

30 Jahre Institut für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln

Anwaltliche Verschwiegenheit: Ein rechtsvergleichender Blick

Rechtsanwalt Markus Hauptmann, Partner White & Case,
Mitglied des DAV-Berufsrechtsausschusses

Köln, 23 November 2018

Angriff auf internationale Anwaltskanzleien durch das BVerfG? (Fall VW/Jones Day)

Kein Grundrechtsschutz einer (nicht-europäischen) LLP, aber keine Relevanz für Durchsuchungs-/Beschlagnahmeverbote bei Anwaltskanzleien, weil

- Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO nur für Vertrauensverhältnis Anwalt-Mandant gilt, wenn Mandant bereits **Beschuldigter** eines Strafverfahrens;
- VW während der Internen Ermittlungen (u.a. 700 Befragungen von Mitarbeitern) noch nicht strafprozessual Beschuldigter war;
- Durchsuchung bei Jones Day nicht unzulässig gem. § 160 a) StPO war, da subsidiär zu § 97 StPO (§ 160 a) Abs. 5 StPO);

Rechtliches Ergebnis für Mandanten VW unabhängig von Sitz der Kanzlei.

Duty of Confidentiality

Right of Professional Secrecy

- Berufspflichten zur anwaltlichen Verschwiegenheit sind generell vorhanden
 - USA/UK (Common Law)
 - Frankreich (Civil Law)/Russland/China
- Allerdings dogmatische und praktische Unterschiede bei Ausgestaltung, Inhalt und Umfang, insbesondere beim **Recht** auf Vertraulichkeit

Duty of Confidentiality

- **USA** (Ziffer 1.6 Bar Rules): „A lawyer shall not knowingly reveal confidential information... or use such information to the disadvantage of a client or for the advantage of the lawyer or a third person, unless...“
- **UK** (Solicitors Code of Conduct): „You must... keep the affairs of clients confidential unless disclosure is required or permitted by law or client consent.“
- **Frankreich** (Art. 66.5 of Law on the Legal Profession): „...in all matters, whether it is advisory work or litigation, the legal opinions addressed by a lawyer to his client or intended to be for his client benefit, the communications exchanged between a lawyer and his client, between the lawyer and his colleagues, the meeting notes in more generally all the documents of the file are protected by professional secrecy.“

Confidential Information – USA –

American Bar Association Model Code of Professional Conduct Regel 1.6(a)

- Information erlangt während oder im Zusammenhang mit der Beratung/Vertretung eines Mandanten, auch von Dritten, die:
 - geschützt sind aufgrund des „Attorney-Client Privilege“, oder
 - peinlich oder schädlich für den Mandanten wären, wenn offenbart, oder
 - ausdrücklich auf Wunsch den Mandanten als vertraulich zu behandeln sind.

Ausnahmen von der Duty of Confidentiality

American Bar Association Model Code of Professional Conduct Regel 1.6(a)

– USA –

u.a.

- Ausdrückliche Einwilligung des Mandanten („informed consent“);
- konkludente Einwilligung des Mandanten, weil Offenlegung in seinem Interesse oder üblich in der „Professional Community“;
- zur Verhinderung erheblicher Gesundheitsschäden oder Tod;
- zum Widerruf einer vom Anwalt gegenüber Dritten getätigten Aussage, die aufgrund unrichtiger Informationen erfolgte;
- zur Verteidigung des Anwalts oder seiner Associates/Mitarbeiter gegen Vorwürfe pflichtwidrigen Verhaltens (wrongful conduct);
- Beleg oder Durchsetzung von Honoraransprüchen.

Grundsätzliche Unterschiede zwischen deutschem und amerikanischem Zivilprozess (Civil Law – Common Law)

- Beibringungsgrundsatz; Beweiserhebung Sache der Parteien; ggfs. mehrere mündliche Verhandlungen;
- „Pre-Trial-Discovery“ durch die Parteien und deren Anwälte zum Zwecke umfassender Tatsachen- und Sachverhaltsaufklärung (Ausforschung der Gegenpartei) als Grundlage des späteren Austausches von Schriftsätzen und einer mündlichen Verhandlung
- Discovery erstreckt sich auch auf Dritte; Gericht kann Discovery mit Zwang durchsetzen;
- Weitreichende Offenbarungs- und Vorlagepflichten der Parteien, eingeschränkt nur durch „Privileges“;
- Das anwaltliche „Privilege“ gilt übergreifend im Zivilverfahren, Strafverfahren und bei staatlichen Untersuchungen (z.B. Kartellrecht)

Grundsätzliche Unterschiede zwischen deutschem und amerikanischem Zivilprozess (Common Law – Civil Law)

- Vorlagepflicht im US-Prozess deutlich weiter als nach § 142 ZPO auf Anordnung des Gerichts, auch ohne Vorlagepflicht Dritter;
- Möglichkeit und Drang zu einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung und Wahrheitsfindung im US-amerikanischen Prozess viel weiter ausgeprägt als im deutschen Zivilprozess;
- Grundsatz des Geheimnisschutzes in USA/UK mehr aus dem Blickwinkel: Instrument zur Verschleierung wahrer Tatsachen;
- Schutz vertraulicher Informationen in Deutschland primär Ausdruck eines tiefen verfassungsrechtlichen und demokratischen Verständnisses.

Geheimnisschutz in den USA

Attorney-Client-Privilege

- Schützt jegliche Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant/potentielltem Mandant – i.Z.v. im Rechtsrat –;
- in vertraulicher Form (zumeist ausdrücklich gekennzeichnet)
- erstreckt sich grundsätzlich auch auf Syndikusanwälte
- *(schützt nur vertrauliche Kommunikation Anwalt/Mandant, aber nicht jegliche vom Mandanten oder Dritten als confidential zur Verfügung gestellte Information)*

Geheimnisschutz in den USA

Attorney Work Product Privilege

- Schützt sämtliche Unterlagen für die Vorbereitung eines unmittelbar bevorstehenden Rechtsstreits (nicht nur Anwalt-Mandanten-Kommunikation)

Ordinary Work Product

- Sachverhaltsrelevante Informationen (Protokolle von Zeugenaussagen, Expertenberichte, Finanzdaten des Mandanten)
- „Because of“ und „Primary Purposes“-Tests
- Nur eingeschränkter Herausgabeschutz; kein Schutz, wenn Gegenseite auf Dokumente zur Prozessführung angewiesen ist und nur unter unzumutbarem Aufwand gleichwertige Beweismittel beschaffen kann

Opinion Work Product

- Rechtliche Ausarbeitung des Anwalts (interne/externe Memos, Gutachten, Gedächtnisprotokolle)
- Umfassend gegen Herausgabe (Discovery) geschützt

Keine Privileges für Business Advice (statt Legal Advice)

- Erhebliche Relevanz für Syndikusanwälte/In-House Councils, die durch „Privileges“ regelmäßig geschützt sind
- Beispiele für nicht geschützten Business Advice:
 - Verhandlung wirtschaftlicher Vertragsbedingungen
 - Teilnahme an und Protokolle von Geschäftsmeetings
 - Überprüfung von Risikoanalysen aus Business-Abteilungen zur Einschätzung und Kontrolle von Kosten im Zusammenhang mit Produkt-Haftungsprozessen für die Budgetplanung
- Unter Legal Advice fällt z.B. die Beratung zu steuerlichen Konsequenzen, auch bei gruppeninternen Restrukturierungen oder auch die Bewertung von Sachverhalten im Hinblick auf etwaige Compliance-Verstöße

Interne Ermittlungen in den USA

(Urteil des United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)

- Attorney-Client Privilege gilt auch für In-House Councils;
- auch interne Untersuchungen von Nicht-Juristen unterfallen dem Privilege, solange sie unter Führung der Rechtsabteilung erfolgen;
- kein Wegfall des Privileges, weil die (interviewten) Angestellten nicht wussten, dass die Interviews zur Ermöglichung einer rechtlichen Beratung/Verteidigung des Unternehmens dienten;
- selbst wenn die Interviews einen „Business Purpose“ gehabt hätten, reicht es für das Bestehen der Privileges aus, dass die interne Untersuchung auch dem Zweck der rechtlichen Beratung/Verteidigung des Unternehmens diene.

Privileges in UK (England und Wales)

Litigation Privilege

- Schützt sämtliche (schriftliche oder mündliche) Kommunikation/Korrespondenz zwischen Anwalt, Mandanten und Dritten, soweit
 - die Kommunikation als vertraulich erklärt wurde und
 - zum Zweck der Verteidigung in einem wahrscheinlich (unmittelbar) bevorstehenden Rechtsstreit angefertigt wurde.

Privileges in UK (England und Wales)

Legal Advice Privilege

- Gilt subsidiär zum Litigation Privilege (also im Wesentlichen außerhalb von Prozessen)
- Schützt nur Kommunikation/Korrespondenz zwischen Mandant und Anwalt zum Zwecke und i.V.m. Rechtsrat, nicht mit Dritten
- als vertraulich erklärt
- breite Definition von „Legal Advice“
- enge Definition von „Client“ in Unternehmen

UK-Privileges und Interne Ermittlungen

(SFO) v ENRC [2017] EWHC 1017 (QB)

- Keine Anwendbarkeit der beiden Privileges auf Dokumente aus internen Ermittlungen:
 - Ermittlungsverfahren des Serious Fraud Office ist kein unmittelbar bevorstehender Rechtsstreit oder bevorstehendes Strafverfahren
 - Bei Anfertigung der Dokumente konnten die internen Ermittler nicht von einem überwiegend wahrscheinlich bevorstehenden Rechtsstreit/Strafverfahren ausgehen
 - Dokumente wurden gerade nicht zur Verteidigung sondern „nur“ zu deren Vermeidung angefertigt
 - Unterlagen aus internen Ermittlungen sind Tatsachenfeststellungen und kein Rechtsrat

Selective Waiver von Privileges in USA und UK

USA

- Offenlegung von Dokumenten wie z.B. von Berichten aus internen Ermittlungen gegenüber Behörden und anderen Dritten, auch außerhalb der USA zählt als Waiver und führt zum vollständigen Verlust der Privileges
 - Dritte könne in einem späteren Zivilprozess Herausgabe der Ermittlungsunterlagen verlangen
 - Problematisch, da interne Ermittlungen regelmäßig von Regulierungsbehörden erzwungen werden
- Selective Waiver, also Offenlegung unter Wahrung der Privileges wird in den USA von der h.M. abgelehnt
- Abschluss eines NDA und No-Waiver Agreements mit der beteiligten Behörde, kann Waiver gegenüber anderen Behörden verhindern, Wirkung gegenüber privaten Dritten wird nicht einheitlich beurteilt

Selective Waiver von Privileges in USA und UK

UK

- Nur Offenlegung von Dokumenten gegenüber Gericht führt zum Verlust der Privileges,
- Vertrauliche Offenbarung gegenüber Dritten oder Offenlegung gegenüber einer Behörde führt im Gegensatz zu den USA nicht zu einem umfassendem Waiver

Sonstige Unterschiede USA - UK - Deutschland

- **Korrespondenz mit Dritten außerhalb eines bevorstehenden Prozesses**
 - Im Gegensatz zum **UK** Legal Advice Privilege schützt das **US** Attorney-Client Privilege auch außerhalb von Prozessen die Kommunikation des Anwalts mit Dritten, soweit dies zur effektiven Beratung erforderlich ist
- **Begriff des „Clients“**
 - Der für das Legal Advice und Attorney-Client Privilege maßgebliche Client-Begriff ist für Unternehmen in UK deutlich eingeschränkter als in den USA und D. In UK zählen nur Mitarbeiter des Unternehmens als Client, die Anwälten Instruktionen erteilen dürfen und die Empfehlungen der Anwälte unmittelbar umsetzen
- **Anwendbares Recht**
 - In UK und Deutschland wird die Anwendbarkeit von Privileges auf Dokumente nach dem Grundsatz lex-fori bestimmt, in manchen US-Bundestaaten wird demgegenüber das Recht des Ursprungslandes des Dokuments angewandt

Frankreich

- Anwaltliche Verschwiegenheitspflicht besteht nicht im Mandanteninteresse sondern nur im öffentlichen Interesse; Mandant kann Anwalt nicht von der Schweigepflicht entbinden
- Anwaltliche Verschwiegenheitspflicht steht neben Prinzip der Vertraulichkeit
 - Prinzip der Vertraulichkeit: Korrespondenz zwischen Anwälten unterliegt Vertraulichkeit. Dies ermöglicht freien Informationsaustausch zwischen Anwälten
 - Inhalt der Korrespondenz darf nicht als Beweis verwertet werden
 - Vertraulichkeitspflicht gilt auch gegenüber Mandanten: Mitteilungen des Anwalts der Gegenseite dürfen dem eigenen Mandanten nicht vorgelegt werden

Russland

- Unterscheidung der Anbieter von Rechtsdienstleistungen in Anwälte und Advokaten
 - Advokaten absolvieren zusätzliches Examen und sind zur gerichtlichen Vertretung qualifiziert
 - Nur Advokaten sind Träger von Berufsrechten- und Pflichten
- Betreuung von Transaktionen erfolgt regelmäßig durch Anwälte
 - Anwälte haben kein Zeugnisverweigerungsrecht; kein Beschlagnahmeverbot
 - Anwälte realisieren Vertraulichkeit „nur“ durch Abschluss von NDAs

China

- Anwaltliche Verschwiegenheitspflicht bei Gefährdung nationaler Interessen beschränkt
 - Wohlstand der Bevölkerung, nachhaltige soziale Entwicklung, wichtige staatliche Interessen
- Aussagepflicht des Strafverteidigers vs. Zeugnisverweigerungsrecht: § 48 StPO gibt Strafverteidiger Zeugnisverweigerungsrecht; § 62 StPO normiert Aussagepflicht bzgl. verfahrensrelevanter Informationen (Literatur und Rechtsanwaltskammer bejahen Schweigerecht; bisher keine höchstrichterliche Entscheidung)
- Keine Beschlagnahmeverbote in Bezug auf Rechtsanwälte; Regelungsvorschläge in der Literatur
- Deutsche Anwälte können sich vor chinesischen Gerichten nicht auf Verschwiegenheitsrecht berufen
 - Auswirkungen in der Praxis jedoch gering; Relevant in Kartell- und Ermittlungsverfahren

Schutz von Syndikusanwälten

England & Wales, USA	Frankreich	Deutschland, Russland	China,
<p><u>Grundsätzlich ja:</u> Legal Professional Privilege ist jedenfalls anwendbar wenn die Korrespondenz mit Leitungspersonal zum Zweck der Erteilung oder Erlangung von Rechtsrat dient.</p>	<p><u>Nein:</u> Syndikusanwälte sind in Frankreich nicht Träger der anwaltlichen Berufsrechte und Pflichten.</p> <p>Es bestehen keine Zeugnisverweigerungs-rechte oder Beschlagnahmeverbote.</p>	<p><u>Grundsätzlich nein:</u> Im Falle von Ermittlungen gegen das Unternehmen können sich Syndikusanwälte nicht auf ihr Verschwiegenheitsrecht berufen (sofern es überhaupt besteht).</p>	

Beispielsfall Syndikusanwalt

Ein US-amerikanischer Syndikusanwalt wird in die Rechtsabteilung einer Zweigstelle des Unternehmens nach Deutschland versetzt. Im Rahmen seiner Tätigkeit erteilt er der Gesellschaft Rechtsrat zu einer möglicherweise bevorstehenden zivilrechtlichen Streitigkeit in der US-Recht einschlägig wäre. Es kommt schließlich zum Rechtsstreit in den USA.

- Kann die Herausgabe des Gutachtens unter Berufung auf das Attorney-Client und/oder Work-Product Privilege in diesem Rechtsstreit verweigert werden?
- Kann die Herausgabe des Gutachtens an deutsche Behörden unter Berufung auf das Legal Professional Privilege in diesem Rechtsstreit verweigert werden?

Angriff auf die Anwaltliche Verschwiegenheit in Europa und den USA

Europa und USA

- „Neue Meldepflichten in der EU bzgl. Steuervermeidungsmodellen RL 2018/822; Komplizenstellung“ des Anwalts insbesondere in Steuer und Wirtschaftssachen
- Meldepflichten aus Korruptions- und Geldwäschebekämpfungsgesetzen

USA

- Durchsuchungen und Überwachungen auf Grundlage von Terrorismusbekämpfungsgesetzen
- Whistleblower-Regelungen
- Erzwungener Verzicht auf Privileges und negative Würdigung der Geltendmachung von Privileges; „Forcierte“ Offenlegung gegenüber Ermittlungs- und Regulierungsbehörden

Vielen Dank!