderen Mandanten – auch gegen ihn tätig wird.²⁹ Die ABA geht davon aus, dass der hieraus resultierende Schaden für die Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant mit großer Wahrscheinlichkeit die Fähigkeit des Rechtsanwalts beeinträchtigen wird, den Mandanten sachgerecht effektiv zu vertreten. Zudem besteht nach amerikanischem Verständnis die Gefahr, dass der betroffene Mandant davon ausgehen wird, dass der Rechtsanwalt seine Angelegenheit weniger engagiert und konsequent verfolgen wird, da er auf den anderen Mandanten Rücksicht nehmen muss.³⁰ Daher trifft etwa, um ein von der ABA gegebenes Beispiel aufzugreifen³¹, einen Rechtsanwalt, der in einem Unternehmenskauf für einen Verkäufer tätig werden soll, ein Tätigkeitsverbot, wenn er bereits in einer anderen Angelegenheit für den potenziellen Käufer im gegenläufigen Interesse zum Verkäufer tätig ist. In diesem Punkt unterscheidet sich das amerikanische Recht also vom deutschen Recht: Ein Tätigkeitsverbot besteht nicht nur, wenn der Interessenkonflikt aus derselben Rechtsangelegenheit erwächst, sondern auch bei vollständig voneinander unabhängigen Angelegenheiten, da im Vordergrund der Regelung der Schutz der Loyalität des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten steht. §§ 43a Abs. 4 BRAO, 3 BORA lassen die Vertretung widerstreitender Interessen in unterschiedlichen Angelegenheiten zu und sehen sie eher als Problem des anwaltlichen Berufsethos – oder des schlechten Marketings in eigener Sache. Allerdings geht das US-amerikanische Recht in einem Punkt mit dem deutschen Recht konform: Ein Tätigkeitsverbot greift nach amerikanischem Recht ebenso wie im deutschen Recht nur bei gegenläufigen rechtlichen Interessen, nicht aber bei konkurrierenden wirtschaftlichen Interessen von Mandanten.³²

22 Vgl. *Kilian/Koch*, aaO, Rn. B 4 („Leitmotiv“); *Henssler/Prütting-Henssler*, aaO, § 43a Rn. 7 („Appl“); *BeckOK BORA/Römermann/Praß*, 18. Ed. 1.12.2017, § 43a BRAO Rn. 7.

23 *Henssler/Prütting-Henssler*, aaO, § 43a Rn. 7; *Feuerich/Weyland-Träger*, aaO, § 43a Rn. 7.

24 Die Model Rules of Professional Conduct sind 1983 vom House of Delegates der American Bar Association verabschiedet worden und haben den früheren Model Code of Professional Responsibility (MCPRI) ersetzt.

25 Die MRPC sind mittlerweile von allen Jurisdiktionen, in die sich die USA aufgliedern, adaptiert worden. Ausnahme bleibt weiterhin Kalifornien, das traditionell in vielen Detailfragen abweichenden Berufsregeln folgt, die in mancherlei Hinsicht liberaler sind beziehungsweise die Funktion des Rechtsanwalts umfassender gegenüber dem Staat schützen als die MRPC.

26 Vgl. nur *BeckOK BORA/Römermann/Praß*, 18. Ed. 1.12.2017, § 43a BRAO Rn. 174.

27 Näher *Kilian*, AnwBl. 2017, 370, 373 ff.

28 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 1.

29 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 6.

30 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 6.

31 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 7.

32 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 6: „Simultaneous representation in unrelated matters of clients whose interests are only economically adverse, such as representation of competing economic enterprises in unrelated litigation, does not ordinarily constitute a conflict of interest.“

Aus deutscher Sicht prima facie unbekanntes Terrain betreten die Model Rules mit einer weiteren Regelung, nach der selbst bei Fehlen eines unmittelbaren Interessengegensatzes ein berufsrechtlich relevanter Interessenkonflikt vorliegen kann. Dies ist dann der Fall, wenn ein signifikantes Risiko besteht, dass der Rechtsanwalt durch anderweitige Interessen oder Pflichten in erheblichem Maße gehindert ist, die Interessen des Mandanten sachgerecht wahrzunehmen.³³ Gemeint sind hiermit gleichwohl vertraute Konstellationen, nämlich solche, bei denen im Ansatz gleichgerichtete Interessen der fraglichen Mandanten bestehen, die sich aber im weiteren Verlauf des Mandats verändern können. Dies sind jene Fälle, in denen sich deutsche Berufsrechtler darüber streiten, ob ein Tätigkeitsverbot von vorneherein besteht oder die Mandate zunächst einmal angenommen werden dürfen – etwa bei einer einverständlichen Scheidung oder der gleichzeitigen Vertretung von Arbeitnehmer und Betriebsrat³⁴. Nach dem Standpunkt der ABA ist in solchen Fällen die bloße Möglichkeit eines späteren Interessenkonflikts nicht ausreichend für ein Tätigkeitsverbot, vielmehr muss ein solcher mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Ein interessanter Unterschied im Detail: Bei nachträglich auftretenden Interessenkonflikten muss der US-amerikanische Rechtsanwalt nicht zwingend alle betroffenen Mandate niederlegen. In Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls kann er mit Zustimmung des Gerichts für einen der Mandanten tätig bleiben.³⁵

Liegt nach den vorstehend beschriebenen Kriterien ein Interessenkonflikt vor, können die betroffenen Mandanten einem Tätigwerden des Rechtsanwalts prinzipiell zustimmen. Ausgeschlossen ist eine Zustimmung allerdings immer dann, wenn ein Tätigwerden gesetzlich verboten ist oder es in einem rechtsförmlichen Verfahren als Verfahrensbevollmächtigter beider Parteien erfolgen würde (die Mediation zählt nicht hierzu). Liegen diese absoluten Zustimmungshindernisse nicht vor, kann eine Zustimmung ein Tätigwerden ermöglichen, wenn der Rechtsanwalt vernünftigerweise annehmen darf, dass er trotz Vorliegen eines Interessenkonflikts die gewissenhafte und kompetente Besorgung der Rechtsangelegenheiten aller betroffenen Mandanten sicherstellen kann und jeder der betroffenen Mandanten nach adäquater Aufklärung seine schriftliche Einwilligung gegenüber dem Rechtsanwalt erklärt. Das Risiko, dass der Rechtsanwalt eine entsprechende Einwilligung nicht erlangen kann, ohne dass er geheimhaltungspflichtigen Informationen offenlegen müsste, trägt der Rechtsanwalt. Er ist nicht befugt, seine Verschwiegenheitspflicht zu verletzen, um eine Einwilligung aller Mandanten herbeizuführen – dieses Problem hat die ABA im Gegensatz zum Bundesgerichtshof³⁶ gesehen und auch entsprechend adressiert.

3. Former Client Conflicts (MRPC 1.9)

Besondere Regelungen trifft das amerikanische Berufsrecht in MRPC 1.9 für Interessenkonflikte, die sich aus zeitlich aufeinander folgenden Mandaten ergeben können, d.h. für „former client conflicts“. Für diese gilt, dass ein Rechtsanwalt keine anderen Personen in derselben Angelegenheit oder einer Angelegenheit die, wie es heißt, „substantially related“ mit der Angelegenheit der Erstbefassung ist, vertreten darf, wenn die Interessen des neuen Mandanten materiell denjenigen des früheren Mandanten zuwiderlaufen. Der Begriff der Angelegenheit ist hierbei flexibler als im deutschen Recht: Er erlaubt etwa ein Tätigwerden, wenn die Befassung im Erstman-

dat nur punktueller Natur war und die spätere, grundsätzlich adversiale Befassung diesen Punkt nicht betrifft. Grobe Orientierungslinie ist, ob der Rechtsanwalt im Erstmandat so intensiv befasst war, dass sein späteres Tätigwerden als ein illoyaler Seitenwechsel wirken muss.³⁷ Probleme in der Praxis bereitet insbesondere das Tätigwerden nicht in derselben, sondern in einer Angelegenheit, die „substantially related“ ist. Der zu diesem Zweck etablierte „Substantial Relationship Test“ hat zu umfangreicher Rechtsprechung geführt³⁸ – er verdeutlicht, dass es im Kern um ein Tätigkeitsverbot geht, das nicht um seiner selbst willen angeordnet wird, sondern zum Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses und deshalb im deutschen Berufsrecht keine Entsprechung hat. Typischerweise nehmen die Gerichte eine dreistufige Überprüfung vor: Zunächst ermittelt wird der Gegenstand der früheren Vertretung, sodann überprüft, ob nunmehr vermeintlich konfliktauslösenden Informationen verständiger Weise im Rahmen des früheren Mandats dem Anwalt mitgeteilt worden wären und schließlich, ob diese Informationen eine Relevanz für das aktuelle Mandat haben.³⁹ Sind diese drei Fragen positiv beantwortet, besteht eine substantielle Nähe der Angelegenheiten. Ob es überhaupt zu einem Informationsfluss gekommen ist, ist dann unerheblich⁴⁰.

Auch hier gilt: Das Tätigkeitsverbot greift nicht, wenn der frühere Mandant nach entsprechender Konsultation der Mandatsübernahme zustimmt. Es gibt aber einen zentralen Unterschied der Anforderung an die Konsentierung bei „concurrent“ und „former client“-conflicts: Bei zeitlich aufeinanderfolgenden Mandaten ist nach MRPC 1.9 lediglich die Zustimmung des früheren Mandanten notwendig, nicht aber wie in MRPC 1.7 zusätzlich eine objektive Angemessenheit der Mandatsübernahme⁴¹.

4. Personal Interest Conflicts (MRPC 1.8)

Personal interest conflicts, also das Aufeinandertreffen von gegenläufigen Interessen von Rechtsanwalt und Mandant, werden im US-amerikanischen Berufsrecht nicht als eigene Kategorie von Interessenkonflikten begriffen. Sie werden vielmehr in MRPC 1.8 unter der Überschrift „spezifische Probleme“ als Sonderproblem der „concurrent conflicts“ angespro-

33 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 6: „Simultaneous representation in unrelated matters of clients whose interests are only economically adverse, such as representation of competing economic enterprises in unrelated litigation, does not ordinarily constitute a conflict of interest.“

34 BAG NJW 2005, 921, 922; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 1687; OLG Karlsruhe NJW 2001, 3197, 3198f.; KG NJW 2008, 1458, 1459. Das von der ABA gegebene Beispiel betrifft die Beratung von mehreren potentiellen Mitgliedern eines zu gründenden Joint-Ventures.

35 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 5.

36 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.7, para 19: „When the lawyer represents different clients in related matters and one of the clients refuses to consent to the disclosure necessary to permit the other client to make an informed decision, the lawyer cannot properly ask the latter to consent“.

37 ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.9, para 2.

38 Vgl. *Brown v. District of Columbia Board of Zoning Adjustment*, 486 A.2d 37 (D.C. 1984) (en banc); *T.C. Theatre Corp. v. Warner Brothers Pictures*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953).

39 Grundsätzlich etwa *Wolfram*, Former-Client Conflicts, 10 Geo. J. Legal Ethics 677 (1997).

40 Auch hier gibt die ABA hilfreiche Beispiele: Basierend auf MRPC 1.9 unzulässig soll zum Beispiel sein, dass ein Rechtsanwalt zunächst einen Unternehmer in einer unternehmensbezogenen Angelegenheit vertritt und sodann später dessen Ehepartner in einem Scheidungsverfahren. Ein weiteres Beispiel: Ein Rechtsanwalt, der für ein Einkaufszentrum eine Baugenehmigung herbeigeführt hat, darf spätmr nicht Anwohner in einem Verfahren auf Änderung des Bebauungsplans vertreten (wohl aber einen Mieter in einer Mietstreitigkeit mit dem Einkaufszentrum); ABA, Model Rules of Professional Conduct, Comment Rule 1.9, para 3.

41 Die strengeren Anforderungen der MRPC 1.7 können nicht dadurch umgangen werden, dass das zeitlich frühere Mandatsverhältnis aus Anlass der Übernahme eines zweiten (lukrativeren) Mandats von Seiten des Anwalts beendet wird. Die Gerichte neigen in solchen Fällen dazu, die strengere MRPC 1.7 anzuwenden.

chen. Sie betreffen, ebenso wie im englischen Berufsrecht, Konstellationen, die in Deutschland nicht unter §§ 43 a Abs. 4 BRAO, 3 BORA subsumiert werden, weil sie nach deutschem Verständnis eher Probleme der anwaltlichen Verschwiegenheit, der Unabhängigkeit oder der Berufsethik sind. So ist es einem amerikanischen Rechtsanwalt nach MRPC 1.8(a) beispielsweise nicht gestattet, Geschäftsbeziehungen mit einem Mandanten einzugehen, solange der Mandant nicht über den potentiellen Interessenkonflikt aufgeklärt worden ist, alle Risiken offengelegt wurden, er die Möglichkeit hatte, unabhängigen Rechtsrat einzuholen und sein schriftliches Einverständnis gegeben hat. Weiterhin regelt MRPC 1.8(c), dass der Rechtsanwalt keine substantiellen Geschenke annehmen oder an letztwilligen Verfügungen mitwirken darf, in denen er als Nicht-Verwandter von einem Mandanten bedacht wird. Ebenfalls geregelt ist das Verbot, vor einer Mandatierung mit Dritten Vereinbarungen über eine literarische oder filmische Verwertung des Mandats zu treffen (MRPC 1.8(d)) oder einem Mandanten jenseits von Erfolgshonorarvereinbarungen oder pro bono-Tätigkeiten die Rechtsverfolgung zu finanzieren (MRPC 1.8(e)).⁴² Selbst die Frage der Haftungsfreizeichnung wird als eine solche eines Interessenkonflikts eingeordnet, so dass in MRPC 1.8(h) besondere Anforderungen an die Wirksamkeit formuliert werden, die das deutsche Recht in § 52 BRAO anspricht. Und zu guter Letzt: Dem Rechtsanwalt ist es auch verboten, sexuelle Kontakte zu einem Mandanten zu unterhalten, wenn diese nicht bereits vor der Mandatierung bestanden (MRPC 1.8(j)) – auch hierin wird ein Interessenkonflikt und damit ein berufsrechtliches und nicht lediglich ein berufsethisches Problem gesehen.⁴³

5. Imputation Conflicts (MRPC 1.10)

Vergleichbar § 3 Abs. 2 BORA erstreckt MRPC 1.10 die Anwendung der vorstehend erläuterten Regeln 1.7 und 1.9 auf alle Mitglieder einer Kanzlei, wenn einer der in dieser Kanzlei tätigen Anwälte disqualifiziert ist. Man spricht dann von einer „imputed disqualification“. Für große Beratungsgesellschaften lässt sich die Sache daher mit der auch in Deutschland gängigen Wendung „if one lawyer is out, the firm is out“ zusammenfassen. Auch hier steht ganz deutlich der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses im Vordergrund. Gerichte, die die Vorschrift anwenden, arbeiten in der Regel mit einer Vermutung, dass das Wissen eines Anwalts mit allen anderen Mitarbeitern der Kanzlei geteilt wird, wenngleich insbesondere einige Bundesgerichte von dieser Vermutung abgerückt sind und die positive Feststellung eines Informationsflusses verlangen. Eine Versicherung, auch eidesstattlicher Natur, keine Informationen auszutauschen beziehungsweise ausgetauscht zu haben, genügt nicht für eine Widerlegung der Vermutung. Zum Teil stellen sich die Gerichte auf den Standpunkt, dass die Vermutung ohnehin nicht widerlegbar sein könne, weil eine Wahrheitsfindung über die Frage des Informationsflusses praktisch ausgeschlossen ist, da die einzigen Zeugen dafür die betroffenen Anwälte wären. Überwiegend wird die Vermutung allerdings für widerlegbar gehalten, nicht zuletzt deshalb, weil argumentiert wird, dass dies möglich sein müsse, wenn der fragliche Anwalt das konfliktauslösende Mandat allenfalls technisch, nicht aber substantiell vertreten hat. Kriterien, die von Seiten der betroffenen Kanzlei

zur Entkräftung der Vermutung vorgebracht werden können, sind etwa die zwischen den beiden widerstreitenden Mandaten verstrichene Zeit, der Charakter des früheren Mandats und die Stellung des früheren Mandatsbearbeiters in der Kanzlei. Besonders wichtiges Kriterium für die Widerlegung der Vermutung ist die Existenz von kanzleiinternen Informationssperren und deren Intensität und Qualität.

V. Resümee

Der Blick in die für den internationalen Rechtsdienstleistungsmarkt bedeutsamsten Rechtsordnungen zeigt, dass der deutsche Ansatz der Regulierung von Interessenkonflikten des Rechtsanwalts sich zwar in zentralen Punkten mit dem Berufsrecht in den Vereinigten Staaten und in England und Wales deckt, insgesamt aber doch zurückhaltender bei der Disqualifikation von Rechtsanwälten wegen Interessenkollisionen ist. Auffällig ist zum einen, dass das deutsche Recht durch seine Verengung auf Konstellationen, die das Kriterium der „selben Rechtsangelegenheit“ erfüllen, zahlreiche Fälle aus dem Anwendungsbereich der §§ 43 a Abs. 4, 3 BORA herausnimmt, die im Ausland erfasst sind. Zum anderen ist bemerkenswert, dass das Aufeinandertreffen von Interessen des Rechtsanwalts mit den Interessen eines Mandanten in Deutschland, anders als in den hier untersuchten Rechtsordnungen, diesem Normkomplex nicht zugeordnet wird, sondern eher als Problem der anwaltlichen Unabhängigkeit oder des anwaltlichen Berufsethos begriffen wird. Die Tatsache, dass zahlreiche Verhaltensweisen eines Rechtsanwalts, die sich keineswegs als Petitessein einordnen lassen, im Ausland berufsrechtlich gewürdigt werden, in Deutschland aber mit keinem Wort normativ adressiert oder zumindest im Schrifttum problematisiert werden, scheint ein Paradebeispiel für einen möglichen Anwendungsbereich unverbindlicher berufsethischer Grundsätze zu sein, die Orientierung bei einer autonomen Entscheidung des Berufsträgers über sein Tätigwerden oder einen Verzicht hierauf bieten.



Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Direktor des Soldan Instituts. Er lehrt und forscht an der Universität Köln.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

⁴² Hierzu etwa (kritisch) Lockwood, 48 U.S.F. L. Rev. 457 (2013–2014); Berens, 38 Washburn L.J. 241 (1998–1999).

⁴³ Näher Eckhause, 75 U. Det. Mercy L. Rev. 115 (1997–1998).