

Bücherschau

Anwaltliche Berufspflichten

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

I. Parteiverrat

Der Parteiverrat, von *Dahs* einmal als „Hausdelikt des Rechtsanwalts“ charakterisiert, fasziniert die Wissenschaft seit mehr als 75 Jahren – nicht weniger als zwölf Monographien zu § 356 StGB sind zwischen 1930 und der Jahrtausendwende erschienen. Zuletzt war die Norm ein wenig in den Schatten ihres berufsrechtlichen Pendanten, § 43 a Abs. 4 BRAO geraten. Nun sind zwei weitere grundlegende Studien zum Parteiverrat erschienen. Beide werden die strafrechtliche Diskussion beleben, da sie die überkommenen Argumentationsmuster aufzubrechen vermögen.

1. *Joachim Kretschmer* hat die Thematik in seiner Berliner Habilitationsschrift „**Der strafrechtliche Parteiverrat**“⁴¹ aus einem, so der Untertitel der Arbeit, individualrechtlichen Verständnis beleuchtet. Er will sich erklärtermaßen von dem traditionellen Ansatz einer Annäherung über die Organstellung des Rechtsanwalts lösen und sein Konzept aus dem Blickwinkel der grundsätzlich zu wahrenen Entscheidungsautonomie des Mandanten als Prozesssubjekt entwickeln. Die Studie gliedert sich in fünf große Abschnitte: Zunächst erarbeitet *Kretschmer* den Normzweck des § 356 StGB, um die Grundlagen für die nähere Befassung mit Tatbestand, Dogmatik und Anwendungsfällen der Norm zu legen. Den eher im Berufsrecht verwurzelten Leser wird die Vielzahl der im strafrechtlichen Schrifttum vertretenen Auffassungen zum Normzweck des § 356 StGB überraschen, hat doch das BVerfG für § 43 Abs. 4 BRAO gleichberechtigt sowohl den Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses des Mandanten zum Rechtsanwalt als auch die anwaltliche Unabhängigkeit und die Interessen der Rechtspflege (Vertrauen der Bevölkerung in die Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung) als Gemeinwohlgründe i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG ausgemacht. Aus Sicht des Strafrechts stellt sich die Frage aus einem systematischen Blickwinkel, der eindeutiger Antworten verlangt: Ist § 356 StGB ein untreueähnliches Delikt oder ein Amtsdelikt? *Kretschmer* plädiert aufgrund einer Analyse der Stellung des Rechtsanwalts als Parteivertreter im Zivil- und Strafprozess, einer Würdigung der anwaltlichen Wahrheitspflicht und der Stellung als Organ der Rechtspflege für ein individualrechtliches Verständnis des § 356 StGB. Die Norm soll das Allgemeininteresse lediglich nachrangig schützen, allerdings nicht bloß reflexartig. Diese Trennlinie ermöglicht es *Kretschmer*, trotz seines individualrechtlichen Ansatzes die Einwilligung des Mandanten als nicht automatisch tatbestandsausschließend ansehen zu müssen. Die Argumentation erfolgt insgesamt mit starker Fokussierung auf Strafverteidiger und Strafverfahren. Dass für die außergerichtliche Beratung und Vertretung etwa im Zivilrecht ein individualrechtlicher Ansatz unproblematischer zu begründen ist, liegt auf der Hand. Eine ergänzende Betrachtung dieses praktisch besonders relevanten Anwendungsbereichs der Prävarikation wäre gleichwohl eine Bereicherung der Studie gewesen, die sich so gleichsam auf das Paradigma der Prävarikation konzentriert und in gewisser Weise *a maiore ad minus* argumentieren muss. Auf der Grundlage des derart gewonnenen

Normverständnisses analysiert *Kretschmer* sodann die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 356 StGB (Täterqualität, Rechtssache, Partei, Sachverhaltsidentität, Anvertrauen, pflichtwidriges Dienen). Die Ausführungen wissen aufgrund ihres Detailreichtums zu gefallen. In einem weiteren Abschnitt beleuchtet der Verfasser typische Fallkonstellationen, in denen in der anwaltlichen Berufspraxis ein Verstoß gegen § 356 StGB im Raum steht. Dieser Teil der Arbeit wird insbesondere den Praktiker ansprechen. Erörtert wird die Verteidigung mehrerer Beschuldigter, die Tätigkeit als Zeugenbeistand, die Sockelverteidigung, die Tätigkeit in der Mediation und bei einverständlicher Scheidung. Weitere behandelte Praxisprobleme sind die häufig thematisierten Fälle der Vertretung mehrerer Unfallbeteiligter, der Beratungstätigkeit im Rahmen einer Telefonhotline oder die Paralleltätigkeit in Auktionsverfahren. Auch bislang wenig beachtete Konstellationen finden Berücksichtigung, so die Tätigkeit für einen rechts- und haftpflichtversicherten Mandanten im Auftrag einer Versicherung. Ein eigenes Kapitel widmet sich schließlich der Anwendbarkeit des § 356 StGB in Sozietätsverhalten. Die entsprechenden Ausführungen verengen für die Interpretation des Tatbestandsmerkmals des Anvertrauens den Sozietätsbegriff zwar zu sehr auf die GbR und hierbei auf die überkommene Doppelverpflichtungstheorie. Für die Abgrenzung von Einzel- und Sozietätsmandat ist dies allerdings im Bereich des § 356 StGB unschädlich. *Kretschmer* wendet sich unter Hinweis auf die Systemwidrigkeit eines solchen rechtsgebietspezifischen Verständnisses gegen den verbreiteten Ansatz, dass bei der Strafverteidigung ein Anvertrauen nur auf einzelne Sozietätsmitglieder erfolge. Für den Strafverteidiger zum Problem wird dies mangels Sozietätsklausel in § 356 StGB allerdings erst bei einem pflichtwidrigen Dienen in personam. Der vierte Hauptabschnitt setzt § 356 StGB ins Verhältnis zu typischen strafrechtlichen Problemen wie der Versuchs- und Teilnahme strafbarkeit, der Rechtfertigung und dem Irrtum. Ein kürzerer abschließender Abschnitt nimmt eine kriminalpolitische Würdigung vor. Interessant ist hier der rechtstatistische Befund, dass es in den Jahren 1999 bis 2002 jährlich im Schnitt nur zu neun Verurteilungen nach § 356 StGB gekommen ist, darunter pro Jahr im Mittel zu zwei bis drei Freiheitsstrafen (zu 80 % auf Bewährung).

2. Auch die von *Hilmar Erb* in München als Dissertation vorgelegte Studie „**Die strafrechtlichen Probleme des Parteiverrats**“⁴² beschäftigt sich umfassend mit § 356 StGB. Sie steht der Arbeit *Kretschmers* in Umfang und dogmatischem Tiefgang kaum nach. Der Schwerpunkt der Untersuchung von *Erb* liegt in der Herausarbeitung des durch § 356 StGB geschützten Rechtsguts, um auf diese Weise eine sachgerechte Lösung der praxisrelevanten Problematik der Bedeutung der Einwilligung der Mandanten in die Mehrfachvertretung erarbeiten zu können. Entsprechend dieser Schwerpunktsetzung verzichtet *Erb* auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Norm oder strafrechtlichen Folgeproblemen; diese bereits von anderen umfassend aufgearbeiteten Aspekte streift der Verfasser in seiner Einleitung nur kursorisch. Eine

* Rechtsanwalt, Partner WKLP Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaftsgesellschaft am Standort Köln.

1 *Joachim Kretschmer*, Der strafrechtliche Parteiverrat (§ 356 StGB) – Eine Analyse der Norm im individualrechtlichen Verständnis, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 348 S., ISBN 3-8329-1270-3, 68,- EUR.

2 *Hilmar Erb*, Die strafrechtlichen Probleme des Parteiverrats, Band 14 der Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Verlag C.H. Beck, München 2005, ISBN 3-406-53160-1, 45,- EUR.

rechtstheoretische Fundierung erfährt die Untersuchung zunächst im recht ausführlich geratenen zweiten Kapitel, das den Rechtsgutbegriff und seine Dogmengeschichte aus strafrechtlicher Sicht umfassend aufarbeitet. Sodann unternimmt es *Erb*, vor dem Hintergrund der von ihm heftig kritisierten phrasenhaften Begründungsansätze der Rspr. einen eigenständigen Rechtsgüterbefund zum Parteiverrat zu entwickeln. Dies erfolgt unter der Prämisse, dass eine Differenzierung zwischen dem berufsrechtlichen Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und dem Delikt des Parteiverrats dringend angezeigt sei. Der Schutz des Vertrauens in die Anwaltschaft, so das Ergebnis, müsse über das ausdifferenziertere Berufsrecht erfolgen; § 356 StGB sei hierzu nicht berufen. Auch die Rechtspflege als durch § 356 StGB geschütztes Rechtsgut lehnt *Erb* ab, da bei einem solchen Ansatz nur schwer zu erklären sei, warum andere Rechtspflegeorgane bei Vorbefassung nicht ähnlich einschneidenden Sanktionen unterworfen seien. Diese Erkenntnis leitet über zu der vom Verfasser bevorzugten Lösung, dem Schutz der anwaltlichen Garantenstellung im Verhältnis zum Mandanten. Auch *Erb* kommt damit zu einer individualrechtlichen Lösung. Konsequenz und überzeugend entwickelt ist insofern das Ergebnis des sich anschließenden Kapitels, dass der Mandant grundsätzlich tatbestandsausschließend in die Mehrfachvertretung einwilligen kann.

II. Berufspflichtverletzungen

1. Der soeben thematisierte strafrechtliche Parteiverrat und sein berufsrechtlicher „Bruder“, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, stehen beispielhaft für den gesetzgeberischen Ansatz, besonders schwere Berufsrechtsverstöße auch strafrechtlich zu sanktionieren. Sie haben zugleich belegt, dass straf- und berufsrechtliche Bewertung eines anwaltlichen Verhaltens nicht notwendigerweise im Gleichschritt erfolgen. Dieses Nebeneinander von berufs- und strafrechtlicher Regulierung hat auch eine bis dato wenig erforschte verfahrensrechtliche Komponente, derer sich *Tobias Wagner* in seiner Erlanger Dissertation mit dem Titel **„Die Konkurrenz zwischen dem Strafverfahren und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren in gleicher Sache“**³ angenommen hat. *Wagner* beleuchtet zum einen die Fragen, in welcher Reihen- und Rangfolge die beiden Verfahren behandelt werden müssen und inwieweit die konkurrierenden Verfahren mit dem Grundsatz des *ne bis in idem* vereinbar sind. Zum anderen macht er sich grundlegendere Gedanken darüber, ob das Modell der einheitlichen Pflichtverletzung im anwaltsgerichtlichen Verfahren einer dogmatischen Überprüfung standhält. Die Studie ist eine anschauliche Aufarbeitung der strukturellen Probleme der Ahndung anwaltlichen Fehlverhaltens. Sie ist hierbei vor allem darstellend und systematisierend, vertieft aber an den gebotenen Stellen, z. B. bei der Definition der für den Vorrang des Strafverfahrens maßgeblichen Trennlinie „desselben Verhaltens“ i. S. d. § 118 BRAO, bei der Erörterung, inwieweit die Aussetzung des anwaltsgerichtlichen Verfahrens im Widerspruch zum „Recht auf angemessene Verfahrensdauer“ steht, das Art. 6

Abs. 1 EMRK schützt, oder bei der Analyse, inwieweit nach strafrechtlicher Sanktionierung ein positiver disziplinärer Überhang (§ 115 b BRAO) verbleiben kann. Erfreulich, dass sich eine wissenschaftliche Arbeit dieser wenig beachteten Thematik gewidmet hat.

2. Die im Aprilheft des Anwaltsblatts vom Rezensenten besprochene Entscheidung des OLG Köln zu einer Verfolgung behaupteter Verstöße gegen §§ 43 a Abs. 2, 49 b Abs. 4 BRAO im wettbewerbsrechtlichen Verfahren hat das von *Sten Frenzel* in seiner Kölner, von *Grunewald* betreuten Dissertation **„Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße“**⁴ behandelte Thema aktuell veranschaulicht. Die UWG-Novelle ist für die Verfolgung berufsrechtlicher Verstöße durch die Rechtsanwaltskammern nicht ohne Konsequenzen geblieben. Es zeichnet sich in den seit 2004 ergangenen Entscheidungen ein deutlicher Trend ab, dass das Wettbewerbsrecht nur noch seltener als in der Vergangenheit berufen sein wird, Berufsrechtsverletzungen zu ahnden. Hintergrund sind die im Vergleich zur Generalklausel des § 1 UWG a. F. engeren Anwendungsvoraussetzungen der nunmehr in § 4 Nr. 11 UWG n. F. kodifizierten Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch. Die Rspr. stellt bei Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG stärker als unter Geltung des § 1 UWG a. F. auf den Schutzzweck der jeweils verletzen Norm des Berufsrechts ab, indem sie verlangt, dass die fragliche Norm zumindest auch dazu bestimmt sein muss, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten des Rechtsanwalts zu regeln. *Frenzel* zeichnet im ersten Teil seiner Arbeit die entsprechende Entwicklung zum neuen Verständnis des Rechtsbruchtatbestands durch die UWG-Novelle sorgfältig und kenntnisreich nach. Auf besonderes Interesse wird die im zweiten Teil der Studie vorgenommene Überprüfung verschiedenster Normen des Berufsrechts auf die Intendierung der Regelung des Marktverhaltens der Normadressaten sein. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat bislang erst einige wenige berufsrechtliche Normen am Maßstab des § 4 Nr. 11 UWG n. F. gemessen, so dass die anschauliche Überprüfung von weit mehr als 100 Normen der BRAO, BORA und des RVG durch *Frenzel* willkommene Hilfestellung ist. Dass man in dem ein oder anderen Einzelfall unterschiedlicher, vielleicht etwas „konservativerer“ Auffassung sein wird, liegt in der Natur der Sache. Die Arbeit ist, so weiß der Rezensent zu berichten, bereits in wettbewerbsrechtlichen Verfahren rezeptiert worden, ein Beleg dafür, dass *Frenzel* mit seinem Werk „zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort“ der wissenschaftlichen Diskussion ist.

Abschließend ein Hinweis: Bei der Vorstellung der Festschrift für Felix Busse in der letzten Bücherschau sind versehentlich die unvollständigen bibliographischen Daten abgedruckt worden. Die Festschrift heißt mit korrektem Haupttitel „Rechtspolitik und Berufspolitik“.⁵



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Vorstand des Soldan-Instituts für Anwaltmanagement e.V. (Essen). Er ist erreichbar per E-Mail: kilian@anwaltsrecht.org.

³ *Tobias Wagner*: Die Konkurrenz zwischen dem Strafverfahren und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren in gleicher Sache, Duncker & Humblot, Berlin 2005, 188 S., ISBN 3-428-11664-X, 66,- EUR.

⁴ *Sten Frenzel*: Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße, Band 69 der Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Anwaltverlag, Bonn 2005, 215 S., ISBN 3-8240-5233-4, 48,50 EUR.

⁵ *Martin Henssler/Dierk Mattik/Andreas Nadler* (Hrsg.), Rechtspolitik und Berufspolitik, Felix Busse zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2005, 333 S., ISBN 3-406-54295-6, 98,- €