

## Auch der Sozietätswechsler steht unter dem Schutz von Art. 12 GG!

AGH München klärt Reichweite des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 3 Abs. 3 BORA)\*

Akad. Rat Dr. Christian Deckenbrock, Köln

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gehört zu den Kernwerten der Anwaltschaft. Obwohl das Tätigkeitsverbot eine lange Tradition hat, sind bis heute zahlreiche Anwendungsfälle nicht abschließend geklärt (siehe zuletzt den Überblick von Offermann-Burckart, AnwBl 2011, 809). Besondere Probleme bereitet der Praxis dabei immer wieder der Sozietätswechsler, der selbst mit dem widerstreitenden Mandat in seiner früheren Sozietät nicht befasst gewesen ist. Verpflichtet allein seine Aufnahme die Kanzlei zur Niederlegung aller kollidierenden Mandate? Und was ist mit dem Anwalt, der in eine Sozietät eintritt und Mandate annehmen will, bei denen seine neue Kanzlei früher einmal auf der Gegenseite war, der damalige Mandatsbearbeiter aber inzwischen ausgeschieden ist? Insoweit ist die Reichweite des 2006 neu gefassten § 3 Abs. 3 BORA bis heute in der Literatur heftig umstritten, eine herrschende Meinung nicht auszumachen. Nun liegt erstmals eine gerichtliche Entscheidung zu diesen praxisrelevanten Fragen vor: Der AGH München (AnwBl 2012, 655, in diesem Heft) hat in seinem richtungweisenden Beschluss klargestellt, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nicht dazu missbraucht werden kann, Berufseinsteiger aus Mandaten herauszuschießen. Das gilt zumindest dann, wenn keine Gefährdungen von Mandanteninteressen drohen – bloß abstrakte Befürchtungen reichen nicht. Der Autor wertet die Entscheidung als Sieg der Berufsfreiheit.

### I. Die Sozietätswechslerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Gesetzgeber und Satzungsversammlung benötigten in der Vergangenheit oft Anstoß von außen, um die berufsrechtlichen Regelungen an die veränderten tatsächlichen Rahmenbedingungen des Anwaltsmarkts anzupassen. Die Rolle des Motors für die notwendigen Liberalisierungen des Berufsrechts nahm dabei das BVerfG ein, das einige überkommene, aber gleichwohl fortgeltende Normen für verfassungswidrig hielt.<sup>1</sup> Besondere Aufmerksamkeit kam 2003 der sog. Sozietätswechslerentscheidung zu, mit der das Gericht die frühere Regelung des § 3 Abs. 2 BORA a.F. für nichtig erklärte.<sup>2</sup> Der Sachverhalt, der damals in Karlsruhe zur Entscheidung anstand, betraf einen Sozietätswechsler, der weder in der abgebenden noch in der aufnehmenden Kanzlei mit den widerstreitenden Mandaten befasst war. Obwohl sich die jeweiligen Mandanten mit der Mandatsfortführung ausdrücklich einverstanden zeigten, wurde die aufnehmende Sozietät von der Rechtsanwaltskammer und ihr folgend vom

BGH<sup>3</sup> zur Mandatsniederlegung verpflichtet, weil § 3 Abs. 2 BORA a.F. jeden Fall gemeinschaftlicher Berufsausübung ohne Möglichkeit einer Einzelfallabwägung erfasste. Diese rigide Regelung war nach Ansicht des BVerfG mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar, weil sie weder die Berufsausübungsfreiheit des die Sozietät wechselnden Rechtsanwalts noch der Mitglieder der aufnehmenden Sozietät in hinreichendem Maße berücksichtigte: „Denn Art. 12 Abs. 1 GG schützt jede berufliche Tätigkeit, gleichgültig, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt wird. Zur Berufsausübung gehört das Recht, sich beruflich zusammenschließen, aber auch das Recht, einen Arbeitsplatz nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben. Ein Eingriff liegt auch vor, wenn die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsnormen die Eingehung von Arbeitsverhältnissen wesentlich erschweren.“<sup>4</sup>

### II. Die Neuregelung des § 3 BORA

#### 1. Beachtlichkeit des Einverständnisses

Die zum 1. Juli 2006 in Kraft getretene Neuregelung des § 3 BORA sieht eine differenziertere Rechtslage vor: Während der einzelne Anwalt auch bei Einverständnis der Mandanten keine widerstreitenden Interessen vertreten darf (Abs. 1), können die mit ihm in einer Berufs- oder Bürogemeinschaft verbundenen Rechtsanwälte das kollidierende Mandat übernehmen, wenn sich die betroffenen Mandanten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen (Abs. 2). Dass diese Neuregelung jedenfalls im Kern den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, hat das BVerfG bereits kurz nach ihrem Inkrafttreten in einem Kammerbeschluss klarstellen können.<sup>5</sup>

#### 2. Der nicht vorbefasste Sozietätswechsler

Für die Fälle des Sozietätswechslers sieht Abs. 3 eine eigenständige Regelung 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“. Was aber heißt das genau? Weitgehende Einigkeit besteht, dass der Wechsler selbst in derselben Rechtssache keine widerstreitenden Interessen vertreten darf, und zwar unabhängig davon, ob er persönlich in der alten Kanzlei mit dem Mandat befasst war (§ 3 Abs. 1 BORA) oder nicht (§ 3 Abs. 2 BORA).<sup>6</sup>

Völlig ungeklärt war bislang dagegen die Frage, ob eine Sozietät nach Aufnahme eines nicht vorbefassten Anwalts nur bei Einverständnis der betroffenen Mandanten die kollidierenden Mandate fortführen darf oder ob es auf die Zustimmung nicht ankommt. Diese äußerst praxisrelevante

\* Zugleich Besprechung von AGH München, Beschl. v. 24.03.2012 – BayAGH II – 16/11, AnwBl 2012, 655 (in diesem Heft).

1 Grundlegend BVerfGE 76, 171 = AnwBl 1987, 598; siehe exemplarisch auch BVerfGE 101, 312 = AnwBl 2000, 122; BVerfGE 117, 163 = AnwBl 2007, 297.

2 BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520.

3 BGH AnwBl 2001, 362.

4 BVerfGE 108, 150, 165 = NJW 2003, 2520, 2522.

5 BVerfGE 8, 239 = AnwBl 2006, 580.

6 Siehe nur Deckenbrock, AnwBl 2009, 170, 175.

Frage hatte das BVerfG in der Sozietätswechslerentscheidung, in der das Einverständnis der betroffenen Mandanten vorlag, nicht beantworten müssen. Zu beiden Auffassungen haben sich in der Literatur zwei etwa gleich starke Lager gebildet.<sup>7</sup> Wenig erhellend ist insoweit der vom damaligen Ausschuss 4 der Satzungsversammlung erarbeitete Begründungstext zu § 3 BORA (BRAK-Mitt. 2006, 213, 215). Dort heißt es zunächst: „Vorstehendes (d. h. ein Tätigkeitsverbot aufseiten der aufnehmenden Kanzlei) gilt sowohl für den Kanzleiwechsler, der in dem die Interessenkollision auslösenden Mandat in der abgebenden Kanzlei selbst beraten oder vertreten hat, als auch für den nach Absatz 2 Satz 1 bloß mitverpflichteten Kanzleiwechsler, der das Mandat in der abgebenden Kanzlei nicht bearbeitet hat.“ Einige Zeilen weiter wird die grundsätzliche Erstreckung auf die in der neuen Sozietät mit dem gewechselten Anwalt verbundenen Berufsträger jedoch eingeschränkt: „Auslöser eines Tätigkeitsverbots kann andererseits aber stets nur die konkrete nahe liegende Möglichkeit der Erlangung geheimhaltungsbedürftiger Informationen sein. Wird das die Interessenkollision auslösende Mandat beispielsweise zwischen zwei großen überörtlichen Sozietäten und dort den Büros in Hamburg (Sozietät I) geführt, so steht dem Kanzleiwechsel eines Berufsträgers aus dem Berliner Büro der Sozietät II in das Hamburger Büro der Sozietät I § 3 Abs. 3 BORA nicht entgegen.“ Wie der Ausschuss diese Unterscheidung nach dem Grad der Gefahr für einen Informationsfluss aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 BORA entnehmen möchte, verrät er in seiner – rechtlich völlig unverbindlichen<sup>8</sup> – Begründung allerdings nichts.

Für die Sozietätswelt ist diese Rechtsunklarheit gefährlich. Gehen sie intern vom Erfordernis des – oft nicht erzielbaren – Einverständnisses aus, drohen bei Aufnahme eines zuvor in einer anderen Kanzlei tätigen Anwalts Mandatsverluste. Teilweise sind die Interessenkollisionen beim Wechsel des Anwalts nicht einmal absehbar, wenn etwa bei reinen Beratungsmandaten überhaupt nicht bekannt ist, wen die Gegenseite beauftragt hat. Folgt die Sozietät dagegen der Auffassung, dass auch bei fehlendem Einverständnis die Aufnahme eines nicht vorbefassten Anwalts kein Tätigkeitsverbot nach sich zieht, solange er nur in den widerstreitenden Mandaten nicht eingesetzt wird, muss sie gleichwohl mit Angriffen der Gegner und einem Einschreiten der Kammern rechnen. Es drohen berufsgerichtliche Verfahren und der (nachträgliche) Verlust vertraglicher Vergütungsansprüche.<sup>9</sup> Beide denkbaren Szenarien können die Berufsausübungsgemeinschaft aber auch dazu veranlassen, von der Aufnahme des begehrten Anwalts gleich ganz abzusehen. Für viele Anwälte würde eine solche Zurückhaltung der Kanzleien bedeuten, dass sie in ihren Möglichkeiten, einen neuen Arbeitgeber zu finden, ganz erheblich eingeschränkt wären. Dies gilt insbesondere, wenn sie sich in einem Randbereich eng spezialisiert haben, so dass die Auswahl der für sie in Frage kommenden Sozietäten ohnehin eng begrenzt ist.

Obwohl die Reichweite des § 3 Abs. 3 BORA Kanzleien tagein tagaus beschäftigt, hatte die Rechtsprechung bislang keine Gelegenheit, sich zu positionieren. Das mag dem Umstand geschuldet sein, dass sich viele Sozietäten in Zurückhaltung üben und aus Angst vor Negativ-Publicity vor der Austragung einer gerichtlichen Auseinandersetzung zurückschrecken.

### III. Das Plädoyer des AGH München für die Berufsfreiheit des Sozietätswechslers

#### 1. Entscheidungsbegründung

Vor diesem Hintergrund ist die Bedeutung der nun vorliegenden Entscheidung des AGH München<sup>10</sup> nicht zu unterschätzen. Der AGH betont im Anschluss an die Sozietätswechslerentscheidung des BVerfG zu Recht die Berufsfreiheit der aufnehmenden Kanzlei und des wechselnden Anwalts. Diese Grundrechtspositionen dürfen bei der Abwägung, ob eine solch lawinenartige Vervielfachung eines Tätigkeitsverbots mit all seinen berufs- und zivilrechtlichen Folgen von vornherein zugunsten eines nur vermeintlich notwendigen Mandantenschutzes geopfert werden. Vielmehr zwingen sie zu einer restriktiven Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA, für die der Wortlaut der Norm ohnehin streitet: War der Anwalt mit der Angelegenheit in seiner alten Kanzlei nicht befasst, unterliegt er zwar für die konkrete Rechtssache nicht dem Verbot des § 3 Abs. 1 BORA, darf aber dennoch aufgrund der in § 3 Abs. 2 BORA vorgesehenen Erstreckung – vorbehaltlich der beiderseitigen Mandantenzustimmung – nicht persönlich tätig werden. Dieses Verbot endet auch nicht mit seinem Wechsel in eine andere Kanzlei, wie aus § 3 Abs. 3 BORA folgt. Seine Kollegen in der neuen Sozietät „infiziert“ er richtigerweise jedoch nicht mit einem Tätigkeitsverbot, da für sie nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 BORA erfüllt sind. So sind die Anwälte der den Wechsler aufnehmenden Sozietät nicht mit einem Anwalt verbunden, der in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten und damit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 BORA verwirklicht hat. Auch aus § 3 Abs. 3 BORA folgt keine weiter gehende Beschränkung, denn die Norm will die Fortgeltung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen im Fall eines Sozietätswechsels sicherstellen, es jedoch nicht darüber hinaus ausdehnen.<sup>11</sup>

Zu Recht räumt der AGH München auch mit dem weit verbreiteten Irrtum auf, eine weite Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA sei notwendig, weil beim Wechsel eines nicht vorbefassten Anwalts der „Transfer sensiblen Wissens“ nicht ausgeschlossen werden könne. In diesem Sinne hatte etwa der Ausschuss 4 der Satzungsversammlung die Norm interpretiert.<sup>12</sup> Die Pflicht, keine geheimhaltungsbedürftigen Informationen zu offenbaren, folgt bereits aus der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 43 a Abs. 2 BRAO; § 2 BORA). Dass der Anwalt mit seinen Berufspflichten grundsätzlich verantwortungsvoll umgeht, hat das BVerfG ebenfalls bereits betont. Es sei nicht davon auszugehen, „dass ein berufswürdiges und gesetzeskonformes Handeln der Rechtsanwälte nur im Wege der Einzelkontrolle

<sup>7</sup> Siehe einerseits (keine Zustimmungspflicht) *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 3 BORA Rn. 32; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 3601, 3604, und andererseits (Zustimmungspflicht) *Böhmlein*, in: *Feuerich/Weyland*, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 3 BORA Rn. 32; *Zuck*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, § 43 a BRAO/§ 3 BORA Rn. 28; *Hartung*, in: *Hartung/Römermann*, BORA, 4. Aufl. 2008, § 3 Rn. 132 ff. (*Hartung* ist in der Entscheidung AGH München, AnwBl 2012, 655 versehentlich dem falschen „Lager“ zugeordnet worden. In der Neuauflage seines Kommentars vertritt *Hartung*, in: *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 Rn. 131 ff. sogar die These, dass selbst bei Vorliegen eines Einverständnisses der betroffenen Mandanten von einem Tätigkeitsverbot auszugehen ist; diese Ansicht ist mit der Sozietätswechslerentscheidung des BVerfG allerdings unvereinbar.).

<sup>8</sup> Dazu *Deckenbrock*, AnwBl 2011, 705, 708 f.

<sup>9</sup> Zu drohenden Rechtsfolgen ausführlich *Deckenbrock*, AnwBl 2010, 221 ff.

<sup>10</sup> AGH München, AnwBl 2012, 655 (in diesem Heft).

<sup>11</sup> Siehe bereits *Deckenbrock*, AnwBl 2009, 170, 175 f.

<sup>12</sup> BRAK-Mitt. 2006, 213, 215.

oder mit Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden kann. Das anwaltliche Berufsrecht beruht auch nicht auf der Annahme, dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.<sup>13</sup> Es muss daher unabhängig von der Reichweite des § 3 BORA davon ausgegangen werden, dass der Anwalt vertrauliche Informationen, die er möglicherweise während der Tätigkeit für seine frühere Sozietät erhalten hat, nicht offenbaren wird. Wer dies ohne Anhaltspunkte unterstellt, rückt die Norm in die Nähe eines verfassungsrechtlich unzulässigen<sup>14</sup> Anscheinsverbots. Da der Wechsler in seiner neuen Kanzlei ohne Zustimmung der betroffenen Mandanten keinesfalls in einem kollidierenden Mandat eingesetzt werden darf, droht auch nicht die Gefahr, dass er dieses vertrauliche Wissen in den widerstreitenden Mandaten unbelegt einsetzt. Der Schutz der früheren Mandanten erfordert damit gar keine weite Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA.

## 2. Offene Fragen

Wenn es überhaupt etwas am Beschluss des AGH München zu kritisieren gibt, dann ist es der Umstand, dass in den Gründen die Besonderheiten des Sachverhalts zu kurz kommen. Denn nach dem Tatbestand der Entscheidung ging es gar nicht um den Fall eines nicht vorbefassten Sozietätswechslers. Vielmehr hat die beschuldigte Rechtsanwältin je eine Partei der streitgegenständlichen Mandate selbst vertreten. Die jeweiligen Gegner wurden von einem Anwalt betreut, der bis 2009 der Sozietät angehört hat, in der die betroffene Anwältin als sein „Nachfolger“ (?) zum Jahresanfang 2010 gewechselt ist. Dieser Anwalt hatte bei seinem Ausscheiden aus der Kanzlei die fraglichen Mandate mitgenommen; in der Sozietät verblieben sind allein die Mandatsakten.

Der AGH München hätte daher an sich die Folgen eines Sozietätswechsels für die „alte“ Sozietät für den Fall, dass der ausscheidende Anwalt das betreffende Mandat mitnimmt, klären müssen. Steht ihr dann die Vertretung der Gegenseite offen? Für ein solches „Freiwerden“ der Sozietät spricht eine wörtliche Anwendung der Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 BORA, die „das Verbot des Abs. 1“ auf alle Anwälte der Sozietät erstreckt. Sind indes der oder die Mandatsbearbeiter aus der Sozietät ausgeschieden, scheint es an einer Anknüpfung für die personelle Erstreckung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen zu fehlen. Richtigerweise folgt aber aus § 3 Abs. 3 BORA, dass die in der Sozietät verbliebenen Anwälte nicht tätig werden dürfen. Wenn es dort heißt, dass „die Absätze 1 und 2 ... auch für den Fall“ gelten, „dass der Rechtsanwalt von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft wechselt“, ist damit nicht nur gemeint, dass dem vorbefassten Sozietätswechsler ein Tätigwerden im widerstreitenden Interesse versagt bleibt. Auch für die übrigen (in der Sozietät verbleibenden) Anwälte soll sich durch den Wechsel keine neue Rechtslage ergeben. Ein anderes Ergebnis stünde im Widerspruch zu dem Fall des nicht vorbefassten Sozietätswechslers, der in seiner neuen Kanzlei nicht in kollidierende Mandate eingebunden werden darf.<sup>15</sup>

Von der Erstreckung nicht erfasst sein können dagegen diejenigen Anwälte, die wie im Fall des AGH München erst nach dem Ausscheiden des Mandatsbearbeiters in die Sozietät eingetreten sind. Sie sind und waren nie mit einem persönlich disqualifizierten Rechtsanwalt im Sinne des § 3 Abs. 1 BORA verbunden. Selbstverständlich muss sichergestellt sein, dass der neu eintretende Anwalt auf in der Sozietät verbliebene Mandatsakten keinen Zugriff hat. Diese Beschränkung erfolgt aber schon aus der Verschwiegenheitspflicht, weil der frühere Mandant sich kaum damit einverstanden erklärt hat, dass die Akte auch solchen Anwälten zur Verfügung steht, die erst nach Beendigung des Mandats Mitglied der Sozietät werden.<sup>16</sup> Im Fall des AGH München kam sogar eine weitere Besonderheit hinzu: Die beschuldigte Anwältin hatte die streitgegenständlichen Mandate nicht als Sozietäts-, sondern als Einzelmandat übernommen. Dieser Weg verdeutlichte in besonderer Weise, dass in den fraglichen Rechtssachen ein Informationsaustausch zwischen der Rechtsanwältin und ihren Sozietäten nicht stattfinden durfte. Im Ergebnis ist daher der Entscheidung des AGH München – trotz des falschen Begründungsansatzes – zuzustimmen.

## IV. Hoffnung auf eine höchstrichterliche Bestätigung

Gerade im Berufsrecht ist Rechtsklarheit ein besonders hohes Gut. Das Damoklesschwert harter berufs- und vertragsrechtlicher Sanktionen erfordert es ebenso wie das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG), dass die Anwaltschaft über die Reichweite ihrer Pflichten nicht im Unklaren gelassen wird. Dies gilt umso mehr in so praxisrelevanten Bereichen wie dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Insoweit ist der Beschluss des AGH München ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur Rechtssicherheit, dem hoffentlich weitere folgen werden. Denn völlige Gewissheit dürften erst höchstrichterliche Entscheidungen oder gesetzliche Klarstellungen mit sich bringen.



**Dr. Christian Deckenbrock, Köln**

Der Autor ist Akademischer Rat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln (Geschäftsführender Direktor Prof. Dr. Martin Henssler).

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse [autor@anwaltsblatt.de](mailto:autor@anwaltsblatt.de).

<sup>13</sup> BVerfGE 108, 150, 162 f. = NJW 2003, 2520, 2521.

<sup>14</sup> BVerfGE 76, 196, 206 ff. = AnwBl 1987, 603, 605 f.; BVerfGE 108, 150, 164 = NJW 2003, 2520, 2522.

<sup>15</sup> Siehe bereits Deckenbrock, AnwBl 2009, 170, 176.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Deckenbrock, in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, M Rn. 89.