

Rechtsunsicherheiten beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen

Grundlagen und aktuelle Streitfragen – unbefriedigende Einzelfall-Rechtsprechung

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Die Vertretung widerstreitender Interessen ist Anwältinnen und Anwälten verboten. Das Normengeflecht aus StGB, BRAO, BORA stellt die Anwaltspraxis immer wieder vor eine große Herausforderung: Was ist berufsrechtlich noch zulässig, was ist verboten? Und welche Folgen drohen bei einem Verstoß? Die Anwendung der Normen wird durch eine uneinheitliche, einzelfallbezogene Rechtsprechung erschwert. Der Autor erläutert weniger, was alles verboten ist, sondern – vor dem Hintergrund der vom Grundgesetz gewährleisteten Berufsfreiheit – was noch erlaubt ist, ohne dass die Interessen der Mandanten tangiert werden.

I. Die Bedeutung des Tätigkeitsverbots

Nach seiner Bedeutung für das Berufsbild eines Rechtsanwalts in einem rechtsstaatlichen System steht das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, dessen Vorläufer, die „*praevaricatio*“¹ schon dem römischen Quästionenprozess bekannt war,² auf der gleichen Stufe wie die beiden anderen prägenden Grundpflichten der Unabhängigkeit und der Verschwiegenheit.³ Blickt man auf die praktische Relevanz und die Anzahl der bei den Rechtsanwaltskammern anhängigen Streitfälle ist das Verbot sogar die unangefochtene „Nummer 1“ der Berufspflichten.⁴ Die Ursachen hierfür sind vielschichtig: Sie liegen in der wachsenden Komplexität der von der Anwaltschaft bearbeiteten Fälle in einer globalisierten Welt, der Erweiterung des anwaltlichen Betätigungsfeldes, der Internationalisierung des Anwaltsberufs und nicht zuletzt im ausgeprägten Trend zum Zusammenschluss in immer größeren Anwaltsgesellschaften. Hinzu kommt eine schier unendliche Vielfalt denkbarer Fallkonstellationen, für die häufig noch keine gerichtliche Klärung existiert.⁵

II. Rechtliche Ausgangslage

1. Die verschiedenen Verbotstatbestände

Die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung anwaltlicher Interessenkonflikte finden sich in verschiedenen straf- und berufsrechtlichen Vorschriften, konkret in § 356 StGB, § 43 a Abs. 4 BRAO und § 3 BORA. Während in § 356 StGB das Verhalten eines Anwalts unter Strafe gestellt wird, der bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, hat sich der Gesetzgeber in § 43 a Abs. 4 BRAO mit der schlichten Feststellung begnügt, dass einem Rechtsanwalt die Vertretung widerstreitender Interessen untersagt ist. Eine detailliertere berufsrechtliche Regelung findet sich in der Satzungsbestimmung des § 3 BORA, dessen

aktuelle Fassung seit dem 1. Juli 2006 in Kraft ist.⁶ Nach § 3 Abs. 1 BORA darf ein Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46⁷ BRAO beruflich befasst war.

Dieses Verbot wird in § 3 Abs. 2 S. 1 BORA auf alle mit ihm in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft gleich welcher Rechts- oder Organisationsform verbundenen Rechtsanwälte erstreckt. Satz 2 schränkt das Verbot ein, wenn sich im Einzelfall die betroffenen Mandanten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen. § 3 Abs. 3 BORA sieht schließlich eine Regelung für den Fall des Sozietätswechsels vor. Danach gelten die Absätze 1 und 2 „auch für den Fall, dass der Rechtsanwalt von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft wechselt.“⁸

2. Überblick über die geschriebenen und ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 43 a Abs. 4 BRAO

Im Zusammenspiel mit § 3 BORA lassen sich vier zentrale, inhaltlich eng miteinander verwobene Tatbestandsmerkmale des § 43 a Abs. 4 BRAO identifizieren, nämlich (1) die Vertretung (2) widerstreitender (3) Interessen (4) in derselben Rechtssache.⁹ Die Tatbestandsmerkmale des § 43 a Abs. 4 BRAO lassen sich nicht trennscharf voneinander abgrenzen. Häufig werden auch von der Rechtsprechung recht frei Subsumtionsfragen entweder der Thematik der Rechtssachenidentität oder aber der Vertretungsproblematik zugeordnet.

Im Ergebnis bedarf es stets einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der Normzwecke der gesetzlichen Regelung. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen schützt neben

- dem Vertrauensverhältnis zum Mandanten auch
- die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und
- die im Interesse der Rechtspflege gebotene Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung.¹⁰ Allein unter Rückgriff auf dieses gesetzliche Regelungsanliegen lassen sich die geradezu unzähligen Zweifelsfragen klären, die das Verbot des § 43 a Abs. 4 BRAO in der Praxis aufwirft.

3. Verhältnis von § 43 a Abs. 4 BRAO zu § 356 StGB

Analysiert man zunächst das Verhältnis zwischen Strafnorm und berufsrechtlicher Vorschrift, so soll nach der Gesetzesbegründung die anwaltliche Berufspflicht über die Straf-

1 Frei übersetzt „das Abweichen vom geraden Weg“.

2 Zur Entstehungsgeschichte des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen *Deckenbrock*, *Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen*, 2009, Rn. 3, 17 ff.

3 Allgemein zu den sogenannten *core values* *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 43 a Rn. 1 mit weiteren Nachweisen.

4 *Offermann-Burckart*, *AnwBl* 2008, 446.

5 Die Vielschichtigkeit der Probleme wird bei der Lektüre der von *Offermann-Burckart* aufbereiteten 95 Beispielsfälle deutlich, vgl. *Offermann-Burckart*, *AnwBl* 2009, 729 ff.; *dies.*, *AnwBl* 2011, 809 ff.; *dies.*, *AnwBl Online* 2018, 200 ff.

6 Vgl. *BRAK-Mitt.* 2006, 79. § 3 Abs. 2 BORA a.F. war von *BVerfGE* 108, 250 = *AnwBl* 2003, 521 = *NJW* 2003, 2520 für nichtig erklärt worden.

7 Die Verweisung auf § 46 BRAO ergibt seit der Reform des Rechts der Syndikusanwälte (dazu *Henssler/Deckenbrock*, *DB* 2016, 215 ff.) wenig Sinn, da das Tätigkeitsverbot nunmehr in § 46 c BRAO geregelt ist. Die 6. Satzungsversammlung hat auf ihrer 6. Sitzung am 16.4.2018 daher konsequenterweise beschlossen, den in § 3 Abs. 1 S. 1 BORA enthaltenen Verweis auf § 46 BRAO zu streichen (vgl. *SV-Mat.* 15/2018).

8 Zur sozietätsweiten Geltung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen *Deckenbrock*, *AnwBl Online* 2018, 209 ff.

9 Siehe dazu, auch zur bisweilen schwierigen Abgrenzung dieser Tatbestandsmerkmale, zuletzt *Henssler*, *AnwBl* 2013, 668, 669.

10 *BT-Drucks.* 12/4993, S. 27.

bestimmung des § 356 StGB hinausgehen.¹¹ In welchen Konstellationen dies der Fall sein soll, wird aber nicht näher spezifiziert. Auch in der Rechtsprechung wird die in der Gesetzesbegründung enthaltene Aussage nur unreflektiert wiedergegeben.¹² Unterzieht man das berufsrechtliche Verbot und den Straftatbestand einer näheren Betrachtung, zeigt sich, dass beide Normen identische Voraussetzungen haben. Dem entspricht es, dass auch die Schutzrichtungen beider Vorschriften deckungsgleich sind. Das strafrechtliche Verbot greift, wenn ein Rechtsanwalt, „welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient“. Die Strafnorm enthält damit ausdrücklich die Beschränkung auf dieselbe Rechtssache, die im Rahmen des § 43a Abs. 4 BRAO aber als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ebenfalls allgemein anerkannt ist.

Ebenso wie bei § 43a Abs. 4 BRAO kann ohne eine Mandatsbeziehung kein „Anvertrauen“ erfolgen. Anvertrauen ist die Übertragung der Interessenwahrnehmung auf den Anwalt in seiner beruflichen Eigenschaft als unabhängiger Sachwalter. Diese Übertragung setzt zwingend eine Mitwirkung des Anwalts voraus. Anvertrauen lässt sich somit nicht mit Begriffen wie „schlichtes Mitteilen, Aushändigen, Übergeben“ gleichsetzen. Es ist vielmehr von der Erwartung geprägt, die erwählte Vertrauensperson werde mit dem Gegenstand des Anvertrauens im Sinn des Anvertrauenden verfahren. Eine solche berechtigte Hoffnung, die von ihm um Hilfe gebetene Person werde sich als sein Rechtsanwalt nun einseitig für die aus dem vorgetragenen Sachverhalt ersichtlichen Interessen einsetzen, kann ein Mandant nicht ohne Mitwirkung des Rechtsanwalts entwickeln. Das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrauens“ geht – gemeinsam mit dem Begriff des „Dienens“ – im Rahmen des § 43a Abs. 4 BRAO in dem Merkmal „Vertretung“ auf. Umgekehrt lässt sich das Tatbestandsmerkmal „Vertretung“ damit auch umschreiben als „dienen“ in einer „anvertrauten Angelegenheit“.¹³

Nach richtigem Verständnis kommt der Berufsrechtsnorm des § 43a Abs. 4 BRAO im Verhältnis zu § 356 StGB eine eigenständige (weiter gehende) Bedeutung für den Einzelanwalt allein mit Blick auf den Verschuldensmaßstab zu. Aus § 113 Abs. 1 BRAO folgt, dass jeder schuldhaft und folglich auch der nur fahrlässige Verstoß eine berufsrechtlich sanktionierte Pflichtverletzung begründet. Mag den Anwalt im Strafverfahren die Berufung auf einen Tatbestandsirrtum entlasten, weil § 356 StGB vorsätzliches Handeln verlangt, den Vorwurf eines Berufsrechtsverstoßes kann ihm diese Einlassung nicht ersparen. Sonstige Unterschiede bestehen für den Einzelanwalt dagegen nicht.¹⁴

Für Sozietätssachverhalte weist die Strafnorm eine zweite Besonderheit auf, da § 356 StGB nach ganz herrschender Auffassung nicht sozietätsweit gilt, für das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen aber die Regelung des § 3 Abs. 2 BORA zu beachten ist. Als eine aus dem 19. Jahrhundert stammende Vorschrift verwundert es nicht, dass § 356 StGB zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens keine Sonderregelung für Sozietätssachverhalte enthielt. Der Gesetzgeber hat aber auch trotz der Entwicklung von der individualistischen hin zur gemeinschaftlichen Berufsausübung bis heute eine Erweiterung des Prävarikationstatbestands nicht für erforderlich gehalten, und zwar selbst dann nicht, als die Sozietät 1994 mit § 59a BRAO erstmals im anwaltlichen Berufsgesetz geregelt wurde.¹⁵ Selbst wenn der Wille der betroffenen Mandanten nahelegt, dass sie die Angelegenheiten sämtlichen in der Sozietät arbeitenden Berufsträgern anvertrauen wollen, bedeutet

dies nicht, dass alle Anwälte der Sozietät in strafrechtlich relevanter Weise beiden Parteien gedient haben, nur weil ein Anwalt oder auch zwei verschiedene Berufsträger konfligierende Mandate betreut haben.¹⁶ Dienen ist jede berufliche Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Art, durch die das Interesse einer Partei durch Rat oder Beistand gefördert werden soll.¹⁷

Das Gesetz verlangt daher bereits vom Wortlaut her ein persönliches Tätigwerden durch den Anwalt in Form einer konkreten Befassung mit der Angelegenheit. Die bloße Mandatsannahme durch einen Sozius reicht nicht aus. Der Gesetzgeber knüpft eine Strafbarkeit nicht an den Auftrag als solchen an, sondern an die aufgrund eines Auftrags möglichen beruflichen Tätigkeiten. Das Merkmal „Dienen“ ist noch nicht erfüllt, wenn ein mit dem Rechtsanwalt assoziierter Anwalt für die Gegenpartei tätig war. Denn die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit führt für sich genommen zu keiner dienenden Beteiligung jedes Sozietätspartners an allen Mandaten der Gesellschaft. Nur dann, wenn der Anwalt selbst für beide Seiten tätig wird, verwirklicht er den Straftatbestand des § 356 StGB.¹⁸

4. Besonderheiten und Schwächen der gesetzlichen Regelung

Vergleicht man die Regelung in § 43a Abs. 4 BRAO mit ausländischen Regelungen, insbesondere mit solchen des angelsächsischen Rechtskreises, so fallen einige Besonderheiten auf. Das deutsche Verbot ist teils enger, teils weiter gefasst als ausländische Parallelregelungen. Die deutsche Regelung ist zum einen eng gefasst, weil das Verbot durch Beschränkung der Vertretung in „derselben Rechtssache“ eingeschränkt ist. Sensibles Wissen des Rechtsanwalts aus sonstigen Vormandaten ist damit – anders als etwa im US-amerikanischen Recht – berufsrechtlich unschädlich. In solchen Fällen kann aber die Mandatsübernahme durchaus ethisch bedenklich sein, ein Beispiel für einen Fall, in dem Berufsrecht und Berufsethos auseinanderfallen.¹⁹

Auf der anderen Seite ist das Tätigkeitsverbot sehr weit gefasst, weil die Zustimmung der Mandanten in die Interessenvertretung durch denselben Rechtsanwalt unbeachtlich ist. Nur für Sozietätssachverhalte kommt dem Einverständnis Bedeutung zu.²⁰ Es drängt sich aus rechtsvergleichender Sicht

11 BT-Drucks. 12/4993, S. 27.

12 Siehe etwa BGHSt 52, 307 Rn. 23 = NJW 2008, 2723.

13 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43a Rn. 213 mwN; vgl. auch *Deckenbrock* (Fn. 2), 2009, Rn. 31, 283.

14 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43a Rn. 214; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 31, 241f., 283.

15 *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 415.

16 *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 429.

17 RGSt 23, 60, 65f.; RGSt 62, 289, 292; BGHSt 5, 301, 305 = NJW 1954, 726, 727; BGHSt 7, 17, 19 = NJW 1955, 150, 151; BGH NStZ 1985, 74.

18 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43a Rn. 214; *ders.*, NJW 2001, 1521, 1524f.; *ders./Deckenbrock*, MDR 2003, 1085, 1089; ebenso OLG Stuttgart, NJW 1986, 948, 949; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 356 Rn. 10; *Träger*, in: *Feuerich/Weyland*, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 43a Rn. 66; *Kleine-Cosack*, BRAO, 7. Aufl. 2015, § 43a Rn. 138; *ders.*, *AnwBl* 1998, 417, 418; *Römermann/Hartung*, Anwaltliches Berufsrecht, 2002, 4. Teil § 15 Rn. 47; *Harting*, Berufspflichten des Strafverteidigers und Sanktionierung pflichtwidrigen Verhaltens: Eine Untersuchung mit Blick auf das spanische, niederländische und US-amerikanische Berufsrecht sowie den Verhaltenskodex für Verteidiger am Internationalen Strafgerichtshof, 2008, S. 177, 360; *Pelzer*, Die Sozietät im Sinne der BRAO unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Berufsforem, 2008, S. 232f.; *Dahs*, JR 1986, 349, 350; *Gatzweiler*, NSZ 1986, 413; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 415ff.; *ders.*, BB 2002, 2453, 2454.

19 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43a Rn. 201a; *ders.*, NJW 2001, 1521, 1522f.; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 273ff., 396.

20 BGH *AnwBl* 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 10; BGH *AnwBl* 2016, 594 = NJW 2016, 2561 Rn. 12; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 2), § 43a Rn. 202; *ders.*, *AnwBl* 2013, 668, 672; *ders./Deckenbrock*, NJW 2012, 3265, 3269f.; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 165f.; a.A. *Offermann-Burckart*, in: *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein*, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 95; *dies.*, *AnwBl* 2011, 809, 825; *dies.*, *AnwBl* 2018, 200, 202f. (verfassungswidrige Ungleichbehandlung); *Grunewald*, ZEV 2006, 386, 387.

geradezu auf, diese Besonderheit zum Anlass für ein subjektives Verständnis des Interessenbegriffs zu nehmen. Zumindest in Grenzfällen, in denen Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen, sollte Parteidispositivität gewährt werden.

Eine weitere Schwäche ist das ungeklärte Verhältnis zu § 45 BRAO. Systematisch korrekt wäre es allein, unter § 43 a Abs. 4 BRAO nur solche Fälle zu fassen, in denen die Vertretung jeweils in anwaltlicher Funktion erfolgt ist, und folgerichtig zugleich unter § 45 BRAO ausschließlich Fälle zu subsumieren, in denen es zu einem Rollenwechsel zwischen anwaltlicher und nicht anwaltlicher Vertretung gekommen ist.²¹

Für die deutsche Anwaltschaft bieten die offenen Fragen rund um das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit ein erhebliches Gefahrenpotenzial. Jeder Anwalt wird im Verlauf seines Berufslebens immer wieder mit Grenzfällen konfrontiert werden, in denen die Beurteilung durch die Gerichte nicht zuverlässig prognostiziert werden kann. Diese Unsicherheit ist eine erhebliche unnötige Belastung der täglichen Arbeit der deutschen Rechtsanwälte, die auch verfassungsrechtlich nicht unbedenklich ist. Gesetzliche Eingriffe in die grundsätzlich freie Berufsausübung setzen nämlich voraus, dass die Verbotstatbestände hinreichend „bestimmt“ gefasst sind (so genanntes Bestimmtheitsgebot).²²

III. Dieselbe Rechtssache

1. Die erforderliche Rechtssachenidentität als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 43 a Abs. 4 BRAO

Der Wortlaut des § 43 a Abs. 4 BRAO verlangt zwar nicht ausdrücklich, dass die widerstreitenden Interessen im Rahmen derselben Rechtssache vertreten werden. Gleichwohl geht die ganz überwiegende Meinung davon aus, dass diese Einschränkung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 43 a Abs. 4 BRAO hineinzulesen ist, so dass insofern kein Unterschied zu § 356 StGB – die Norm sieht die Beschränkung auf „dieselbe Rechtssache“ ausdrücklich vor – besteht. In § 3 Abs. 1 BORA ist ebenfalls ausdrücklich klargestellt, dass ein Tätigkeitsverbot nur bei Vorliegen „derselben Rechtssache“ in Betracht kommt.²³ Eine solche Eingrenzung ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig, weil eine vollständige Ausdehnung von Tätigkeitsverboten auf andere Rechtssachen – ohne gleichzeitige Beschränkung auf die Vermittlung von sensiblem Wissen – uferlos wäre und einen unverhältnismäßigen Eingriff in die verfassungsrechtlich abgesicherte Berufsausübungsfreiheit des Anwalts (Art. 12 Abs. 1 GG) darstellen würde.²⁴

2. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Nach der Rechtsprechung des BGH kann „dieselbe Rechtssache“ jede Angelegenheit sein, die zwischen mehreren Beteiligten mit jedenfalls möglicherweise entgegenstehenden rechtlichen Interessen nach Rechtsgrundsätzen behandelt und erledigt werden soll.²⁵ Maßgebend dafür, ob zwei Angelegenheiten „dieselbe“ Rechtssache darstellen, ist der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Angelegenheit. Zwei Mandate betreffen bereits dann dieselbe Rechtssache, wenn sie sich sachlich-rechtlich zumindest *teilweise* decken.²⁶

Der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Angelegenheit kann dabei auch dann identisch sein, wenn dasselbe materielle Interesse Gegenstand verschiedener Ansprüche oder Verfahren ist; die Forderung einer Sachidentität verlangt daher nicht zugleich Verfahrensidentität.²⁷ Ausreichend ist es, wenn in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Ziel-

richtung ein und derselbe Sachverhalt maßgeblicher Verfahrensgegenstand ist.²⁸ Ebenso wenig relevant ist die Parteiidentität. Zwei Mandate decken sich in aller Regel dann in sachlich-rechtlicher Hinsicht, wenn sie jeweils ein „verklammertes“ Element, zum Beispiel eine Ehe oder einen Erbfall, beinhalten, das in beiden Mandaten rechtlich von Bedeutung ist.²⁹

Ein einheitlicher Lebenssachverhalt ist zudem gegeben, wenn der Anwalt sowohl für eine Gesellschaft als solche als auch für einzelne Gesellschafter und/oder Geschäftsführer tätig wird und es jeweils um Angelegenheiten geht, die im weitesten Sinne die Gesellschaft und ihre Rechtsbeziehungen betreffen. Eine Aufspaltung dieses einheitlichen Rechtsverhältnisses in mehrere historische Vorgänge ist grundsätzlich nicht vorstellbar.³⁰

Tatsächlich stellt das Tatbestandsmerkmal „dieselbe Rechtssache“ selbst unmissverständlich klar, dass es nicht ausreicht, wenn sich zwei Sachverhalte, die unterschiedlichen Mandaten zugrunde liegen, in Teilbereichen überschneiden. Abzustellen ist auf die „Rechtssache“, also auf Umstände, die in beiden Mandaten von *rechtlicher* Bedeutung sind. Nichts anderes verbirgt sich hinter den Worten des BGH, zwei Mandate betreffen dann dieselbe Rechtssache, wenn „die gleichen tatsächlichen Umstände von Bedeutung für die von den Auftraggebern bezogenen unterschiedlichen Rechtspositionen“ sind.³¹

Spielt etwa in zwei verschiedenen Verfahren der Wert einer Unternehmensbeteiligung eine Rolle, im ersten Fall, weil ein erster Mandant die Kreditwürdigkeit des Inhabers der Beteiligung negativ bewertet hatte – ein niedriger Beteiligungswert also für den Mandanten günstig wäre –, im zweiten Fall, weil anlässlich einer weiteren Transaktion nun der Inhaber der Beteiligung als Mandant die Beteiligung verkaufen möchte und daher ein hoher Wert der Beteiligung für ihn günstig wäre, so genügt diese Verbindung für die Erfüllung des Merkmals „derselben Rechtssache“ nicht, denn zwischen den beiden Mandaten fehlt jedwede rechtliche Verknüpfung.

Bloße wirtschaftliche Verbindungen – wie zum Beispiel die vorstehend erwähnte Einschätzung eines Beteiligungswerts –, die nicht rechtlich relevant sind, müssen unberücksichtigt bleiben. Sonst könnte nämlich allein die günstige Vermögenssituation, die sich aus dem Obsiegen eines Mandanten in einer Streitigkeit ergibt, die Übernahme eines zweiten Mandats beeinträchtigen. Die Normzwecke des Verbots ist in einem solchen Fall nicht tangiert. Es fehlt an einer *rechtlichen* Verbindung zwischen den beiden Mandaten.³²

²¹ *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 255 ff.

²² Siehe etwa BVerfGE 26, 186, 203 f. = NJW 1969, 2192, 2194 f.; BVerfGE 33, 125, 164 = NJW 1972, 1504, 1508; BVerfGE 45, 346, 351 = NJW 1978, 101; BVerfGE 60, 215, 233 f. = NJW 1982, 2487, 2488; BVerfGE 66, 337, 355 f. = NJW 1984, 2341 f.; BGHSt 19, 90, 91 = NJW 1963, 2179, 2180.

²³ Siehe dazu nur *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 199; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 271 ff. mwN.

²⁴ *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 278.

²⁵ BGHSt 52, 307 Rn. 11 = NJW 2008, 2723; BGH AnwBl 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 7; BGH AnwBl 2015, 270 = NJW 2015, 567 Rn. 11.

²⁶ BGH NJW 1953, 430, 431; BGH AnwBl 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 7 f.; BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 9; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 200.

²⁷ BGHSt 5, 301, 304 = NJW 1954, 726, 727; BGHSt 9, 341, 346 = NJW 1956, 1687, 1688; BGHSt 18, 192 = NJW 1963, 668, 669; BGH NStZ 1981, 479, 480; BGHSt 34, 190, 191 = NJW 1987, 335; BGH NJW-RR 2008, 795 Rn. 9; BGH NJW 2012, 3039 Rn. 7 f.; BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 9.

²⁸ BGHSt 52, 307 Rn. 20 = NJW 2008, 2723; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 200.

²⁹ BGH AnwBl 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 8; BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 9; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 201.

³⁰ *Peitscher*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 7, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 4; *Offermann-Burckart*, in: *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein* (Fn. 20), § 13 Rn. 30.

³¹ BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 9.

³² BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 9.

Allein aus dem Umstand, dass es in mehreren Streitigkeiten um denselben materiellen oder immateriellen Vermögensgegenstand (Kaufgegenstand, Mietobjekt, Sicherungsobjekt, Unternehmen, Patent) geht, darf nicht zwingend die Identität der *Rechtssache* gefolgert werden.³³ So ist etwa ein Anwalt, der im Januar 2014 für einen Mieter den Vermieter auf Mangelbeseitigung verklagt hat, anerkanntermaßen nicht gehindert, im Juni 2017 im Auftrag nun des Vermieters von dem in finanzielle Schwierigkeiten geratenen Mieter die Zahlung rückständigen Mietzinses zu verlangen. Der Umstand, dass es sich um dieselbe Wohnung, ja sogar um dasselbe Mietverhältnis handelt, ist bedeutungslos.³⁴

Ist ein Aspekt des Sachverhalts für den Ausgang des Rechtsstreits ohne Belang, kann mit ihm nicht die Identität der Rechtssache im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO begründet werden. Ausschlaggebend ist vielmehr der Rechtsstreit; er bezieht sich im vorstehenden Beispiel im ersten Mandat auf ein anderes Rechtsproblem (Mangelbeseitigung) als im zweiten Mandat zu A (Mietschulden, die auf finanzielle Schwierigkeiten zurückzuführen sind, also keinen Bezug zur Mangelbeseitigung haben). Entsprechendes gilt für den mehrfachen Weiterverkauf ein und desselben Autos: Einem Rechtsanwalt ist es nicht verboten, den Käufer eines Wagens zu beraten, auch wenn er Jahre zuvor den „Voreigentümer“ desselben Wagens bei dessen Verkauf vertreten hat. Beide Verkaufsvorgänge haben *rechtlich* nämlich nichts miteinander zu tun.³⁵

Die geforderte Identität der Rechtssache setzt zusammenfassend formuliert einen unmittelbaren rechtlichen Bezug der Sachverhaltsüberschneidung voraus, das heißt, es muss in einem erstem Fall einen rechtlich erheblichen Sachverhaltsteil geben, der in einem zweiten Fall zumindest teilweise ebenfalls rechtlich erheblich ist.

3. Einzelfälle

Gerade in jüngerer Zeit haben sich Kontroversen häufig bei Patentstreitigkeiten gestellt.³⁶ Der Umstand, dass sich eine Streitigkeit auf dasselbe Patent bezieht, genügt nach den vorstehenden Erwägungen auch hier nicht für die Feststellung einer Rechtssachenidentität. Nicht alle mit einem Patent verbundenen Streitigkeiten stellen eine identische Rechtssache im Sinne der berufsrechtlichen Verbotsnormen dar.³⁷ Es handelt sich vielmehr um eine Rechtsposition des Patentinhabers, die Gegenstand ganz unterschiedlicher Rechtsstreitigkeiten sein kann. Insofern gilt nichts anderes als bei einem materiellen Gegenstand, wie einer Immobilie oder einem Kfz, bei dem ebenfalls eine Fülle von Rechtsfragen denkbar ist und bei dem die Verklammerung durch das Rechtsobjekt ebenfalls noch keine Rechtssachenidentität zwischen diesen Angelegenheiten bedeutet. Ebenso wie sich bei einer Immobilie die Frage nach dem Eigentümer stellen kann, die von der Mängelfreiheit oder der Übereinstimmung mit baurechtlichen Vorschriften zu trennen wäre, stellen sich auch bei einem Patent die Fragen, ob die zugrunde liegende Innovation überhaupt schutzfähig ist und die davon zu trennende Problematik, welche Reichweite der Patentschutz hat.

Im Einzelfall ist damit bei Patentstreitigkeiten zu klären, ob zumindest partiell dieselben Rechtsfragen, die sich in dem einen Mandat stellten auch in dem zweiten Mandat bearbeitet werden mussten. Da das Merkmal derselben Rechtssache lediglich die Funktion eines ersten Filters hat,³⁸ dürfen die Anforderungen an die Rechtssachenidentität allerdings nicht zu hoch angesetzt werden.

IV. Die Ermittlung der Interessen der Mandanten

Ist im konkreten Fall eine Rechtssachenidentität zu bejahen, bedarf es in einem nächsten Schritt der Klärung, ob der betroffene Anwalt oder in Sozietätssachverhalten die betroffenen Anwälte in dieser Rechtssache auch widerstreitende Interessen vertreten haben. Dazu müssen die relevanten Interessen der beiden Mandanten miteinander kollidieren. In der Praxis ist die rechtssichere Prüfung dieser Tatbestandsmerkmale durch unterschiedliche Positionen in Rechtsprechung und Schrifttum belastet.

1. Der Beurteilungsmaßstab: objektives Verständnis versus subjektive Interessenbestimmung

a) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

So ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob die maßgeblichen Interessen subjektiv aus Sicht des Mandanten oder objektiv zu ermitteln sind, wobei das objektive Interesse als „wohlverstandenes“ Interesse interpretiert wird. Die objektive Theorie wird damit begründet, dass es sich beim Parteiverrat beziehungsweise beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen um ein Rechtspflegedelikt handelt. Sei dieses Delikt somit gegen die Allgemeinheit gerichtet, verbiete sich von vornherein eine subjektive Betrachtungsweise. Das so bestimmte Rechtsgut unterliege nicht der Disposition der Parteien.³⁹ Andere Stimmen in Rechtsprechung und Schrifttum gehen dagegen von einem subjektiven Ansatz aus, nach dem allein der Mandant bestimmt, welche Interessen der Anwalt im Rahmen der Vertragsbeziehung zu vertreten hat.⁴⁰ Nach einer dritten Ansicht, die grundsätzlich der subjektiven Theorie folgt, muss ausnahmsweise dann auf die objektive Interessenlage abgestellt werden, wenn der Streitstoff nicht der Verfügungsmacht der Parteien unterliegt. Dies sei namentlich im Strafverfahren und bei Statussachen der Fall.⁴¹

Nachdem die Frage, ob die Interessenlage objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist, jahrzehntelang heftig umstritten war, schien sich spätestens nach der Jahrtausendwende die subjektive Theorie durchgesetzt zu haben. Noch im Februar 2010 hatte etwa der IX. Zivilsenat des BGH ausgeführt: „Der in der Vergangenheit zum Tatbestand des Parteiverrats ge-

33 Henssler, AnWB 2013, 668, 670.

34 Vgl. Henssler, AnWB 2013, 668, 670.

35 Henssler, AnWB 2013, 668, 670; vgl. auch Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 137.

36 Vgl. etwa OLG München, Urt. v. 25.6.2015 – 6 U 4080/14, BeckRS 2016, 12767.

37 OLG München, Urt. v. 25.6.2015 – 6 U 4080/14, BeckRS 2016, 12767.

38 Henssler, AnWB 2013, 668, 669.

39 Siehe nur BGHSt 4, 80, 82 = NJW 1953, 428; BGHSt 5, 284, 287 ff. = NJW 1954, 482, 483; BGH AnWB 1954, 199, 200; BayObLG NJW 1995, 606; OLG Hamm, NJW 1955, 803, 804; OLG Zweibrücken, NSTZ 1995, 35, 36; *Westerwelle*, Rechtsanwaltssozietäten und das Verbot widerstreitender Interessen, 1997, S. 95; O. Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, 1961, S. 99 f.; *ders.*, MDR 1959, 161, 164 f.; K. Geppert, Jura 1981, 78, 86; *ders.*, NSTZ 1990, 542, 544; *Gutmann*, AnWB 1963, 90, 91; *Molketin*, AnWB 1982, 12, 13; *Sahan*, AnWB 2008, 698, 700.

40 So etwa BGHSt 5, 301, 307 = NJW 1954, 726, 727 f.; BGHSt 7, 17, 20 = NJW 1955, 150, 151; BGHSt 15, 332, 334 (insoweit in NJW 1961, 929 nicht abgedruckt); BGHSt 18, 192, 198 = NJW 1963, 668, 670; BGHSt 34, 190, 192 = NJW 1987, 335; BGH NJW 1981, 1211, 1212; BGH NSTZ 1982, 465, 466; KG NSTZ 2006, 688; OLG Karlsruhe, NSTZ-RR 1997, 236, 237; OLG Koblenz, NJOZ 2005, 4119, 4124; *Dahs*, in: MüKo/StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2014, § 356 Rn. 56; *Gillmeister*, in: LK/StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2010, § 356 Rn. 59; *Henssler*, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 172 ff.; *ders.*, NJW 2001, 1521, 1522; *ders.*, FS Streck, 2011, S. 677, 682 ff.; *ders.*, AnWB 2013, 668, 670 ff.; *Kleine-Cosack* (Fn. 18), § 43 a Rn. 161 ff.; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 147 ff.

41 Siehe etwa *Hübner*, in: LK/StGB, Bd. 7, 10. Aufl. 1988 (Stand der Kommentierung zu § 356 StGB: Juli 1980), § 356 Rn. 82 f.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 18), § 356 Rn. 16 ff.; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 356 Rn. 7; *Hartung*, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 6. Aufl. 2016, § 3 BORA Rn. 85; *Träger*, in: Feuerich/Weyland (Fn. 18), § 43 a Rn. 64; *Dingfelder/Friedrich*, Parteiverrat und Standesrecht, 1987, S. 75; *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, B Rn. 824; *ders.*, WM 2000, 1366, 1368.

fürte Meinungsstreit, ob die maßgeblichen Interessen mehrerer von einem einzelnen Rechtsanwalt vertretenen Mandanten objektiv zu bestimmen sind oder nach deren subjektiv verfolgten Zielen, ist überholt. Es besteht im Grundsatz Einigkeit, dass den subjektiven Vorstellungen der Mandanten entscheidende Bedeutung zukommt.⁴²

Im April 2012 haben allerdings zunächst der Anwaltsrat⁴³ und ihm folgend dann auch der IV. Zivilsenat des BGH⁴⁴ eine inhaltliche Kehrtwende vollzogen und sich deutlich zur objektiven Theorie bekannt, ohne sich indes mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Die Richter hoben hervor, dass sich ein objektiv vorhandener Interessenwiderspruch nicht durch den schlichten Hinweis darauf auflösen lasse, dass der Mandant mit der Mandatserteilung selbst bestimmen könne, in welche Richtung und in welchem Umfang der Anwalt seine Interessen wahrnehmen möge.

Eine ganz aktuelle Entscheidung, dieses Mal vom IX. Zivilsenat, deutet demgegenüber darauf hin, dass der künftige Kurs des BGH noch längst nicht festgelegt ist. In dieser unter IV. 2. b) vorgestellten Entscheidung nähert sich das Gericht wieder einem subjektiven Verständnis der Interessen an.

b) Bekenntnis zur subjektiven Theorie

Richtigerweise ist der subjektiven Theorie zu folgen. In der Regel wird der Mandant das anstreben, was auch objektiv in seinem wohlverstandenen Interesse liegt. Aus persönlichen Gründen kann er im Einzelfall aber auch etwas anderes wollen. Das „Interesse“ ist schon dem Begriff nach ein subjektiv geprägtes Tatbestandsmerkmal. Hinzu kommt, dass der Mandant – und nicht der Anwalt – mit der Mandatserteilung bestimmt, welche Interessen vom Anwalt zu vertreten sind.⁴⁵

Die Weisungsbefugnis folgt aus dem Umstand, dass allein der Mandant das mit der Durchführung seines Auftrags verbundene Erfolgs- und Kostenrisiko trägt und deshalb den wesentlichen Gang der Mandaterledigung steuern können muss. Im Zusammenhang damit steht das Recht des Mandanten, allein darüber zu bestimmen, in welcher Weise seine Interessen wahrgenommen werden sollen.⁴⁶

2. Einzelfälle

a) Doppelvertretung in Scheidungsangelegenheiten

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich mit Blick auf das Prävarikationsverbot in Scheidungsverfahren. In Deutschland ist es nicht unüblich, dass scheidungswillige Eheleute sich, um Kosten zu sparen, ungeachtet ihrer gegensätzlichen Interessen gemeinsam durch nur einen Anwalt beraten lassen. Vor Gericht genügt es nach deutschem Verfahrensrecht, wenn ein Anwalt den Scheidungsantrag stellt, die Gegenseite muss dagegen nicht anwaltlich vertreten sein. Der Anwalt des Antragstellers darf selbstverständlich ausschließlich die Interessen seines Mandanten vertreten. Die Grenzen für die gemeinsame Beratung im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung sind zwar noch nicht abschließend geklärt. Der BGH hat aber in einer Entscheidung vom 19. September 2013 zu dieser Besonderheit in einer Weise Stellung bezogen, die man nur als Bekenntnis für die grundsätzliche Zulässigkeit verstehen kann.⁴⁷

Der IX. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Rechtsanwalt die scheidungswilligen Eheleute über die aus einer gemeinsamen Beratung folgenden Risiken aufklären müsse. So müssen die Ehegatten vor der gemeinsamen Beratung darauf hingewiesen werden, dass

(1) ein Anwalt im Grundsatz nur einen von ihnen beraten kann,

(2) der Anwalt bei einer gemeinsamen Beratung nicht mehr anschließend die Interessen einer Partei einseitig vertreten darf, und

(3) der Anwalt jedenfalls dann, wenn die gemeinsame Beratung nicht zu einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen führt und widerstreitende Interessen der Eheleute unüberwindbar auftreten, das Mandat gegenüber beiden Eheleuten niederlegen muss. Den Mandanten muss also klar gemacht werden, dass bei einem Scheitern der gemeinsamen Beratung nicht nur die Kosten eines weiteren, sondern womöglich gleich zweier weiterer und damit insgesamt von drei Anwälten anfallen können.

Die gemeinsame Beratung des scheidungswilligen Ehepaars ist damit – auf Basis der subjektiven Theorie – für einen deutschen Rechtsanwalt zwar zulässig, aber mit erheblichen Risiken verbunden.

b) Vertretung mehrerer Gläubiger; Pflichten bei drohender Insolvenz

In verschiedener Hinsicht interessant war ein Sachverhalt, der einem aktuellen BGH-Urteil vom 7. September 2017⁴⁸ zugrunde lag. Ein Rechtsanwalt hatte hier mehrere Anleger gegen dieselbe Schuldnerin bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Anlageberatung vertreten. Nach erfolgreicher Klage wurde von ihm eine Verpfändungsverbarung über der Schuldnerin gehörende Aktien an der X AG abgeschlossen. Nach Verkauf der Aktien erfolgten Zahlungen an die Mandanten. In der anschließenden Insolvenz der Schuldnerin focht der Insolvenzverwalter die Zahlungen allerdings nach §§ 130f. InsO an. Nach Rückzahlung von Teilen der erhaltenen Schadensersatzleistungen an den Insolvenzverwalter verlangte ein Mandant Schadensersatz wegen unterlassener anfechtungsfester Beitreibung der Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Der BGH hat das klageabweisende Berufungsurteil des OLG Jena aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Die Entscheidungsbegründung gibt der Praxis interessante Hinweise. Der BGH identifiziert zunächst eine Reihe von (haftungsrelevanten) Pflichten, die einen Rechtsanwalt treffen, der einen Titel gegen einen Schuldner des Mandanten erwirkt hat. Er hat nach Ansicht des Senats

- zügig die Zwangsvollstreckung zu betreiben,
- bei Anhaltspunkten, dass die Insolvenz des Schuldners bevorsteht, über das Risiko der fehlenden Insolvenzfestigkeit der im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherheit hinzuweisen,
- über die Anfechtbarkeit erhaltener Sicherheiten und Zahlungen gemäß §§ 130f. InsO zu informieren,
- die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Schuldners und von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zu kennen und seine Beratung hieran auszurichten,

42 BGH, Beschl. v. 4.2.2010 – IX ZR 190/07, BeckRS 2010, 04533 Rn. 4.

43 BGH AnwBl 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 10.

44 BGH AnwBl 2013, 293 = NJW 2013, 1247 Rn. 11.

45 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 172 ff.; ders., AnwBl 2013, 668, 670 ff.; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.

46 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 172 ff.; ders., FS Streck, 2011, S. 677, 682; ders., AnwBl 2013, 668, 670 ff.; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 148.

47 BGH AnwBl 2013, 933 = NJW 2013, 3725 m. Anm. Deckenbrock, KammerForum RAK Köln 2013, 160.

48 BGH AnwBl 2017, 1233 = NJW-RR 2017, 1459.

- den Mandanten so intensiv zu belehren, dass dieser in Kenntnis der Chancen und Risiken eine eigenverantwortliche Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen kann.⁴⁹

Neben diesen für die Anwaltshaftung relevanten Hinweisen nimmt der BGH aber auch zur Reichweite des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen bei einer Mandatierung durch mehrere von demselben Schuldner geschädigte Anleger Stellung. Der BGH erlaubt eine solche Parallelvertretung und stellt dabei klar, dass

- der Rechtsanwalt mit der Mandatsannahme seine Bereitschaft erkläre, fortan die Interessen des Mandanten/Anlegers ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter umfassend zu vertreten,
- für konkurrierende Interessen Dritter insoweit nichts anderes gelte als für die gegenläufigen Interessen des Gegners des Mandanten,
- der Anwalt, sofern er nur eingeschränkt für den Mandanten tätig werden möchte, dies vor Abschluss des Vertrags klarzustellen habe,
- der Mandant dann selbst entscheiden könne, ob er diese Einschränkung hinnehmen oder ob er einen anderen, ausschließlich seinen eigenen Interessen verpflichteten Anwalt beauftragen wolle. Gleiches gilt, wenn sich nachträglich Interessenkonflikte abzeichnen, die nur ein eingeschränktes Tätigwerden des Anwalts erlauben.⁵⁰

Der Senat interpretiert das Merkmal des Interessenwiderstreits darüber hinausgehend eng, wenn er darauf hinweist, dass

- keine widerstreitenden Interessen vorliegen, wenn der Rechtsanwalt sich gegenüber mehreren Mandanten verpflichtet, Forderungen gegen denselben Schuldner durchzusetzen und die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Zwar könne der Erfolg des einen Mandanten den Misserfolg des anderen bedeuten, der nicht mehr zum Zuge kommt. Das wäre aber nicht anders, wenn die Mandanten von unterschiedlichen Rechtsanwälten vertreten würden.

- die Mandatsverträge den Rechtsanwalt nur dazu verpflichten, für jeden einzelnen Mandanten das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Bevorzugt der Anwalt allerdings den einen vor dem anderen Mandanten, indem er Anträge bevorzugt oder nachrangig stellt, liegen Pflichtverletzungen im Rahmen des Mandatsverhältnisses vor.
- sich an der grundsätzlichen Vereinbarkeit der Pflichten aus den einzelnen Verträgen durch eine solche Pflichtverletzung nichts ändert.⁵¹

Eine Gesamtschau dieser einschränkenden Hinweise kann man nur als klares Bekenntnis des Senats zur subjektiven Theorie verstehen, so dass sich erneut eine Hinwendung zu diesem Verständnis beobachten lässt.

V. Der Widerstreit der Interessen

1. Grundsätze

Für das damit bereits angesprochene Merkmal des „Widerstreits“ der anwaltlich vertretenen Interessen gilt, dass es nicht losgelöst von der Prüfung der Interessen erfolgen kann. Der Begriff „widerstreitend“ beschreibt ein Verhältnis zweier oder mehrerer Interessen, die sich in ihrer Unvereinbarkeit, Widersprüchlichkeit und Gegensätzlichkeit gegenüber stehen.⁵² Widerstreitende Interessen sind also gegensätzliche, widersprüchliche oder unvereinbare Interessen. Ein Interessenwiderstreit liegt immer dann vor, wenn die Verwirklichung des einen Interesses unmittelbar zulasten des anderen geht.⁵³ Einer Schädigung des Mandanten bedarf

es zur Tatbestandsverwirklichung nicht, jedoch muss der Interessenkonflikt tatsächlich vorliegen. Potenzielle oder künftige Interessenkonflikte führen zu keinem Tätigkeitsverbot.⁵⁴

2. Keine Relevanz potenzieller oder künftiger Konflikte

Aus der Erkenntnis, dass die bloße Möglichkeit eines Interessenkonflikts für das Eingreifen der Verbotsnorm des § 43 a Abs. 4 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA bedeutungslos ist, folgt zwingend, dass die Vertretung mehrerer Parteien in derselben Rechtssache unproblematisch ist, solange aktuell gleichgerichtete Interessen bestehen.

So ist etwa die Vertretung von mehreren gesamtschuldnerisch verklagten Parteien (Beispiel: Vertretung mehrerer Schuldner aus einem Vertrag oder mehrere angebliche Schädiger aus einer unerlaubten Handlung) regelmäßig berufsrechtlich unbedenklich.⁵⁵ Zwar kann ein Interessenwiderstreit grundsätzlich einen Sachgrund dafür bieten, dass jede Partei ihren eigenen Prozessbevollmächtigten bestellt.⁵⁶ Allein die Tatsache, dass im Fall eines der Klage gegen die Gesamtschuldner stattgebenden Urteils ein Interessenkonflikt zwischen den Gesamtschuldnern im Rahmen des Innenregresses möglich erscheint oder sogar mit ihm zu rechnen ist, muss aber außer Betracht bleiben. Der latente Konflikt, den ein potenzieller Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) in sich birgt, wird erst relevant, wenn es um den Regress im Innenverhältnis der Gesamtschuldner geht. Er ist nicht Gegenstand des zunächst nur im Außenverhältnis zu führenden Rechtsstreits, sondern allenfalls dessen Folge.⁵⁷

VI. Die „Vertretung“ der widerstreitenden Interessen

Ein Berufsrechtsverstoß setzt außerdem voraus, dass der Anwalt für beide Parteien im gegensätzlichen Interesse auch tatsächlich *tätig* geworden ist.⁵⁸ Mit „Vertretung“ der Interessen ist dabei nicht nur eine solche nach außen gemeint, sie ist vielmehr im weitesten Sinne zu verstehen und erfasst jedes Dienen durch Rat oder Beistand,⁵⁹ also jede rechtsbesorgende anwaltliche Berufsausübung. Voraussetzung ist jeweils, dass in beiden Fällen ein Mandatsverhältnis bestand, der Rechtsberater also auch in seiner Funktion als Rechtsanwalt tätig geworden ist. Der Rollenwechsel zwischen einer anwaltlichen Tätigkeit und einem nichtanwaltlichen Auftreten in derselben Rechtssache wird im deutschen Recht noch strenger beurteilt.

49 BGH AnwBl 2017, 1233 = NJW-RR 2017, 1459 Rn. 11.

50 BGH AnwBl 2017, 1233 = NJW-RR 2017, 1459 Rn. 17.

51 BGH AnwBl 2017, 1233 = NJW-RR 2017, 1459 Rn. 18.

52 *Kilian/Koch* (Fn. 41), B Rn. 821; *Schramm*, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2004, S. 88; *Grunewald*, ZEV 2006, 386.

53 *Schramm*, DStR 2003, 1316, 1318.

54 BVerfGE 108, 150, 164 = NJW 2003, 2520, 2522; BVerfGK 8, 239, 244 = NJW 2006, 2469, 2470; RGSt 71, 231, 236; BAGE 111, 371, 375 = NJW 2005, 921, 922; BGH AnwBl 2012, 769 = NJW 2012, 3039 Rn. 14; AGH Hamm, Beschl. v. 4.6.2010 – 2 AGH 32/09, BeckRS 2011, 25789; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 168f.; ausführlich zu diesem Problemkreis *Henssler*, FS Streck, 2011, S. 677, 684ff.; *ders./Deckenbrock*, NJW 2012, 3265, 3268f.

55 *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 206; *Erb*, Parteiverrat – Rechtsgut und Einwilligung im Tatbestand des § 356 StGB, 2005, S. 257.

56 Vgl. BGH NJW 2007, 2257.

57 Grundlegend BGH NJW 2007, 2257 Rn. 19; siehe auch OLG München, BRAK-Mitt. 2010, 277 (Ls.); *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 207; *Erb* (Fn. 55), S. 257. Ausführlich zu diesem Problemkreis *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 184a; *ders.*, FS Streck, 2011, S. 677, 689ff.; *ders.*, AnwBl 2013, 668, 673.

58 BGH NSiZ 1982, 331, 332; OLG Düsseldorf, NZV 2003, 297; *Fischer* (Fn. 41), § 356 Rn. 9; *Deckenbrock* (Fn. 2), Rn. 161; *Kretschmer*, Der strafrechtliche Parteiverrat (§ 356 StGB), 2005, S. 233; *Schramm* (Fn. 52), S. 52; *Henssler*, AnwBl 2013, 668, 673; *ders./Deckenbrock*, NJW 2012, 3265, 3268f.

59 *Träger*, in: *Feuerich/Weyland* (Fn. 18), § 43 a Rn. 66.

Hier greift nach § 45 BRAO ein Tätigkeitsverbot ganz unabhängig von einem Interessenkonflikt.⁶⁰

In der Praxis bestehen nicht selten widerstreitende Interessen von verschiedenen Mandanten einer Anwaltskanzlei. Beispiel: Zwei Mandanten eines Rechtsanwalts (etwa Coca Cola und Pepsi Cola) sind als Unternehmen Konkurrenten in ihrem Tätigkeitsfeld. Berufsrrechtlich relevant wären solche Gegensätze nach deutschem Recht aber nur dann, wenn Mandanten ihrem Anwalt pauschal die Besorgung ihrer sämtlichen Angelegenheiten anvertrauen würden, eine Konstellation, die in der Praxis allerdings völlig atypisch ist. Die absolute Regel ist die Mandatierung in einer konkreten Rechtsangelegenheit. Dementsprechend muss im Einzelfall ganz konkret geprüft werden, ob gerade in jenem Teilbereich, in dem es tatsächlich widerstreitende Interessen zwischen den Mandanten gibt oder gegeben hat, dem Rechtsanwalt auch die Vertretung dieser Interessen anvertraut wurde.

VII. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes

1. Berufsrechtliche Sanktionen

Verletzt ein Rechtsanwalt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, so greifen die allgemeinen berufsrechtlichen Sanktionen.⁶¹ Die zuständige Rechtsanwaltskammer kann zunächst eine Rüge (§ 74 BRAO) aussprechen, was allerdings nur bei einem geringen Verschulden des Rechtsanwalts in Betracht kommt. In aller Regel wird es gemäß § 113 BRAO zur Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens kommen. In dem Verfahren können gegen den Rechtsanwalt anwaltsgerichtliche Maßnahmen verhängt werden, die gemäß § 114 BRAO von einer Warnung über einen Verweis und eine Geldbuße bis zu 25.000 Euro bis zu einem partiellen Tätigkeitsverbot oder gar einer Ausschließung aus der Anwaltschaft reichen. Ein vorsätzlicher Verstoß wird außerdem eine Verurteilung wegen einer Straftat (§ 356 StGB) nach sich ziehen, wobei das Gesetz eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht.

2. Zivilrechtliche Folgen

Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes waren lange Zeit höchstrichterlich ungeklärt. In gleich fünf Entscheidungen seit 2004 hatte der BGH die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit des Mandatsvertrages führt, offengelassen.⁶² Erst jüngst hat das oberste deutsche Zivilgericht mit Urteil vom 12. Mai 2016⁶³ nun endlich der Praxis die nötige Klarheit verschafft und zutreffend darauf hingewiesen, dass der notwendige Mandantenschutz, der sicherstellen muss, dass eine unsachgemäße Beratung und Vertretung ver-

hindert wird, die Beseitigung der vertraglichen Erfüllungsansprüche erzwingt.

Aufgrund der Nichtigkeit des Vertrags scheiden vertragliche Honoraransprüche aus. Denkbar bleiben dagegen gesetzliche Ansprüche aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB), wenn der Anwalt sich des Verstoßes gegen das berufsrechtliche Verbot nicht bewusst war und sich auch nicht der Einsicht in das Verbotswidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen hat.⁶⁴ Angesichts der geschilderten Unbestimmtheit des Verbotstatbestands werden solche Fälle nicht selten sein. Bei einem vorsätzlichen Parteiverrat verliert der Anwalt dagegen jeden Vergütungsanspruch.⁶⁵

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Insgesamt hinterlässt die Befassung mit der gesetzlichen Regelung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen ein ausgeprägtes Gefühl der Unzufriedenheit. Obwohl Rechtsprechung und Schrifttum nun über Jahrzehnte Gelegenheit hatten, präzise Kriterien zu entwickeln, besteht eine unvermindert hohe Rechtsunsicherheit, die für den Berufsstand unzumutbar ist.

Die Rechtsprechung muss sich insgesamt ein weitreichendes Versagen vorwerfen lassen. Unnötige Kurswechsel und eine unbefriedigende Einzelfalljudikatur bei gleichzeitiger Scheu vor der Festlegung allgemeiner Leitlinien verschärfen die Schwächen des unbestimmten Tatbestands.

Auch dem Satzungsgeber ist es mit der Regelung in § 3 BORA nicht gelungen, die bestehende Rechtsunsicherheit entscheidend einzudämmen, zumal seine Regelungskompetenz bei Einschränkungen des gesetzlich durch § 43 a Abs. 4 BRAO angeordneten Verbots ungeklärt ist.

Der subjektive Interessenbegriff ist vor diesem Hintergrund die notwendige Reaktion auf die tatbestandliche Unschärfe des § 43 a Abs. 4 BRAO. Gerade in den problematischen Grenzfällen muss der subjektiven Bestimmung der Interessen durch die Parteien entscheidendes Gewicht zukommen. Besteht danach kein Widerstreit zwischen den vertretenen Interessen, muss dieser Umstand berufs- und zivilrechtliche Sanktionen ausschließen. In solchen Grenzfällen ist sogar zu erwägen, der Einwilligung der Mandanten auch außerhalb von Sozietätssachverhalten verbotsausschließende Wirkung beizumessen. Das Eingehen auf einvernehmliche Wünsche der Mandanten ist hier kein unethisches Verhalten.

In vielen dieser Grenzfälle geht es nicht darum, auf einer Gratwanderung zwischen einem noch ethisch vertretbaren Verhalten und einer berufsrechtlich zu missbilligenden Berufsausübung bis an die Grenze des ethisch gerade noch Vertretbaren zu gehen. Der Rechtsanwalt muss vielmehr trotz unpräziser Vorgaben des Gesetzgebers und der Rechtsprechung einen klaren Kurs finden, der den Interessen der Mandanten und den legitimen Eigeninteressen an einer erfolgreichen Berufsausübung Rechnung trägt.

60 BGH AnwBl 2015, 270 = NJW 2015, 567 Rn. 12; dazu *Deckenbrock/Henssler*, in: Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V., Die Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte, 2017, S. 224, 239f.; *Deckenbrock*, NJW 2015, 522ff.; *ders.*, AnwBl 2017, 1186f.

61 Dazu *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 209ff.; *Deckenbrock*, AnwBl 2010, 221ff.

62 BGH NJW 2004, 1169, 1171; BGH AnwBl 2009, 653 = NJW 2009, 3297 Rn. 31; BGH NJW-RR 2010, 67 Rn. 7; BGH, Beschl. v. 9.6.2011 – IX ZR 38/10, BeckRS 2011, 17254 Rn. 26; BGH NJW 2013, 3725 Rn. 7; dazu auch *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 210f.

63 BGH AnwBl 2016, 594 = NJW 2016, 2561; dazu *Henssler/Pommerening*, EWIR 2016, 495; *Deckenbrock*, AnwBl 2016, 476; siehe im Anschluss auch BGH AnwBl 2017, 1233 = NJW-RR 2017, 1459 Rn. 18.

64 BGH NJW 1992, 310, 311; BGH NJW 2005, 1490, 1491; BGH NJW-RR 2006, 1071 Rn. 28; BGH AnwBl 2011, 65 = NJW 2011, 373 Rn. 20.

65 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 3), § 43 a Rn. 210a; *Deckenbrock*, AnwBl 2010, 221, 226; *ders.*, AnwBl 2016, 476, 477.



Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, des dortigen Instituts für Anwaltsrecht sowie des Europäischen Zentrums für Freie Berufe.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.