

## Interessenkonflikte – der Dauerbrenner des Berufsrechts

Ein Appell an die Rechtsprechung:  
Keine Verwässerung der Grundsätze\*

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Kein berufsrechtlicher Regelungskomplex hat für Anwältinnen und Anwälte in der Praxis eine so herausragende Bedeutung wie das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Trotz der langen Tradition dieser Kernpflicht des anwaltlichen Berufsrechts ist die genaue Reichweite des Verbots in vielen Detailfragen bis heute ungeklärt. Hierzu trägt entscheidend bei, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen mit § 356 StGB, § 43 a Abs. 4 BRAO und § 3 BORA gleich in drei verschiedenen Normen geregelt ist. Die Praxis wird zusätzlich durch zwei aktuelle Entscheidungen des BGH (AnwBl 2012, 769 und AnwBl 2013, 293) verunsichert, in denen an sich gefestigte Grundsätze zu der Bestimmung des Interessengegensatzes über Bord geworfen werden. Der Autor hinterfragt diese Wendungen in der Rechtsprechung kritisch, arbeitet weitere aktuelle Probleme und Entwicklungen im Bereich der anwaltlichen Interessenkollisionen heraus und entwirft insoweit ein stimmiges Lösungskonzept. Insbesondere komme ein Tätigkeitsverbot nur dann in Betracht, wenn die Interessen der betroffenen Mandanten tatsächlich verletzt seien. Die grundgesetzlich gewährleistete Berufsfreiheit stehe einem Anwaltsrecht entgegen, in dem aus dem Vorsichtsprinzip heraus die Bearbeitung von Mandaten abzulehnen sei.

### I. Das Prävarikationsverbot – ungelöste Fragen trotz langer Tradition

Die Ursprünge des heutigen Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen reichen in das römische Recht zurück.<sup>1</sup> Seine historischen Wurzeln finden sich in der *praevaricatio* des Anklägers im römischen Quästionenprozess. *Praevaricator* war ein Ankläger, der den Strafprozess unredlich mit dem Ziel führte, dem Angeklagten zum Freispruch oder zumindest zu einem milden Urteil zu verhelfen. Der Tatbestand der Prävarikation wurde also erfüllt, wenn der Ankläger wahr, dem Angeklagten aber ungünstige Beweise zurückhielt oder verschleierte. Später leitete man aus der *praevaricatio* des Anklägers (*praevaricatio propria*) den Tatbestand der Sachwalteruntreue (*praevaricatio impropria*) ab. Dieses weite Verständnis der *praevaricatio* – frei übersetzt „das Abweichen vom geraden Weg“ – ist als Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nicht nur ein Grundpfeiler unseres Rechtssystems, sondern weltweit ein fester Bestandteil des anwaltlichen Berufsrechts.<sup>2</sup>

Von der Bedeutung für das anwaltliche Berufsbild steht das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auf gleicher Stufe wie die beiden anderen prägenden Grund-

pflichten der Unabhängigkeit und der Verschwiegenheit.<sup>3</sup> Von der praktischen Relevanz und der Anzahl der Streitfälle ist das Verbot sogar die unangefochtene Nummer 1 der Berufspflichten. Die Ursachen hierfür sind vielschichtig: Sie liegen in der wachsenden Komplexität der von der Anwaltschaft bearbeiteten Fälle, der Erweiterung des anwaltlichen Betätigungsfeldes, der Internationalisierung des Anwaltsberufs und nicht zuletzt im ausgeprägten Trend zur Assoziierung in immer größeren Berufsausübungsgesellschaften. Hinzu kommt der enorme Fallreichtum, eine schier unendliche Vielfalt denkbarer Fallkonstellationen, wobei jeder Fall anders liegt, wie *Susanne Offermann-Burckart* in der Überschrift einer Beitragsserie im Anwaltsblatt treffend angemerkt hat.<sup>4</sup>

Nach einer empirischen Studie aus dem Jahr 2011 musste jeder Anwalt in den zurückliegenden drei Jahren im Schnitt fünf Mandate wegen eines Interessenkonflikts ablehnen.<sup>5</sup> In einer Vielzahl weiterer Fälle bestehen, auch wenn es nicht zur Mandatsablehnung oder -niederlegung kommt, doch Streitigkeiten über das Vorliegen eines Tätigkeitsverbots aufgrund einer Prävarikation. Zu keinem anderen berufsrechtlichen Thema werden annähernd so viele Anfragen an die Rechtsanwaltskammern gerichtet wie zu den Interessenkollisionen.<sup>6</sup> Neben den geschilderten faktischen Entwicklungen auf dem Beratungsmarkt hat der Gesetzgeber seinen Teil zum Anwachsen der Streitigkeiten beigetragen. Die Regelungen in der Strafnorm des § 356 StGB, den berufsrechtlichen Vorschriften der §§ 43 a Abs. 4 und 45 BRAO sowie der ergänzenden Satzungsnorm des § 3 BORA sind intransparent, inkohärent, lückenhaft und missverständlich.

Es kann daher nicht überraschen, dass sich auch die Gerichte mit der Entwicklung allgemein gültiger Leitlinien schwer tun. Die Entscheidungen widersprechen sich – selbst unter den Senaten des BGH herrscht Meinungsvielfalt, wie ich an einigen Beispielen zeigen werde – oder sie haben unter Verzicht auf jedes Systemdenken ausschließlich den Einzelfall im Blick. Erschwert wird die Entwicklung dogmatischer Leitlinien durch die Zuständigkeit mehrerer Senate.<sup>7</sup> Die Zuständigkeitspalette reicht vom *Anwaltssenat* (in verwaltungsrechtlichen Anwaltssachen<sup>8</sup> oder bei anwaltsgerichtlichen Maßnahmen<sup>9</sup>) über verschiedene *Zivilrechtssenate* (bei zivilrechtlichen und zivilprozessualen Fragen wie der Wirk-

\* Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag auf einem Symposium des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln am 21. Juni 2013 aus Anlass des 25. Gründungstags des Instituts 1988 und des 65. Geburtstags von Hanns Prütting und des 60. Geburtstags des Autors (siehe den Bericht über das Symposium, *Hamacher*, AnwBl 2013, M 284). Die Vortragsform ist im Text beibehalten worden.

1 Dig. 47.15: „Praevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua. Quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait: nam qui praevaricator, ex utraque parte constitit, quin immo ex altera.; Dig. 50.16.212: „Praevaricatores eos appellamus, qui causam adversariis suis donant et ex parte actoris in partem rei concedunt: a varicando enim praevaricatores dicti sunt“.

2 *Deckenbrock*, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 3. Siehe zur weiteren Geschichte des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen eingehend *ders.*, aaO, Rn. 17 ff. m. w. N.

3 Allgemein zu den sog. core values *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43 a Rn. 1 m. w. N.

4 Die Vielschichtigkeit der Probleme wird bei der Lektüre der von *Offermann-Burckart* aufbereiteten 85 Beispielfälle deutlich, vgl. *Offermann-Burckart*, AnwBl 2009, 729 ff. und AnwBl 2011, 809 ff. Allgemein zum Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen in Sozietätskonstellationen *Deckenbrock*, AnwBl 2009, 170 ff.

5 Die Ergebnisse der empirischen Studie finden sich bei *Kilian*, AnwBl 2012, 495 f.; *ders.*, AnwBl 2012, 597 f.

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

7 Siehe bereits *Henssler/Deckenbrock*, NJW 2012, 3265 f.

8 BGH NJW 2012, 3039 Rn. 5 = AnwBl 2012, 769 (Klage gegen missbilligende Belehrung durch eine Anwaltskammer).

9 Vgl. jüngst AGH München, NJW 2012, 2596 = AnwBl 2012, 655 (Antrag auf Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens).

samkeit eines Anwaltsvertrags nach § 134 BGB<sup>10</sup>, der Wirksamkeit einer Beordnung eines Prozessbevollmächtigten<sup>11</sup>, bei einer auf Mandatsniederlegung gerichteten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage<sup>12</sup> oder den sich aus §§ 627 f. BGB ergebenden Folgen einer Kündigung wegen eines Interessengegensatzes<sup>13</sup>) bis hin zu den *Strafsenaten* (bei Fragen rund um die strafrechtliche Parallelvorschrift des § 356 StGB<sup>14</sup>). Viel zu selten wird dabei berücksichtigt, dass der objektive Tatbestand von § 356 StGB und derjenige des § 43 a Abs. 4 BRAO nach richtiger Lesart identisch sind.<sup>15</sup> Die Rechtssicherheit leidet zudem darunter, dass zu wichtigen Praxisfragen – etwa zur Auslegung der Sozietätsklauseln in § 3 Abs. 2 und 3 BORA – höchstrichterliche Judikatur gänzlich fehlt.

## II. Der Tatbestand des § 43 a Abs. 4 BRAO – offene Fragen

Nur auf den ersten Blick erscheint der Tatbestand des § 43 a Abs. 4 BRAO vorbildlich knapp und präzise: „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“ Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Tätigkeitsverbot sind weit komplexer, als es der knappe Gesetzeswortlaut vermuten lässt. Der Tatbestand umfasst einschließlich der ungeschriebenen Merkmale folgende Kriterien, bei denen sich jeweils unter anderem die ergänzend aufgeführten offenen Fragen stellen:

- Identität der Rechtssache – Fragen: Wie erfolgt die Abgrenzung „derselben Rechtssache“? Welche Intensität muss die Verbindung zwischen verschiedenen Sachverhalten aufweisen?
- Interessen – Frage: Wie sind diese zu bestimmen: objektiv oder subjektiv?
- Widerstreit – Fragen: Reichen abstrakte oder gar potenzielle, künftige Konflikte aus? Was geschieht bei konkurrierenden Interessen?
- Vertretung – Fragen: Muss die Vertretung innerhalb eines Mandatsverhältnisses erfolgen? Muss die Vorbefassung ebenfalls in anwaltlicher Funktion erfolgt sein?
- Persönliche Befassung mit der Rechtssache oder Befassung eines Sozietätskollegen bei fehlender Einwilligung der Mandanten – Fragen: Welche Anforderungen sind an die Einwilligung zu stellen? Wie weit reicht die Erstreckung des Verbots in Sozietätssachverhalten?

Hinzu kommt als sechstes Problem die Abgrenzung von der Vorschrift des § 45 BRAO, wobei die Satzungsnorm des § 3 BORA beide Regelungen in einer Norm zusammenführt.

## III. Identität der Rechtssache

Ich empfehle strikt, bei jeder Prüfung eines Kollisionsfalls mit dem Merkmal „dieselbe Rechtssache“ zu beginnen. Dieses Merkmal hat in der Rechtsprechung die Funktion eines ersten, noch relativ groben Filters, um für den Normzweck nicht relevante Sachverhalte *a priori* auszuklammern. Das eigentlich entscheidende Kriterium ist das Merkmal des Interessengegensatzes. Wie generell beim objektiven Tatbestand von § 356 StGB und § 43 a Abs. 4 BRAO sind die strafrechtliche und die berufsrechtliche Bewertung identisch.<sup>16</sup>

Bei der Abgrenzung „derselben Rechtssache“ verfährt der BGH im Sinne der geschilderten Filterfunktion recht großzügig. „Dieselbe Rechtssache“ kann jede Angelegenheit

sein, die zwischen mehreren Beteiligten mit jedenfalls *möglicherweise* entgegenstehenden rechtlichen Interessen nach Rechtsgrundsätzen behandelt und erledigt werden soll.<sup>17</sup> Bereits eine Teilidentität des Sachverhalts reicht aus.<sup>18</sup> Eine Ehe oder ein Erbfall können daher die Klammerwirkung auslösen.<sup>19</sup>

Mit dieser Aussage beginnen zugleich alle Probleme rund um die Identität der Rechtssache. Wie nämlich exakt eine tatbestandlich relevante Teilidentität der Rechtssache von unbeachtlichen Sachverhaltsüberschneidungen abzugrenzen ist, konnte bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur zuverlässig geklärt werden. In vielen aktuellen Streitigkeiten taucht aber immer wieder exakt diese Abgrenzungsfrage auf. Das Tatbestandsmerkmal „dieselbe Rechtssache“ wird zwar insgesamt großzügig ausgelegt. Da aber der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Anordnung von Berufsausübungsbeschränkungen Grenzen setzt, wird im Schrifttum zugleich hervorgehoben, dass lediglich mittelbare Auswirkungen des einen Mandats auf das andere nicht genügen.<sup>20</sup>

In der Tat stellt das in den Tatbestand des § 356 StGB angenommene Merkmal „dieselbe Rechtssache“ 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 rechtlich erhebliche Umstände, die in beiden Mandaten von rechtlicher Bedeutung sind. Spielt etwa in zwei verschiedenen Verfahren der Wert einer Unternehmensbeteiligung eine Rolle, im ersten Fall, weil der Mandant die Kreditwürdigkeit des Inhabers der Beteiligung negativ bewertet hatte – ein niedriger Beteiligungswert also für den Mandant günstig wäre, im zweiten Fall, weil anlässlich einer weiteren Transaktion für den als Verkäufer aufgetretenen Mandanten nunmehr ein hoher Wert der Beteiligung günstig ist, so genügt diese Verbindung nicht. Wirtschaftliche Verbindungen, die keinen unmittelbaren Bezug zu den rechtlichen Interessen der Mandanten beziehungsweise zu den Rechtsstreitigkeiten haben, 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 der Prävarikationsverbote sind in einem solchen Fall nicht tangiert. Es fehlt an einer rechtlichen Verbindung zwischen den beiden Mandaten.

10 BGH NJW 2009, 3297 Rn. 30 ff.

11 BGH NJW 2013, 1247 Rn. 13 = AnwBI 2013, 293.

12 Vgl. etwa OLG Hamburg, NJW-RR 2001, 61, 62; OLG Koblenz, NJOZ 2005, 4119, 4122 ff.

13 Siehe etwa BGHZ 174, 186 Rn. 7 ff. = NJW 2008, 1307 = AnwBI 2008, 297 m. Anm. Henssler/Deckenbrock, NJW 2008, 1275 ff.

14 Siehe zuletzt BGHSt 52, 307 Rn. 8 ff. = NJW 2008, 2723.

15 Unterschiede bestehen nur hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs und der sozietätsweiten Erstreckung der Normen, vgl. Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 213 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 241 f., 283 f.

16 Siehe erneut die Nachweise in Fn. 15.

17 BGHSt 52, 307 Rn. 11 = NJW 2008, 2723; BGH NJW 2012, 3039 Rn. 7 = AnwBI 2012, 769.

18 BGH NJW 1953, 430, 431; BGH NJW 2012, 3039 Rn. 8 = AnwBI 2012, 769; BGH NJW 2013, 1247 Rn. 9 = AnwBI 2013, 293.

19 BGH NJW 2012, 3039 Rn. 8 = AnwBI 2012, 769; BGH NJW 2013, 1247 Rn. 9 = AnwBI 2013, 293.

20 Ausführlich Kretschmer, Der strafrechtliche Parteiverrat (§ 356 StGB), 2005, S. 171 ff.

Zwar lässt der BGH den erforderlichen Zusammenhang zweier Rechtssachen *nicht* schon dann scheitern, dass unterschiedliche Parteien in beiden Streitigkeiten auftreten.<sup>21</sup> Damit will er indes nicht auf jeglichen Zusammenhang zwischen den an den Mandaten beteiligten Personen verzichten. Gemeint ist mit dieser Formel lediglich, dass die Mandanten in den zu beurteilenden Verfahren nicht Partei und Gegenpartei im engen verfahrensrechtlichen Sinne (sog. Verfahrensidentität) sein müssen.<sup>22</sup> Dagegen setzen § 356 StGB und § 43 a Abs. 4 BRAO durchaus voraus, dass die gleichen Parteien in beiden Streitigkeiten materiell beteiligt sind. Als Beispiel für eine identische Rechtssache sei die Durchsetzung einer gepfändeten Forderung für den Pfändungsgläubiger *gegen* den Drittschuldner genannt, wenn derselbe Anwalt zuvor den Drittschuldner schon in einem vom Pfändungsschuldner angestregten Gerichtsverfahren vertreten hatte.<sup>23</sup> Diese Vertretung ist selbstverständlich nicht zulässig!

In allen von der Rechtsprechung bislang entschiedenen Fällen fehlender Parteiidentität lag den jeweiligen (Kollisions-)Mandaten derselbe Tatsachenkern zugrunde, nämlich derselbe Kaufvertrag, derselbe Verkehrsunfall, derselbe Erbfall, dieselbe Straftat, der Streit um dieselbe Forderung. Die Parteiwechsel ergaben sich aus der Besonderheit, dass entweder mehrere an demselben Rechtsverhältnis beteiligt waren beziehungsweise aus ihm Rechte herleiteten oder aber daraus, dass das Recht auf Dritte übergegangen war. Damit handelt es sich jeweils um Sachverhaltsüberschneidungen mit unmittelbarem rechtlichen Bezug beziehungsweise anders formuliert um „dieselbe Rechtssache“, an der schlicht mehrere Personen unmittelbar beteiligt waren.

Umgekehrt darf nicht allein aus dem Umstand, dass es in mehreren Streitigkeiten unter anderem um denselben Vermögensgegenstand (Kaufgegenstand, Mietobjekt, Sicherungsobjekt) geht, zwingend die Identität der Rechtssache gefolgert werden. So ist etwa ein Anwalt, der im Januar 2006 für einen Mieter A den Vermieter B auf Mangelbeseitigung verklagt hat, anerkanntermaßen *nicht* gehindert, im Juni 2011 im Auftrag des Vermieters D, der inzwischen die Wohnung von B gekauft hat, von dem in finanzielle Schwierigkeiten geratenen Mieter A die Zahlung rückständigen Mietzinses zu verlangen. Der Umstand, dass es sich um dieselbe Wohnung, ja sogar um dasselbe Mietverhältnis handelt, ist bedeutungslos. Ausschlaggebend ist der Rechtsstreit. Er bezieht sich auf ein anderes Rechtsproblem. Entsprechendes gilt für den mehrfachen Weiterverkauf ein und desselben Autos; einem Rechtsanwalt ist es nicht verboten, den Käufer eines Wagens zu beraten, nur weil er Jahre zuvor den „Voreigentümer“ desselben Wagens bei dessen Verkauf vertreten hat. Beide Verkaufsvorgänge haben rechtlich nichts miteinander zu tun.

Ebenso ist unbestritten, dass ein Anwalt den Hauseigentümer gegen den Mieter A und den Mieter B gegen denselben Hauseigentümer vertreten darf, auch wenn es sich um einen gleichartigen Sachverhalt handelt, weil beiden Mietverträgen identische Vertragsmuster zugrunde liegen.<sup>24</sup> Der Anwalt dürfte in einer der Mietrechtsstreitigkeiten sogar eine identisch lautende Mietvertragsklausel anders als in einem zuvor oder parallel geführten Rechtsstreit auslegen. Die Übernahme widersprüchlicher Rechtsstandpunkte in verschiedenen Mandaten ist keine Vertretung widerstreitender Interessen. Dem Anwalt ist es lediglich untersagt, denselben Lebenssachverhalt einmal in der einen und ein anderes Mal in der anderen Richtung rechtlich zu würdigen. Fehlt es aber

bereits an einer Rechtssachenidentität, kann er – wie es die ihm zugewiesene Rolle als Interessenvertreter seines Mandanten (§ 3 Abs. 1 BRAO) verlangt – bedenkenlos eine abweichende Rechtsansicht vertreten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die geforderte Identität der Rechtssache setzt einen unmittelbaren rechtlichen Mandatsbezug der Sachverhaltsüberschneidung voraus.

#### IV. Interessengegensatz: subjektive oder objektive Bestimmung der Interessenlage?

In allen bislang vorgestellten Beispielen wird deutlich, dass sich in engem Konnex mit der Abgrenzung der Rechtssache jeweils zugleich die Frage des Interessenwiderstreits stellt. Vertritt der Rechtsanwalt – etwa in den Mieterfällen – überhaupt widerstreitende Interessen? Der Interessenwiderstreit kann nämlich nur vor dem Hintergrund der Sachverhaltsüberschneidung beurteilt werden. Zur Verdeutlichung der sich insoweit stellenden Probleme möchte ich zwei ganz aktuelle Entscheidungen des BGH vom April 2012 und Januar 2013 vorstellen:

##### 1. Das Urteil des Anwaltsenats vom 23.4.2012

Der ersten bemerkenswerten Entscheidung des Anwaltsenats lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Rechtsanwältin hatte von der für sie zuständigen Rechtsanwaltskammer eine missbilligende Belehrung wegen eines angeblichen Verstoßes gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen erhalten. Ihr wurde vorgeworfen, dass sie nicht nur ihren Mandanten A in dessen Scheidungsverfahren nebst Folgesachen gegen seine Ehefrau B vertreten, sondern zudem auch für den volljährigen Sohn M der Eheleute Klage auf Zahlung von Kindesunterhalt gegen seine Mutter B erhoben hatte. Die Rechtsanwaltskammer sah hierin einen Verstoß gegen § 43 a Abs. 4 BRAO, weil das Interesse des Vaters A in dem Scheidungs- und Zugewinnausgleichsverfahren auf die Anerkennung einer geringen eigenen Vermögenslage zur Abwehr von Zugewinnausgleichs- und gegebenenfalls sich anschließender Unterhaltsansprüche der B gerichtet gewesen sei. Sohn M habe dagegen ein Interesse an der Feststellung einer möglichst hohen Vermögenslage sowohl seiner Mutter als auch seines Vaters zugunsten seiner eigenen Unterhaltsansprüche gegen beide gehabt. Die betroffene Anwältin machte zu ihrer Verteidigung geltend, dass sowohl A als auch M ihr gegenüber das Einverständnis in eine gemeinsame anwaltliche Vertretung erklärt hätten. M selbst habe zudem keine Interessenkollision gesehen und Unterhaltsansprüche allein gegenüber seiner Mutter durchsetzen wollen.

Der Senat hat der gegen die Belehrung gerichteten Klage der Anwältin stattgegeben und eine Vertretung konfligierender Interessen im Ergebnis verneint. Allerdings stünden „*im rechtlichen Ausgangspunkt* ... die Interessen eines unterhalts-

21 BGHSt 7, 261, 263 = NJW 1955, 800; BGH NJW 2011, 373 Rn. 11 = AnwBl 2011, 65 (zu § 45 BRAO); ebenso *Böhlein*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43 a Rn. 61; *Henssler*, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 199, 200.

22 BGHSt 5, 301, 304 = NJW 1954, 726, 727; BGHSt 9, 341, 346 = NJW 1956, 1687, 1688; BGHSt 18, 192 = NJW 1963, 668, 669; BGH NSiZ 1981, 479, 480; BGHSt 34, 190, 191 = NJW 1987, 335; BGH NJW-RR 2008, 795 Rn. 9.

23 BayObLG NJW 1959, 2223, 2224.

24 OLG Hamburg, NJW-RR 2002, 61, 63; *Henssler*, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43 a Rn. 201 mw.N.; vgl. auch *Offermann-Burckart*, AnwBl 2009, 729, 730 (Fall 1).



berechtigten volljährigen Kindes im Widerspruch zu denjenigen seiner Eltern, die beide Unterhalt schulden und gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen haften.“ Da die Interessen der Parteien nach objektiven Kriterien zu bestimmen seien, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, dass M die betroffene Rechtsanwältin allein mit der Durchsetzung des Anspruchs gegen die B und nicht gegen ihren weiteren Mandanten A beauftragt habe. Ein Anwalt, der ein volljähriges Kind bei der Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen berate, müsse darauf hinweisen, dass sich der Anspruch gegen beide Elternteile richte. Vertrete der Anwalt bereits ein Elternteil im Rahmen einer unterhalts- oder ehegüterrechtlichen Auseinandersetzung, sei aber schon dieser Hinweis geeignet, dessen Interessen zu beeinträchtigen. Denn das Interesse des Kindes sei darauf gerichtet, ein möglichst hohes Einkommen auch desjenigen Elternteils nachzuweisen, dessen Vertretung der Anwalt bereits übernommen habe und dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse er daher kenne.<sup>25</sup>

Im Anschluss an dieses weite, nämlich objektive Verständnis des Interessenbegriffs, der zugleich mit dem Merkmal derselben Rechtssache vermengt wird, schränkt der Senat den Tatbestand des § 43 a Abs. 4 BRAO allerdings wieder ein. Er verlangt nämlich, dass ein Interessenkonflikt im konkreten Fall auch tatsächlich vorliegen müsse. Nicht ausreichend sei aus verfassungsrechtlichen Gründen das Anknüpfen an einen möglichen, tatsächlich aber nicht bestehenden (latenten) Interessenkonflikt. Weil M – im Beisein seines Vaters A – die Rechtsanwältin lediglich mandatiert habe, Unterhaltsansprüche gegen seine Mutter B geltend zu machen, und A bereit gewesen sei, auch künftig allein für den Unterhalt des Sohnes aufzukommen, hätte sich die Frage des Unterhaltsanspruchs gegen beide Elternteile gar nicht gestellt. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände fehle es „bei der gebotenen konkret objektiven Betrachtung an einem Interessengegensatz“.<sup>26</sup>

## 2. Der Beschluss des IV. Senats vom 16.1.2013

Der zweite, erst in diesem Jahr vom BGH entschiedene Sachverhalt drehte sich ums Erbrecht: Eine Alleinerbin machte eine Nachlassforderung ihrer verstorbenen Mutter aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Witwe ihres vorverstorbenen Bruders geltend. Dieser Witwe wurde im Prozess ein Anwalt beigeordnet, der zuvor auch deren (enterbte) Kinder bei der Durchsetzung ihrer Pflichtteilsansprüche gegen die Alleinerbin in einem inzwischen rechtskräftig abgeschlossenen Parallelverfahren vertreten hatte. Als dem Gericht dieser Sachverhalt bekannt wurde, wurde die Beiordnung wegen eines Interessenkonflikts rückwirkend aufgehoben. Hiergegen wandten sich die Anwältin und die Witwe mit der Begründung, dass die Kinder die weitere Verfolgung ihrer Pflichtteilsansprüche vom Bestand der behaupteten Nachlassforderung abhängig machen würden. Der BGH bestätigte die Aufhebung der Beiordnung. Ausschlaggebend war für ihn, dass sich der Nachlasswert (und damit der Pflichtteilsanspruch) erhöhe, wenn die Klage gegen die Witwe (Mutter der Kinder) Erfolg habe. Weil eine derartige Erhöhung des Pflichtteils auch nach Abschluss des ersten Rechtsstreits geltend gemacht werden könne, liege eine Interessenkollision vor, selbst wenn die Kinder den Ausgang des Rechtsstreits gegen ihre Mutter hinzunehmen bereit sind.<sup>27</sup>

## 3. Heimliche Rückkehr zur objektiven Theorie?

Beide Entscheidungen stehen für eine Wiederbelebung der Theorie der objektiven Interessenbestimmung. Es soll nicht auf die konkrete Interessenlage der Mandanten ankommen, die Gerichte maßen sich in den Entscheidungen vielmehr die Kompetenz an, den Rechtsuchenden ein „wohlverstandenes Interesse“ unterzuschieben. Da § 43 a Abs. 4 BRAO auch die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung wahre und somit nicht disponible Rechtsgüter schütze, verbiete sich eine subjektive Betrachtungsweise. Dieses Ergebnis ist aus verschiedenen Gründen beunruhigend, Maier-Reimer spricht insoweit zu Recht von einer „berufsrechtliche(n) Bevormundung des Mandanten.“<sup>28</sup>

Beide Entscheidungen sind ein gewaltiger Rückschritt und die Wiedereröffnung eines längst erledigt geglaubten Meinungsstreits. Nachdem die Frage, ob die Interessenlage objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist, jahrzehntelang heftig umstritten war,<sup>29</sup> hatte sich spätestens nach der Jahrtausendwende die subjektive Theorie klar durchgesetzt. Noch im Februar 2010 hatte etwa der IX. Zivilsenat des BGH ausgeführt: „Der in der Vergangenheit zum Tatbestand des Parteiverrats geführte Meinungsstreit, ob die maßgeblichen Interessen mehrerer von einem einzelnen Rechtsanwalt vertreten 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.“<sup>30</sup> Warum einzelne Senate des BGH nun, ohne Not und – was noch unerklärlicher ist – ohne diesen Rechtsprechungswandel auch nur andeutungsweise offenzulegen, zur objektiven Theorie zurückkehren möchten, bleibt ein Rätsel. Einen Sachgrund hierfür gibt es nicht. Derartige, verdeckte Kurswechsel sind eines obersten Bundesgerichts schlicht unwürdig. Sie zeugen meines Erachtens zudem von einer bestürzenden Unkenntnis der Realität der Mandatsbeziehungen zwischen Rechtsanwalt und Mandant.

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 zu vertreten sind.<sup>31</sup> Aus der nach § 675 Abs. 1 BGB auf den Anwaltsvertrag anzuwendenden Regelung des § 665 BGB ergibt sich, dass der Rechtsanwalt grundsätzlich an Weisungen seines Mandanten gebunden ist. Dies gilt selbst dann, wenn die weisungsgemäße Bearbeitung zu Nachteilen für den Mandanten führt.<sup>32</sup> Die Weisungsbefugnis folgt daraus, dass allein der Mandant das mit der Durchführung seines Auftrags verbundene Erfolgs- und Kostenrisiko trägt und deshalb den wesentlichen Gang der Mandatserledigung steuern können muss. Untrennbar verbunden ist mit diesem Weisungsrecht die Befugnis des Mandanten, allein zu entscheiden, in welcher Weise seine

25 BGH NJW 2012, 3039 Rn. 11 ff. = AnwBl 2012, 769.

26 BGH NJW 2012, 3039 Rn. 14 f. = AnwBl 2012, 769.

27 BGH NJW 2013, 1247 Rn. 11 f. = AnwBl 2013, 293.

28 Maier-Reimer, NJW-Editorial 17/2013.

29 Siehe die Darstellung des Streitstands bei Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43a Rn. 171 ff.; ders., FS Streck, 2011, S. 677, 682 ff.; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 146 ff.

30 BGH, Beschl. v. 4.2.2010 – IX ZR 190/07, BeckRS 2010, 04533 Rn. 4. Siehe auch zur Ausarbeitung eines Vertragsentwurfs im Auftrag beider Parteien BGH Beschl. v. 16.12.2008 – IX ZR 229/08, BeckRS 2009, 04949 Rn. 4.

31 Henssler, NJW 2001, 1521, 1522; ders., FS Streck, 2011, S. 677, 682; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 146 ff.

32 Vgl. nur BGH NJW 1985, 42, 43; BGH NJW 1997, 2168, 2169.

Interessen wahrgenommen werden sollen. Diese zivilrechtlichen Grundsätze sind bei der Beurteilung eines Interessengegensatzes zu berücksichtigen. Es wäre widersprüchlich, wenn das Gesetz einerseits dem Mandanten ein Weisungsrecht einräumte, andererseits aber die Weisungen, in denen sich die Interessen des Mandanten niederschlagen, bei der Bestimmung der Interessen im Sinne des § 43 a Abs. 4 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA unberücksichtigt ließe.<sup>33</sup>

Dass der Senat im Urteil vom 23.4.2012 selbst gewisse „Bauchschmerzen“ bei seinem Bekenntnis zur Theorie der objektiven Interessenbestimmung hatte, zeigen seine Ausführungen zur notwendigen Intensität eines Interessenkonflikts. Da Sohn M – im Beisein des A – die Rechtsanwältin lediglich mandatiert habe, Unterhaltsansprüche (nur) gegen seine Mutter B geltend zu machen, und A außerdem bereit gewesen sei, auch künftig allein für den Unterhalt des Sohnes aufzukommen, fehlt es nach Ansicht des BGH doch an einem konkreten Interessenkonflikt. Damit nimmt der BGH – ohne dass er sich dessen bewusst ist – de facto eben gerade doch die notwendige subjektive Interessenbestimmung vor.<sup>34</sup> Inmitten des von ihm selbst angerichteten dogmatischen Chaos gelangt der BGH in seinem Urteil vom 23.4.2012 schließlich doch zum richtigen Ergebnis. Ein Ärgernis bleibt die Entscheidung für die Praxis, die in diesem schwierigen Feld endlich auf mehr Rechtssicherheit gehofft hatte, gleichwohl.

Noch problematischer ist freilich der Beschluss des IV. Senats vom Januar 2013, weil das Gericht hier auf ein vergleichbares Korrektiv verzichtet hat. Ob es den Kindern mehr bedeutet, ihrer Mutter den Aufwand des eingeklagten Betrags zu ersparen, als selbst an dem denkbaren Erlös mit der Pflichtteilsquote beteiligt zu werden, war dem BGH offenbar gleichgültig. Seine schlichte Behauptung, bei dieser Sachlage liege nicht nur ein latent vorhandener Interessenkonflikt vor, überzeugt schon mangels Begründung nicht.

In dieser Form führt die Rechtsprechung des BGH zu einer Bevormundung der Mandanten. Vermeintlich höherrangige Schutzgüter wie die Integrität der Rechtspflege werden den Interessen der betroffenen Mandanten übergeordnet; den Rechtsuchenden bleibt der Weg zu den Anwälten ihres Vertrauens verwehrt.<sup>35</sup> Jedenfalls dann, wenn die betroffenen Parteien eine einheitliche Strategie verfolgen und jeder über die Nachteile des Vorgehens entsprechend aufgeklärt ist oder ohnehin Bescheid weiß, bedürfen sie keines aufgedrängten Schutzes vor sich selbst. Vielmehr ist es das gute Recht jedes Mandanten, seinem Anwalt nur ein beschränktes Mandat zu erteilen. So hat ein Auftraggeber, der sich – wohl wissend, dass ihm beide Elternteile Unterhalt schulden – bewusst dafür entscheidet, nur gegen seine Mutter vorzugehen, eben nicht das Interesse, seinen Vater in Anspruch zu nehmen.<sup>36</sup>

So wie zwei Mandanten, trotz eines nicht nur latenten, sondern sogar offenkundigen Interessengegensatzes zwischen ihnen, denselben anwaltlichen Mediator beauftragen können,<sup>37</sup> sie bei der Beilegung dieses Streites zu unterstützen, muss auch in den beiden vom BGH entschiedenen Konstellationen die Doppelmandatierung zulässig sein.

#### 4. Die Bedeutung des Einverständnisses

Der Hinweis des BGH, dass die von § 43 a Abs. 4 BRAO geschützten Rechtsgüter nicht disponibel seien und deshalb das subjektive Interesse der Parteien außen vor bleiben müsse, geht an der Sache vorbei. Er vermischt zwei streng voneinander zu trennende Problemkreise. Die Frage, wie die

Interessen der Parteien zu bestimmen sind, ist strikt von derjenigen abzugrenzen, ob die Parteien in einen bestehenden Interessenkonflikt einwilligen können. Ob überhaupt kollidierende Interessen bestehen oder ob ein Anwalt im Einverständnis mit den betroffenen Parteien interessengegenseitlich tätig wird, stellt einen bedeutenden Unterschied dar. Der Anwalt als (einseitiger) Interessenvertreter seines Mandanten darf niemals zugleich einem gegenläufigen Interesse verpflichtet sein.<sup>38</sup> Nur in Sozietätskonstellationen gilt wegen § 3 Abs. 2 BORA etwas anderes. Wenn es aber – wie in den dargestellten BGH-Entscheidungen – überhaupt kein gegenläufiges Interesse gibt, das der Rechtsanwalt *vertreten* soll, lässt sich ein Tätigkeitsverbot nicht rechtfertigen. Zu Recht hat das BVerfG 1987 den damals noch geltenden Anscheinsverboten die Grundlage entzogen; auf den äußeren Schein einer Interessenkollision<sup>39</sup> darf es daher nicht ankommen.<sup>40</sup>

Es bleibt zu hoffen, dass sich der BGH eines Besseren besinnt und nicht über die objektive Theorie der Interessenbestimmung den verfassungswidrigen Zustand wieder herstellt oder sich ihm zumindest annähert. Zur Lektüre empfohlen sei den BGH-Richtern ein entscheidender Satz des BVerfG aus seiner berühmten Sozietätswechslerentscheidung: „Dies bedeutet indessen nicht, dass die Definition, was den *Interessen des eigenen Mandanten* und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten *ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten* vorgenommen werden darf.“<sup>41</sup>

Schließt man sich der Theorie von der subjektiven Interessenbestimmung an, ist zu beachten, dass die Interessenlagen nicht statisch, sondern dynamisch sind. Anfängliche Interessengleichheit zwischen zwei Parteien kann sich jederzeit in einen Interessenwiderstreit verwandeln und umgekehrt. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen wird aber nur verletzt, wenn der Anwalt für beide Parteien auch im gegensätzlichen Interesse tatsächlich *tätig* wird.<sup>42</sup> Folge ist, dass der Interessenwiderstreit zum Zeitpunkt der Tat vorliegen muss. Für die Beurteilung der Interessen kommt es damit frühestens auf den Zeitpunkt an, zu dem der Anwalt für die zweite Partei mit seiner Tätigkeit beginnt.<sup>43</sup> Zugleich folgt aus dieser Einschränkung, dass ein Interessenkonflikt, der zwischen den Parteien erst nach dem Abschluss eines Mandats neu entsteht, keine Vertretung widerstreitender Interessen darstellen kann. Potenzielle Interessenkonflikte genügen nicht. *Ohne* Bedeutung ist daher nicht nur, ob die Beklagten früher einmal kollidierende Interessen hatten, sondern auch, ob sie künftig kollidierende In-

33 Ausführlich hierzu Henssler, FS Streck, 2011, S. 677, 682; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 148.

34 Siehe bereits Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 ff.; Offermann-Burckart, FF 2012, 356, 358.

35 Siehe erneut Maier-Reimer, NJW-Editorial 17/2013.

36 Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3267 f.

37 Siehe zu den Neuerungen durch das MediationsG den Überblick bei Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159 ff.

38 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43a Rn. 202; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3269; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 165 f.

39 So hatte der Rechtsanwalt nach § 46 Abs. 3 RichtlRA schon „den Anschein der Vertretung widerstreitender Interessen zu vermeiden“.

40 BVerfGE 76, 196, 206 ff. = NJW 1988, 194, 195 = AnwBl 1987, 603, 605 f.; siehe auch BVerfGE 108, 150, 164 = NJW 2003, 2520, 2522 = AnwBl 2003, 521, 524.

41 BVerfGE 108, 150, 162 = NJW 2003, 2520, 2521 = AnwBl 2003, 521, 523.

42 BGH NStZ 1982, 331, 332; OLG Düsseldorf, NZV 2003, 297; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3268 f.; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 161.

43 RGSt 71, 231, 236; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 3561, 3563; Kilian, in: Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, B Rn. 634; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 172; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3268 f.

teressen haben könnten. Nicht einmal die Vorhersehbarkeit eines Widerstreits rechtfertigt ein Tätigkeitsverbot.<sup>44</sup> Auf der anderen Seite muss ein Anwalt alle Mandate niederlegen, wenn sich aufgrund einer Interessenänderung bei einem Mandanten aus einem Interessengleichlauf eine Interessenkollision entwickelt.<sup>45</sup>

## V. Der Widerstreit der Interessen – Offene Frage: Vertretung mehrerer Gesamtschuldner?

Auch für die Beurteilung des nächsten Merkmals, nämlich des „Widerstreits“ der Interessen, gilt, dass sie 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> Einer Schädigung des Mandanten bedarf es zur Tatbestandsverwirklichung nicht, jedoch muss der *Interessenkonflikt tatsächlich vorliegen. Potenzielle oder künftige Interessenkonflikte* führen – wie bereits erwähnt – zu keinem Tätigkeitsverbot.<sup>48</sup>

Damit lässt sich ein aktuell häufig diskutiertes Problem recht eindeutig lösen, nämlich die Vertretung mehrerer gesamtschuldnerisch haftender Streitgenossen. Fallbeispiel: Eine Anwaltssozietät vertritt Vorstand und AG bei der Abwehr von Ansprüchen aufgrund einer angeblichen Pflichtverletzung des Vorstands. Ist die bloße Möglichkeit eines Interessenkonflikts für das Eingreifen der Verbotsnorm des § 43 a Abs. 4 BRAO bedeutungslos, so muss diese Vertretung in aller Regel zulässig sein. Bei genauerem Hinsehen wird die Zulässigkeit einer Mehrfachvertretung vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt. Entsprechende eindeutige Wertungen lassen sich die Anwaltsgebühren regelnden Vorschriften des § 7 RVG und des § 50 WEG entnehmen.<sup>49</sup> Der BGH geht sogar davon aus, dass ein Streitgenosse im Normalfall nicht einmal einen Anspruch auf Erstattung der Kosten eines eigenen Anwalts habe. Aus dem Rechtsgedanken des § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO folge eine Obliegenheit der Prozessparteien, die Kosten so niedrig zu halten, wie sich dies mit der Wahrung ihrer berechtigten Belange vereinbaren ließe.<sup>50</sup> Zwar könne das Vorliegen eines Interessenwiderstreits grundsätzlich einen Sachgrund für die Bestellung eines eigenen Prozessbevollmächtigten bieten.<sup>51</sup> Allein der Umstand, dass im Fall eines der Klage stattgebenden Urteils ein Interessenkonflikt aufgrund der Verteilung der internen Haftung absehbar sei, müsse aber außer Betracht bleiben. Der latente Konflikt, den der Gesamtschuldnerausgleich des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB in sich birgt, wird also erst relevant, wenn es tatsächlich um den Regress im Innenverhältnis der Gesamtschuldner geht. Er ist nicht Gegenstand des im Außenverhältnis zu führenden Rechtsstreits, sondern allenfalls dessen Folge.<sup>52</sup>

## VI. Der nicht vorbefasste Sozietätswechsler

Aus der großen Bandbreite der diffizilen Sozietäts Sachverhalte möchte ich im Rahmen dieses auf aktuelle Streitfragen konzentrierten Beitrags nur einen von vielen ungelösten Problemfällen herausgreifen, nämlich die berufsrechtlichen Fol-

gen eines Sozietätswechsels eines nicht vorbefassten Anwalts. Ausgangsfall sei eine typische Fallkonstellation: Zwei internationale Großkanzleien vertreten in einem großen internationalen Schiedsverfahren jeweils eine der Klageparteien. Rechtsanwalt R, der in seiner bisherigen, den Kläger vertretenden Sozietät mit dem Mandat nicht befasst war, wechselt in die Sozietät, die den Schiedsbeklagten vertritt. Muss das Mandat niedergelegt werden?

### 1. Persönliches Tätigkeitsverbot zulasten des (nicht vorbefassten) Wechslers

Sind von der abgebenden und der aufnehmenden Sozietät Kollisionsmandate in derselben Rechtssache bearbeitet worden, so ist unbestritten, dass der Sozietätswechsler, auch wenn er persönlich nicht vorbefasst war, in seiner neuen Sozietät ohne Zustimmung der betroffenen Mandanten nicht in die Mandatsbearbeitung eingebunden werden darf. In seiner alten Sozietät wäre der Anwalt – vorbehaltlich einer Zustimmung der betroffenen Mandanten – allein aufgrund der Befassung seiner Sozien mit dem Mandat gemäß § 3 Abs. 2 BORA daran gehindert gewesen, im widerstreitenden Interesse tätig zu werden. Dieses Tätigkeitsverbot besteht gemäß § 3 Abs. 3 BORA auch nach dem Wechsel in eine andere Berufsausübungsgemeinschaft fort.<sup>53</sup>

### 2. Infizierung der den Wechsler aufnehmenden Sozietät

Ob dieses persönliche Tätigkeitsverbot des Sozietätswechslers auch auf die gesamte, ihn aufnehmende Sozietät erstreckt werden muss, ist dagegen umstritten. Im berufsrechtlichen Schrifttum hat sich insoweit ein heftiger Meinungsstreit über die Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA entzündet. Eine verbreitete Literaturansicht nimmt eine generelle Erstreckung des Tätigkeitsverbots auf die aufnehmende Sozietät an.<sup>54</sup> Hat diese,

44 OLG Karlsruhe, NJW 2002, 3562, 3563; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 168 f.; Henssler, FS Streck, 2011, S. 677, 685 ff.; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3269.

45 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 170 f.; Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3269.

46 Kilian, in: Koch/Kilian (Fn. 43), B. Rn. 635; Schramm, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2004, S. 88; Grunewald, ZEV 2006, 386.

47 Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43 a Rn. 92; Schramm, DStR 2003, 1316, 1318.

48 BVerfGE 108, 150, 164 = NJW 2003, 2520, 2522 = AnWB 2003, 521, 524; BVerfGK 8, 239, 244 = NJW 2006, 2469, 2470 = AnWB 2006, 580, 581; RGSt 71, 231, 236; BAGE 111, 371, 375 = NJW 2005, 921, 922; BGH NJW 2012, 3039 Rn. 14 = AnWB 2012, 769; AGH Hamm, Beschl. v. 4.6.2010 – 2 AGH 32/09, BeckRS 2011, 25789; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 168 f.; ausführlich zu diesem Problemkreis Henssler, FS Streck, 2011, S. 677, 684 ff.; ders./Deckenbrock NJW 2012, 3265, 3268 f.

49 Siehe bereits Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43a Rn. 184a; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 206; Erb, Parteiverrat – Rechtsgut und Einwilligung im Tatbestand des § 356 StGB, 2005, S. 257.

50 BGH NJW-RR 2003, 1217, 1218; BGH NJW-RR 2004, 536; BGH NJW 2007, 2257 Rn. 12; BGH, Beschl. v. 3.2.2009 – VIII ZB 114/07, BeckRS 2009, 06496 Rn. 6; BGH NJW 2012, 319 Rn. 6.

51 Vgl. BGH NJW 2007, 2257 Rn. 20.

52 BGH NJW 2007, 2257 Rn. 19; OLG München BRAK-Mitt. 2010, 277 (Ls.); Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 207; Erb (Fn. 49), S. 257; siehe auch BGHZ 188, 193 Rn. 15 = NJW 2011, 1078; Ausführlich zu diesem Problemkreis Henssler FS Streck, 2011, S. 677, 689 ff.

53 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 3 BORA Rn. 29; Böhnlein, in: Feuerich/Weyland (Fn. 21), § 3 BORA Rn. 32; Kleine-Cosack (Fn. 47), § 3 BORA Rn. 26; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 588, 647; ders., in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, M Rn. 120; ders., AnWB 2009, 170, 175 f.; ders., AnWB 2012, 594, 595; Kilian, in: Koch/Kilian (Fn. 43), B. Rn. 658; Maier-Reimer, NJW 2006, 3601, 3604.

54 Böhnlein, in: Feuerich/Weyland (Fn. 21), § 3 BORA Rn. 32; Hartung, in: Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 Rn. 131 ff.; ders., NJW 2006, 2721, 2725 f.; Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwalliches Berufsrecht, 2010, § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 28; Dombek, in: Dombek/Ottersbach/Schulze zur Wiesche, Die Anwaltssozietät, 2012, § 2 Rn. 36; Offermann-Burckart, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 120; dies., AnWB 2011, 809, 823 f.; dies., NJW 2012, 2553, 2555 f.; Saenger/Riße, MDR 2006, 1385, 1388; Quas, NJW 2008, 1697, 1699; siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006), BRAK-Mitt. 2006, 213, 215.



wie im Ausgangsfall, bereits vor dem Wechsel das gegnerische Mandat bearbeitet, so müsse sie bei fehlender Zustimmung beider Mandanten dieses Mandat niederlegen. Aus der maßgeblichen Sicht des Mandanten der abgebenden Sozietät sei der Kanzleiwechsler zum Gegner „übergelaufen“ mit der Folge, dass ein Austausch vertraulicher Informationen drohe.

Dieses weite Verständnis des § 3 Abs. 3 BORA überzeugt mich nicht.<sup>55</sup> Der Wortlaut der Norm stützt eine solche weite Auslegung nicht. Eine Erstreckung des Tätigkeitsverbots von einem Anwalt, der nur als vorbefasst „gilt“, tatsächlich aber nicht vorbefasst war, auf die Neuzuzügler kann ihm nicht entnommen werden. War der Sozietätswechsler mit der Sache nicht befasst, unterliegt er für die konkrete Rechtssache nicht dem Verbot des § 3 Abs. 1 BORA, darf aber dennoch aufgrund der in § 3 Abs. 2 BORA vorgesehenen Erstreckung nicht persönlich tätig werden, wenn nicht ausnahmsweise die betroffenen Mandanten einwilligen. Dieses Verbot entfällt – wie gerade bereits gezeigt – auch nicht mit seinem Wechsel in eine andere Kanzlei, wie aus § 3 Abs. 3 BORA folgt.<sup>56</sup>

Seine Kollegen in der neuen Sozietät kann er dagegen nicht mit einem Tätigkeitsverbot „infizieren“, da sie nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 BORA erfüllen. Sie sind gerade 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. Vielmehr hat ihre Sozietät zu keiner Zeit konfligierende Mandate betreut. Soweit der Sozietätswechsler im Rahmen seiner früheren Tätigkeit für die ihn abgebende Sozietät sensibles Wissen erlangt hat, ohne dass er gleichzeitig als vorbefasst gilt, werden die Interessen des Mandanten ausreichend durch die Verschwiegenheitspflicht (§ 43 a Abs. 2 BRAO in Verbindung mit § 2 BORA) geschützt: Diese verbietet es ihm ausnahmslos, gegenüber seinen neuen Kollegen Informationen irgendwelcher Art zu offenbaren. Da der Wechsler selbst im Kollisionsmandat nicht eingesetzt werden darf, besteht auch keine Gefahr der Verwertung dieser geheimhaltungsbedürftigen Informationen.<sup>57</sup>

Für eine Erstreckung hätte der Tatbestand des § 3 Abs. 2 S. 1 BORA um die Wörter „oder verbunden gewesen“ ergänzt werden müssen; hiervon hat der Satzungsgeber aber in Abkehr von der bis 2006 geltenden Fassung des § 3 Abs. 2 BORA a. F. abgesehen.<sup>58</sup> Die für die Konstellationen eines Sozietätswechsels durchaus erkannte Lücke wird mit der spezielleren Vorschrift des § 3 Abs. 3 BORA, die insoweit in Form einer bloßen Verweisung § 3 Abs. 1 und 2 BORA für anwendbar erklärt, nur partiell überwunden. Dies bedeutet, dass ein Anwalt nach seinem Ausscheiden aus einer Sozietät an das über § 3 Abs. 2 BORA begründete Tätigkeitsverbot gebunden bleibt und selbst in derselben Rechtssache in seiner neuen Sozietät nicht im widerstreitenden Interesse tätig werden darf. Dagegen ordnet § 3 Abs. 3 BORA nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut eine Infizierung von bislang nicht in ihrer Tätigkeit beschränkten Anwälten (nämlich den Anwälten der aufnehmenden Sozietät) nicht an. Hierfür hätte es einer „doppelten Erstreckung“ bedurft, die der Satzungsnorm indes nicht zu entnehmen ist.<sup>59</sup>

Der AGH München hat die hier vertretene Ansicht jüngst bestätigt. Die Vorschriften des § 3 BORA seien im Lichte der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen. Sie erlaubten Einschränkungen derselben daher nur, soweit diese durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt seien. Der AGH weist zutreffend darauf hin, dass bei

der vorzunehmenden Abwägung nicht nur ein vermeintlicher Mandantenschutz in Blick genommen werden dürfe, sondern dass auch die Interessen des Sozietätswechslers und der ihn aufnehmenden Sozietät zu berücksichtigen seien.<sup>60</sup> Zu der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung gehöre nämlich auch das Recht, sich beruflich zusammenzuschließen, und das Recht, einen Arbeitsplatz nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben. Ein Eingriff liege auch vor, wenn die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsnormen die Eingehung von Arbeitsverhältnissen wesentlich erschweren.<sup>61</sup>

Daran anknüpfend weist der AGH München überzeugend darauf hin, dass eine weite Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA „angesichts der heute zu beobachtenden Fluktuation innerhalb der Anwaltschaft dazu führen“ würde, „dass sich Tätigkeitsverbote uneingeschränkt von einer Kanzlei zur nächsten weitervererben würden und dass durch den so eintretenden ‘Schneeballeffekt’ bereits binnen weniger Jahre weite Teile der Anwaltschaft einer Stadt ... einem Tätigkeitsverbot aus § 3 BORA in einer oder mehreren Rechtssachen unterliegen würden. Dies würde einen Wechsel von Rechtsanwälten in andere Kanzleien am selben Ort oder in der näheren Umgebung erheblich erschweren. Noch dazu – dieser Gesichtspunkt gilt auch und besonders in Großstädten – würden die Verhältnisse praktisch unüberschaubar. Es liegt auf der Hand, dass dies zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Berufsfreiheit führt, wobei die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 2 BORA als Korrektiv nicht ausreicht, um ein verfassungskonformes Ergebnis zu begründen.“<sup>62</sup>

Im Ergebnis muss damit auf der Ebene der aufnehmenden Sozietät differenziert werden: War der Sozietätswechsler persönlich mit einer Angelegenheit in seiner bisherigen Sozietät befasst, infiziert er – dies folgt unmittelbar aus § 3 Abs. 1 bis 3 BORA – mit dem ihn treffenden Tätigkeitsverbot die aufnehmende Sozietät. War dagegen lediglich ein ehemals sozietätsverbundener Rechtsanwalt mit der Sache im widerstreitenden Interesse befasst, trifft das Tätigkeitsverbot nur den wechselnden Anwalt persönlich. Die aufnehmende Sozietät ist in diesem Fall nicht gehindert, das Mandat weiterzubearbeiten.

55 Wie hier Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 3 BORA Rn. 32; Kleine-Cosack (Fn. 47), § 3 BORA Rn. 27, 40; ders., NJW 2013, 272, 273; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 589, 647 ff.; ders., in: Henssler/Streck (Fn. 53), M Rn. 122; ders., AnWB 2009, 170, 175 f.; ders., AnWB 2012, 594, 595 f.; Kilian, in: Koch/Kilian (Fn. 43), B Rn. 660; Maier-Reimer, NJW 2006, 3601, 3604.

56 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 649; ders., AnWB 2009, 170, 175; Maier-Reimer, NJW 2006, 3601, 3604.

57 Deckenbrock, AnWB 2012, 594, 595.

58 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 650; ders., AnWB 2009, 170, 176. § 3 Abs. 2 BORA a. F. lautete: „Das Verbot gilt auch, wenn ein anderer Rechtsanwalt oder Angehöriger eines anderen Berufes im Sinne des § 59 a Bundesrechtsanwaltsordnung, mit dem der Rechtsanwalt in Sozietät, zur gemeinschaftlichen Berufsausübung in sonstiger Weise (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) oder in Bürogemeinschaft verbunden ist oder war, in derselben Rechtssache, gleich in welcher Funktion, im widerstreitenden Interesse berät, vertritt, bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise beruflich befasst ist oder war.“

59 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 651; ders., AnWB 2009, 170, 176.

60 AGH München, NJW 2012, 2596, 2597 f. = AnWB 2012, 655, 657 m. zust. Anm. Deckenbrock, AnWB 2012, 594 ff.; Kleine-Cosack, NJW 2013, 272, 273; die Entscheidung ablehnend dagegen Offermann-Burckart, NJW 2012, 2553 ff.

61 Vgl. bereits BVerfGE 108, 150, 165 = NJW 2003, 2520, 2522 = AnWB 2003, 521, 524.

62 AGH München, NJW 2012, 2596, 2597 f. = AnWB 2012, 655, 657 f.

## VII. Verhältnis von § 43 a Abs. 4 BRAO zu § 45 BRAO

### 1. Einführung in die Problematik

Der letzte Problemschwerpunkt ist einer weiteren offenen Baustelle des anwaltlichen Berufsrechts gewidmet, dem nicht ausreichend geklärten Verhältnis von § 43 a Abs. 4 BRAO zu § 45 BRAO. Auf den ersten Blick scheint es sich bei den beiden Normen, die jeweils ein Tätigkeitsverbot begründen, um ein sorgfältig durchdachtes, lückenlos ineinander greifendes und miteinander verzahntes Gesamtsystem zu handeln, mit dem der Gesetzgeber für jede nur denkbare Konstellation den notwendigen Schutz der Mandanten und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sicherstellt. Während die Regelung in § 43 a Abs. 4 BRAO den Fall erfasst, dass ein Anwalt in seiner anwaltlichen Funktion für zwei verschiedene Mandanten im widerstreitenden Interesse tätig wird, nimmt sich die Vorschrift des § 45 BRAO der Fälle eines Funktions- oder Rollenwechsels in derselben Rechtsache an.

§ 45 BRAO knüpft abweichend von § 43 a Abs. 4 BRAO nicht an eine gleichzeitige oder vorherige anwaltliche Tätigkeit an, sondern regelt mögliche Konflikte mit einer zweitberuflichen bzw. sonstigen Tätigkeit des Anwalts.<sup>63</sup> Aus dem Katalog des § 45 BRAO seien beispielhaft die Tätigkeit als Richter (Nr. 1), als Notar (Nr. 2) und als Insolvenzverwalter (Nr. 3) genannt. Nr. 4 sieht im Sinne eines Auffangtatbestands ein Tätigkeitsverbot generell dann vor, wenn der Anwalt in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit bereits beruflich tätig war.

Warum kommt es trotz dieses an sich ja einleuchtenden Grundkonzepts in der Praxis immer wieder zu Problemen? Schaut man sich die beiden Normen des § 43 a Abs. 4 BRAO und des § 45 BRAO näher an, stellt man fest, dass sie eben doch nicht passgenau nebeneinander stehen. Vielmehr ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zur BRAO-Novelle des Jahres 1994 die Stimmigkeit der Regelung verloren gegangen. Der Verfasser dieses Beitrags, der das damalige Gesetzgebungsvorhaben unter anderem als Sachverständiger im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages begleitet hat,<sup>64</sup> kann sich noch gut an die intensiven Diskussionen erinnern, die auf zahlreichen Veranstaltungen der Universität zu Köln und der anwaltlichen Berufsverbände mit Vertretern der Anwaltschaft und des Bundesjustizministeriums über die sachgerechte Gestaltung des § 45 BRAO geführt wurden. Der heute zu beobachtende Fallreichtum war seinerzeit nicht absehbar.<sup>65</sup>

### 2. Der Verzicht auf das Erfordernis eines Interessenkonflikts

Anwendungsprobleme ergeben sich zunächst aus dem Umstand, dass § 45 BRAO anders als § 43 a Abs. 4 BRAO das Merkmal der Interessenkollision nicht kennt. Einem Anwalt, der zweitberuflich als Justiziar eines Mietervereins tätig ist und in dieser Funktion ein Vereinsmitglied mietrechtlich berät, ist es daher nicht nur verwehrt, die Gegenseite, also den Vermieter, in dieser Angelegenheit zu vertreten. Er darf trotz gleichgerichteter Interessen nach dem Wortlaut der Norm nicht einmal das Mitglied selbst anschließend anwaltlich beraten und vertreten.<sup>66</sup> Entsprechendes gilt für Vortätigkeiten als Vermögens- und Hausverwalter sowie als Unternehmensberater.<sup>67</sup>

Die weite Fassung des Tätigkeitsverbots unter Verzicht auf das Erfordernis einer Interessenkollision wurde schon im Rahmen des damaligen Gesetzgebungsverfahrens (BRAO-Novelle 1994) kritisiert. Als Folge dieser Kritik fügte der Rechtsausschuss in § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO eine Ergänzung ein, nach der das Tätigkeitsverbot nicht (mehr) greift, wenn der der Vorbefassung zugrunde liegende Auftrag bereits beendet ist. Die Einschränkung sollte es dem Anwalt, der als juristischer Mitarbeiter eines Unternehmens – oder im Beispiel als Justiziar eines Mieterbundes – ausgeschieden ist, ermöglichen, die zuvor in abhängiger Stellung bearbeiteten Fälle anwaltlich weiterzuführen.<sup>68</sup> In der Tat ist diese zeitliche Begrenzung des Tätigkeitsverbots unbedenklich, solange der Anwalt eine zuvor zweitberuflich bearbeitete Tätigkeit in anwaltlicher Funktion gleichgerichtet fortsetzt. Die Gesetzesbegründung legt es nahe, dass genau diese Fallgruppe durch § 45 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 BRAO erfasst werden sollte.

Der Wortlaut der Norm ermöglicht es dem Anwalt freilich auch, nach Beendigung einer zweitberuflichen Tätigkeit gegen den früheren Arbeit- oder Auftraggeber oder im Fall des Mieterbundes gegen den Mieter, und damit im widerstreitenden Interesse, ein Mandat anzunehmen.<sup>69</sup> Die Regelung ist rechtspolitisch gesehen unbefriedigend. Der Wortlaut der Norm ist allerdings eindeutig und damit bindend, gelten doch im Berufsrecht – ähnlich wie im Strafrecht – aus verfassungsrechtlichen Gründen das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot.<sup>70</sup> Auch die Satzungsnorm des § 3 BORA vermag dieses Defizit nicht auszugleichen.<sup>71</sup>

### 3. Sozietätsweite Erstreckung

Eine weitere Besonderheit der Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO ist die in Absatz 3 verankerte Sozietätsklausel. Nach ihr gilt das Verbot „auch für die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen oder verbunden gewesenen Rechtsanwälte und Angehörigen anderer Berufe und auch insoweit einer von diesen im Sinne der Absätze 1 und 2 befaßt war“. Für das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen fehlt es dagegen in § 43 a Abs. 4 BRAO an einer entsprechenden Erstreckung. Insoweit hilft nur die von der

63 Siehe etwa Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 43a Rn. 196; Kilian, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 45 Rn. 1; Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 255 ff.; ders., AnwBl 2009, 16, 17 sowie (zu § 356 StGB) BGHSt 13, 231, 232 = NJW 1959, 2028, 2029; BGHSt 20, 41, 42 = NJW 1964, 2428, 2429; BGHSt 24, 191, 192 = NJW 1971, 1663, 1664; Gillmeister, in: LK/StGB, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 356 Rn. 36. Nach der etwa von Böhnlein, in: Feuerich/Weyland (Fn. 21), § 43a Rn. 56; Kleine-Cosack (Fn. 47), § 43a Rn. 100; Offermann-Burckart, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein (Fn. 54), § 13 Rn. 14; dies., AnwBl 2011, 809, 815 vertretenen Gegenauffassung soll § 43a Abs. 4 BRAO auch bei fehlender anwaltlicher Vorbefassung als Auffangtatbestand (für Fälle, in denen ein tatsächlicher Interessenkonflikt vorliegt) anwendbar sein.

64 BT-Drucks. 12/7656, S. 46.

65 Ein schon seinerzeit bekanntes, aber leider nicht gelöstes Sonderproblem betrifft den Referendar, mit dem sich der Verfasser dieses Aufsatzes in einem demnächst erscheinenden, gesonderten Beitrag befassen wird.

66 Siehe aber BVerfG NJW 2002, 503 f. = AnwBl 2002, 182 f., wonach bei verfassungskonformer Auslegung des Begriffs „ständiges Dienst- oder ähnliches Beschäftigungsverhältnis“ in § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO nur eine solche Vertragsbeziehung umschrieben sei, bei der die Gefahr einer Interessenkollision bestehen könne.

67 Vgl. Kilian, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 45 Rn. 34. Siehe auch die Fälle AGH München, BRAK-Mitt. 2003, 182 (Buchhaltungsarbeiten) sowie (mit nicht überzeugender Begründung) AnwG Freiburg, NZM 2006, 447 (Geschäftsführer einer Wohnungseigentumsverwaltungsgesellschaft).

68 BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

69 Küttemann, Interessenkollision des Anwalts, 2002, S. 156.

70 Siehe dazu die Nachweise bei Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 459 ff.

71 Siehe dazu Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 3 BORA Rn. 3 ff.



Satzungsversammlung der BRAK verabschiedete Sozietätsklausel in § 3 Abs. 2, Abs. 3 BORA weiter.

Vergleicht man § 45 Abs. 3 BRAO und § 3 Abs. 2 BORA, fällt auf, dass nur die letztere Regelung die Zustimmung der betroffenen Parteien für erheblich erklärt. § 45 Abs. 3 BRAO scheint dagegen pauschal alle Sachverhalte gemeinschaftlicher Berufsausübung zu erfassen: Wechselt etwa ein Anwalt, der in einer Angelegenheit zuvor schiedsrichterlich tätig war, in die Sozietät, die eine der Parteien vertritt, so greift nach dem Wortlaut des § 45 Abs. 3 BRAO eine Niederlegungspflicht selbst dann, wenn beide Parteien des Schiedsverfahrens mit der Mandatsfortführung einverstanden sind. Dieser Widerspruch gewinnt an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, dass § 3 BORA die Tätigkeitsverbote nach § 43a Abs. 4 BRAO und § 45 BRAO gleichermaßen erfasst, die liberalere Regelung des § 3 Abs. 2 BORA also die Fälle des § 45 BRAO ausdrücklich einbezieht. Was also soll gelten, § 3 Abs. 2 BORA oder § 45 Abs. 3 BRAO?

Bei der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses muss bedacht werden, dass die 2006 erfolgte Neuregelung des § 3 Abs. 2 BORA auf die berühmte Sozietätswechslerscheidung des BVerfG zurückgeht, also jünger als die Vorschrift § 45 Abs. 3 BRAO ist. In ihr hatte der Senat die Vorgängerregelung des § 3 Abs. 2 BORA a. F., der genauso wie § 45 Abs. 3 BRAO (zuletzt geändert 1994 im Rahmen der BRAO-Novelle) keinen Raum für eine Einzelabwägung ließ, als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und für nichtig erklärt. Insofern hob das BVerfG hervor, dass § 3 Abs. 2 BORA a. F. die Nachteile für die aufnehmende Sozietät nicht auf das zum Schutz von Gemeinwohlinteressen erforderliche Minimum beschränke. Die Vorschrift enthalte keine Regeln, die eine Prüfung im Einzelfall ermöglichen, ob Sicherungen zur Wahrung des Vertrauens in die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht bestünden.<sup>72</sup> Diese Argumentation lässt sich eins zu eins auf die von § 45 Abs. 3 BRAO erfassten Sachverhalte übertragen: Hat die „Gegenpartei“ insoweit ihre Einwilligung erteilt und ist die Gefahr eines Wissensflusses in der Sozietät unterbunden, kann auch hier ein Tätigkeitsverbot nicht allein auf den Umstand gestützt werden, dass ein mit ihm in einer überörtlichen Sozietät verbundener Anwalt einmal in derselben Angelegenheit in einer anderen Funktion tätig war.<sup>73</sup>

Diese verfassungsrechtliche Ausgangslage verbietet es, den Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 2 S. 2 BORA („Zustimmung der betroffenen Mandanten“), wie von Teilen der Literatur vorgeschlagen, für nicht einschlägig zu erklären, weil „mit einer Satzungsregelung die zwingende gesetzliche Erstreckung der Tätigkeitsverbote auf Berufsausübungsgemeinschaften nicht durchbrochen werden“ könne.<sup>74</sup> Vielmehr bedarf die ihrem Wortlaut nach umfassende Sozietäts-

klausel des § 45 Abs. 3 BRAO einer restriktiven verfassungskonformen Auslegung.<sup>75</sup> § 3 Abs. 2 BORA enthält danach keine rechtswidrige Einschränkung der übergeordneten parlamentsgesetzlichen Regelung, sondern kodifiziert lediglich jene Einschränkungen, die bei verfassungskonformer Auslegung bereits in § 45 BRAO – ebenso wie in § 43a Abs. 4 BRAO – hineinzulesen sind.<sup>76</sup>

## VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Für die Anwaltschaft bieten die offenen Fragen rund um das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit ein erhebliches Gefahrenpotenzial. Es ist daher außerordentlich unbefriedigend, dass die Rechtsprechung nicht nur keine Anstrengungen für mehr Rechtsklarheit unternimmt, sondern im Gegenteil durch unnötige Kurswechsel und das Ausblenden der eigenen Judikatur die Rechtsunsicherheit zusätzlich schürt. Nahezu 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. Der Verfasser dieses Beitrags plädiert bekanntlich für die Aufstellung und Einhaltung strenger berufsethischer Regeln.<sup>77</sup> Das bedeutet aber gerade nicht, dass der Anwalt in allen diesen Grenzfällen nach dem berufsrechtlichen Vorsichtsprinzip die Mandatsbearbeitung ablehnen sollte.

Das Eingehen auf einvernehmliche Wünsche der Mandanten ist grundsätzlich kein unethisches Verhalten. Die vom BGH entschiedenen Fälle bieten anschauliche Beispiele. In den geschilderten Grenzfällen geht es häufig nicht darum, auf einer Gratwanderung zwischen einem ethischen Verhalten und einer zu missbilligenden Berufsausübung das ethische Minimum auszuloten und bis an die Grenze des ethisch gerade noch vertretbaren zu gehen. Es geht vielmehr darum, trotz unklarer Vorgaben des Gesetzgebers und der Rechtsprechung einen klaren Kurs zu finden, der den Interessen der Mandanten und den legitimen Eigeninteressen an einer erfolgreichen Berufsausübung Rechnung trägt. In der Praxis lässt sich beobachten, dass die Unsicherheit über die Reichweite des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen benutzt wird, um missliebige und für ihre Mandanten sehr erfolgreiche Rechtsanwälte aus einem Mandat oder einer zweiberuflichen Tätigkeit „herauszudrängen“. Teilweise handelt es sich um schlichte Nebelkerzen, mit denen lediglich Druck auf die Gegenseite ausgeübt werden soll.<sup>78</sup> Diesem Missbrauch gilt es gegenzusteuern. Die Anwaltschaft darf sich bei der Verwirklichung dieses berechtigten Anliegens der Unterstützung durch das Kölner Institut für Anwaltsrecht sicher sein.

72 BVerfGE 108, 150, 166 = NJW 2003, 2520, 2522 = AnwBl 2003, 521, 525.

73 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 639; ders., in: Henssler/Streck (Fn. 53), M Rn. 150; ders., AnwBl 2009, 16, 19.

74 Bormann, in: Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 54), § 45 BRAO Rn. 46; siehe auch Hartung, in: Hartung (Fn. 54), § 3 BORA Rn. 112; von Lewinski, in: Dombek/Ottersbach/Schulze zur Wiesche (Fn. 54), § 4 Rn. 99.

75 Anmerkung: Diese ist methodologisch unbedenklich. Es ist auch im Berufsrecht (vgl. z. B. die Verschwiegenheitspflicht), wie generell in unserer Rechtsordnung, nichts Ungewöhnliches, dass eine Norm keine explizite Aussage zu ihrer Dispositivität trifft. Diese Frage ist vielmehr stets im Einzelfall unter Berücksichtigung des Normzwecks und natürlich unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben zu beantworten.

76 Deckenbrock (Fn. 2), Rn. 645; ders., in: Henssler/Streck (Fn. 53), M Rn. 154; ders., AnwBl 2009, 16, 21; Kleine-Cosack (Fn. 47), § 45 Rn. 46 f.; ders., AnwBl 2006, 13, 14 f.; Killian, in: Henssler/Prütting (Fn. 3), § 45 Rn. 45 b.

77 Henssler, AnwBl 2008, 721, 728, ders., AnwBl 2009, 1, 7 f.

78 Siehe bereits Henssler/Deckenbrock, NJW 2012, 3265, 3270.



**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](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).