

Im Auftrag des  
Deutschen Anwaltvereins  
herausgegeben von den  
Rechtsanwälten:

Redaktion:  
Dr. Nicolas Lührig (Leitung)  
Dr. Peter Hamacher  
Udo Henke  
Rechtsanwälte

Felix Busse  
Dr. Michael Kleine-Cosack  
Wolfgang Schwackenberg

Jahrgang 55  
Juli 2005

Anwalts  
blatt



## Das Problem der Vertretung widerstreitender Interessen und ihre Vermeidung

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln

*Es ist Alleinstellungsmerkmal und Hemmnis zugleich: Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zeichnet den Anwalt aus. Doch wie weit reicht das Verbot? Im Mai-Heft des Anwaltsblatts (AnwBl 2005, 312) beschäftigte sich Rechtsanwältin Dr. Susanne Offermann-Burkart mit den Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG zur Aufhebung von § 3 Abs. 2 BRAO (AnwBl 2003, 521) und der aktuellen Diskussion in der Satzungsversammlung der deutschen Anwaltschaft. Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack erläuterte im gleichen Heft (AnwBl 2005, 338) das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zu möglichen Interessenkollisionen bei Mehrfachvertretungen (AnwBl 2005, 362). Die Autorin, geschäftsführende Direktorin des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität Köln, fasst die aktuelle Diskussion zusammen. Sie plädiert für eine Erstreckung von § 43 a Abs. 4 BRAO auf die gesamte Sozietät.*

### I. Einleitung

Mit der Problematik der Vertretung widerstreitender Interessen befassen sich zwei unterschiedliche Normen, nämlich § 356 StGB (der sog. Parteiverrat) und § 43 a Abs. 4 BRAO, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Wie sich zeigen wird, entsprechen sich die Tatbestände der beiden Normen weitgehend.

### II. § 356 StGB

Nach § 356 StGB macht sich ein Rechtsanwalt, der bei den ihm in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertrauten Angelegenheiten beiden Parteien in derselben Rechtssache pflichtwidrig dient, strafbar.

#### 1. Geschütztes Rechtsgut

Lange Zeit war man der Ansicht, geschütztes Rechtsgut dieser Norm sei die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant. Hiervon ist man mittlerweile aber abgerückt. Zum einen deutet die – etwa im Vergleich zur Untreue – hohe Mindeststrafe von 3 Monaten darauf

hin, dass es um mehr als die Mandatsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Klient gehen muss. Zum anderen besteht auch keine Veranlassung, gerade die Beziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant, nicht aber beispielsweise die Beziehung zwischen Arzt und Patient, strafrechtlich zu schützen.

Mittlerweile geht man vielmehr davon aus, dass § 356 StGB in erster Linie ein Allgemeingut schützt, das mit dem Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Integrität der Rechtsanwaltschaft<sup>1</sup> oder auch mit dem Vertrauen in die Integrität der Rechtspflege bezeichnet wird<sup>2</sup>. Beide Formulierungen machen deutlich, dass es um die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege geht, zu der eine gradlinige Anwaltschaft einen maßgeblichen Beitrag leistet<sup>3</sup>. Dies führt dazu, dass der Mandant nur – aber immerhin – mittelbar geschützt wird<sup>4</sup>.

#### 2. Dieselbe Rechtssache

##### a) Die Rechtssache

§ 356 StGB setzt ein Tätigwerden in derselben Rechtssache, also in einer Rechtssache, voraus. Der Begriff der Rechtssache ist ersichtlich denkbar weit. Eine Rechtssache ist eine Angelegenheit, die nach rechtlichen Bestimmungen zu erledigen ist<sup>5</sup>. Wenn ein Rechtsanwalt in dieser Funktion von Mandanten herangezogen wird, wird er wohl stets zur Erledigung nach rechtlichen Bestimmungen und damit in einer Rechtssache beauftragt.

##### b) Dieselbe Rechtssache

Die Strafbarkeit nach § 356 StGB setzt des weiteren voraus, dass es sich um dieselbe Rechtssache handelt. Dies liegt vor, wenn der rechtlichen Angelegenheit ein einheitlicher historischer Vorgang zu Grunde liegt, wenn also der tatsächliche Gesamtkomplex der der rechtlichen Beurteilung

<sup>1</sup> Aigner, Der Tatbestandskomplex „Dieselbe Rechtssache im Straf- (§ 356 StGB) und standesrechtlichen (§ 45 Nr. 2 BRAO) Parteiverrat eine Leerformel? 1994, S. 29; Cramer in Schönke/Schröder 2001, § 356 Rdn. 1; nach Mennicke ZStW 2000, 834, 850 geht es um die äußere Funktionsbedingung der Institution Anwaltschaft.

<sup>2</sup> Kühl Strafgesetzbuch 2004, 25. Aufl., § 356 Rdn. 1.

<sup>3</sup> Schramm, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2004, S. 29 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 12, 96, 98; BGHSt 15, 332, 336; BVerfG NJW 2001, 3180, 3181; Mennicke ZStW 2000, 834, 849; nach Erb, Parteiverrat, 2005, S. 186 ist das Treueverhältnis zwischen Mandant und Anwalt vorrangig geschützt.

<sup>5</sup> Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, 1991, S. 49, 50; Schramm aaO S. 39; ähnlich BGH NSZ 1981, 479, 480.



unterliegenden Umstände einheitlich ist<sup>6</sup>. Auch eine teilweise Überschneidung des Tatbestandskomplexes<sup>7</sup> soll ausreichen. Es soll auch nicht entscheidend sein, ob der Streitstoff in verschiedenen Verfahren behandelt wird<sup>8</sup>. Es muss sich auch nicht um denselben Anspruch handeln<sup>9</sup> und es müssen auch nicht dieselben Personen beteiligt sein<sup>10</sup>. Fehlt es an der Identität der Lebenssachverhalte, so darf der Rechtsanwalt für und gegen dieselbe Partei auch dann tätig werden, wenn Informationen aus einem Mandat für das andere Mandat bedeutsam sein können. Vor der Weitergabe sensibler Informationen ist der Mandant durch die anwaltliche Schweigepflicht geschützt<sup>11</sup>.

Als einheitlicher historischer Vorgang in diesem Sinne wurden beispielsweise Pfändung und Durchsetzung einer Forderung angesehen<sup>12</sup>, das durch die Ehe begründete Lebensverhältnis<sup>13</sup>, die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft<sup>14</sup>, die Steuerberatung eines Mandanten und seine Ehescheidung<sup>15</sup>, die Zahlungen eines Schuldners<sup>16</sup>, ein Verkehrsunfall<sup>17</sup>, die Begründung eines Hausverwaltungs- und Mietverhältnisses und der zwei Jahre später ausgebrochene Streit über die Wirksamkeit der Verträge<sup>18</sup>, die Behandlung eines Pachtvertrages im Rahmen einer Ehescheidung und gegenüber dem Eigentümer 2 Monate später<sup>19</sup> und tätliche Angriffe des Ehemanns gegen seine Ehefrau<sup>20</sup>. Verneint wurde die Identität des Sachverhalts bei der Abwehr von Ansprüchen eines Dritten wegen Verletzung eines Künstlervertrages – wobei der Rechtsanwalt beide Vertragspartner gegen den Dritten gemeinsam vertreten hatte – und anschließender Vertretung eines Vertragspartners gegen den anderen<sup>21</sup> und auch zwischen Tätigkeiten im Insolvenzverfahren auf Vorschlag einer Bank und Vertretung eines anderen Schuldners gegenüber eben dieser Bank<sup>22</sup>.

Die Beispiele mögen überzeugend entschieden sein, in der Praxis ändert dies aber nichts daran, dass oft nur schwer gesagt werden kann, was dieselbe Rechtssache ist. Wenn ein Rechtsanwalt die Richtigkeit einer Bilanz prüft, gehören dann zu dieser Rechtssache auch die gesamten in der Bilanz abgebildeten historischen Sachverhalte? Ober gehört zu einer Gesellschaftsgründung mit Einbringung eines lebenden Unternehmens auch die Vorgeschichte des Unternehmens, vielleicht jedenfalls dann, wenn das Unternehmen bei der Gründung bewertet werden soll? Ist ein Gesellschaftsverhältnis, das sich über Jahrzehnte erstreckt, stets dieselbe Rechtssache?

Die Vorgeschichte eines Vorgangs zählt nicht stets zu dem jetzt zur Debatte stehenden historischen Ereignis und ist daher auch nicht automatisch dieselbe Rechtssache. Zur Bilanzprüfung gehören demgemäß nicht die in der Bilanz abgebildeten, regelmäßig viele Jahre zurückliegenden Vorgänge, und ein Gesellschaftsverhältnis ist zwar ein einheitliches Rechtsverhältnis, besteht aber aus mehreren historischen Vorgängen. Wer also vor Jahr und Tag einen Gesellschafter bei der Gründung beraten hat, kann später einem anderen Gesellschafter bei der Erhebung einer Auflösungsklage zur Seite stehen. Denn das sind zwei gesonderte historische Vorgänge.

Diese Ergebnisse beruhen darauf, dass das durch § 356 StGB geschützte Rechtsgut nicht die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts ist – um die geht es in § 203 StGB. Daher kann allein die Tatsache, dass Informationen aus früheren Beratungen jetzt relevant werden können, nicht dazu führen, dass zwei historische Vorgänge zu ein und derselben Rechtssache werden. Auch ist gerade bei Strafnormen eine wortlautgetreue Auslegung angebracht.

Zudem trägt nur eine eingeschränkte Interpretation des Begriffs „derselben Rechtssache“ der Tatsache Rechnung, dass Mandanten nicht mehr unbedingt einer Kanzlei auf ewig treu bleiben, sondern je nach Ablauf der sog. beauty contests mal die eine und mal die andere Sozietät mandantieren<sup>23</sup>. Wenn man den Begriff „dieselbe Rechtssache“ zu umfassend interpretiert, schränkt man die auch durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der Anwaltschaft zu umfassend ein.

### 3. Anvertraute Angelegenheit

§ 356 StGB setzt des Weiteren voraus, dass dieselbe Rechtssache dem Rechtsanwalt anvertraut ist. Dieses Tatbestandselement hat kaum eigenständige Bedeutung. Denn dem Rechtsanwalt ist dann etwas anvertraut, wenn er die Interessen einer bestimmten Person wahrnehmen soll, und genau das ist seine genuine Aufgabe<sup>24</sup>. Auf die Mitteilung von Geheimnissen kommt es also nicht an<sup>25</sup>.

### 4. Pflichtwidriges Dienen

Erforderlich ist des Weiteren, dass der Rechtsanwalt pflichtwidrig handelt.

6 BayOberLG NJW 1995, 606; *Cramer* in Schönke/Schröder § 356 Rdn. 12; *Henssler/Prütting/Eylmann* BRAO 2. Aufl., § 43 a Rdn. 140; *Henssler* NJW 2001, 1521, 1522; *Kleine-Cosack* BRAO 4. Aufl., § 43 a Rdn. 80; *Schramm* aaO S. 40; *Offermann-Burckart*, AnwBl. 2005, 312, 313; weitergehend wohl *Feuerich/Weyland* BRAO 6. Aufl., 43 a Rdn. 63; *Hartung/Holl* Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., § 3 Rdn. 16; und *Römermann/Hartung*, Anwaltliches Berufsrecht, 2002, § 18 Rdn. 8: Einheitliches Lebensverhältnis; enger *Käüb* NZV 2003, 121, 123, der darauf abstellt, ob die Beauftragung bereits abgerechnet wurde.

7 OLG Hamburg NJW-RR 2002, 61, 63; *Römermann* MDR 2002, 360 mahnt eine enge Auslegung an; nach *Aigner* aaO S. 200 hat der Begriff keine eigenständige Bedeutung; *Henssler/Prütting/Eylmann* aaO § 43 a Rdn. 139; *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 63.

8 BGHSt 34, 192, 193; BGH NStZ 1981, 479, 480; *Cramer* in Schönke/Schröder StGB aaO § 359 Rdn. 12; *Henssler/Prütting/Eylmann* aaO § 43 a Rdn. 140; *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 63; *Hartung/Holl* aaO § 3 Rdn. 16; *Schramm* aaO S. 41.

9 *Henssler/Prütting/Eylmann* aaO § 43 a Rdn. 140.

10 *Henssler/Prütting/Eylmann* aaO § 43 a Rdn. 140; *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 63; *Römermann/Hartung* aaO § 18 Rdn. 8.

11 OLG Hamburg NJW-RR 2002, 161; *Kilian* WM 2000, 1366, 1367; *Kleine-Cosack* aaO § 43 a Rdn. 101.

12 Dies hatte zur Folge, dass der Rechtsanwalt, der den Drittschuldner im Prozess gegen den Schuldner vertreten hatte, nicht den Pfändungsgläubiger vertreten durfte: BayOLG NJW 1959, 2224; bzw. dass der Rechtsanwalt, der den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erwirkte, den Drittschuldner nicht gegenüber dem Gläubiger vertreten durfte: BGH AnwBl. 1966, 397.

13 BGHSt 17, 305; BayOLG NJW 1981, 832; OLG Karlsruhe NJW 2001, 3197; OLG Karlsruhe NJW 2002, 3561; enger BGHSt 18, 192, 193.

14 BayOLG NJW 1989, 2903.

15 BayEGH BRAK-Mitt. 1981, 43, m. E. zu weitgehend.

16 Dies hatte zur Folge, dass ein RA diese nicht für zwei Gläubiger verlangen kann: BGH NStZ 1981, 479, 480.

17 Dies hatte zur Folge, dass ein RA, der nach dem Unfall den Fahrer verteidigt, nicht den Geschädigten gegenüber dem Versicherer vertreten darf: BayOLG NJW 1995, 606; *Bauer* NJW 1970, 1030; *Schramm* aaO S. 42; ablehnend auf Grund eines fehlenden Interessengegensatzes mit guten Gründen von Bühren, Kölner Kammer Report 2004, 172, 173; bzw. dass ein RA nicht einen Haftpflichtversicherer, der beide Seiten versichert, bei Klage und Widerklage vertreten kann: BGH NJW 1991, 1176.

18 BGH NJW 1999, 3568; ähnlich BGHSt 12, 96.

19 BGHSt 34, 190.

20 Dies hatte zur Folge, dass ein RA, der einen darauf gestützten Räumungsanspruch des Vermieters gegen das Ehepaar abgewehrt hatte, nicht später die Ehefrau gegen den Mann im Scheidungsverfahren vertreten wurde; BGHSt 18, 192, 187.

21 OLG Hamburg NJW-RR 2002, 61.

22 OLG München NJW 1997, 1313.

23 Siehe den Hinweis bei *Lousanoff* ZZZP 115 (2002) 357, 378.

24 Zu der Problematik von Zweittätigkeiten von Rechtsanwälten als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater; *Knöfel* NJW 2005, 6.

25 *Schramm* aaO S. 37.



Das Handeln des Rechtsanwalts ist pflichtwidrig, wenn er nunmehr im entgegengesetzten Interesse handelt<sup>26</sup>. Allein die Tatsache, dass ein Rechtsanwalt den Gegner eines früheren Prozesses vertritt, führt nicht zu einem pflichtwidrigen Handeln<sup>27</sup>.

#### a) Einverständnis der Mandanten

Um die Feststellung dieses Interessengegensatzes geht es in zwei höchstrichterlichen Entscheidungen der letzten Jahre. In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>28</sup> hatte ein Rechtsanwalt die Sozietät gewechselt. Die Kammer hatte die aufnehmende Sozietät zur Niederlegung der Mandate aufgefordert, auf deren Gegenseite die Sozietät stand, die der Wechsler verlassen hatte. Der Wechsler hatte die Mandate in der abgebenden Sozietät nicht bearbeitet und es war durch interne Absprachen in der aufnehmenden Sozietät sichergestellt worden, dass er sie auch dort nicht bearbeiten würde. Die Mandanten waren mit der Fortführung der Mandate einverstanden. Die Anordnung der Kammer wurde vom BGH bestätigt, vom BVerfG aber aufgehoben. Obwohl die Entscheidung zu § 43 a Abs. 4 BRAO ergangen ist, kann aus ihr auch auf die Interpretation von § 356 StGB geschlossen werden. Denn was berufsrechtlich akzeptabel ist, kann kaum strafrechtlich relevant sein.

In der Entscheidung wird betont, dass, wenn die von dem Sozietätwechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen Rechtsanwälten nicht als gestört ansehen und mit der Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden sind, der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten nicht als Gemeinwohlgründe für ein Verbot angeführt werden könnten. Daher sei ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts in diesem Fall nicht zu rechtfertigen. Weiter heißt es: Die Definition, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, dürfe nicht abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten ohne Rücksicht auf die konkrete Sichtweise der hiervon betroffenen Mandanten vorgenommen werden. Vielmehr komme die Einschätzung, ob eine Rechtsbeeinträchtigung konkret drohe, in erster Linie den Mandanten zu, die deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren seien. Daneben liege es in der gesetzgeleiteten verantwortlichen Entscheidung des betroffenen Rechtsanwaltes, ob die Konfliktsituation oder doch jedenfalls das Ziel der Vermeidung zukünftiger Störungen des Vertrauensverhältnisses eine Mandatsniederlegung gebiete.

Daraus folgt, dass in erster Linie die Mandanten selbst bestimmen, ob sie ihre Interesse als gewahrt ansehen oder nicht<sup>29</sup>. Zugleich wird dem Rechtsanwalt die Pflicht zur umfassenden Information des Mandanten über die möglichen Konflikte auferlegt<sup>30</sup>. Den Kammern fällt die Aufgabe zu, dafür Sorge zu tragen, dass die Entscheidung des Mandanten wohl informiert getroffen wird. Darüber hinaus haben sie in den Fällen einzugreifen, in denen trotz Einwilligung der Betroffenen die Vertretung nicht hingenommen werden kann. Insoweit ist an das in erster Linie durch § 356 StGB geschützte Rechtsgut – die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege – zu erinnern. Das Urteil des BVerfG sagt nicht, wann dieses Rechtsgut im Einzelnen trotz Einwilligung der Parteien ein Einschreiten der Kammern und der Staatsanwaltschaft verlangt. Diese Grenze ist überschritten, wenn der Rechtsanwalt in ein und derselben Rechtssache einander widersprechende juristische oder tatsächliche Standpunkte

vertritt<sup>31</sup>. Denn dies scheint trotz Einwilligung der Mandanten im Interesse der Außendarstellung der Anwaltschaft nicht mehr hinnehmbar.

Zugleich wird so eine klare Grenzziehung erreicht, was jedenfalls für die Zeit vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht gesagt werden kann. Es wurde immer wieder von einer subjektiven Bestimmung der Mandanteninteressen gesprochen, die aber objektiv zu gewichten seien<sup>32</sup>, oder von der wirklichen Interessenlage, die aber ihrerseits vom Willen der Mandanten gestaltet werde<sup>33</sup>. Diese Mischung objektiver und subjektiver Kriterien ist nicht handhabbar, da unklar bleibt, welcher Aspekt jeweils maßgeblich ist.

Auf der hier vertretenen Linie liegt auch eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes aus jüngster Zeit<sup>34</sup>. Ein Rechtsanwalt verlangte Erstattung seiner Kosten von einem Arbeitgeber. Der Anwalt hatte den Betriebsrat und zugleich das Betriebsratsmitglied S in einem Beschlussverfahren nach § 103 BetrVerfG vertreten, also in einem Verfahren, in dem es um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung eben dieses Betriebsratsmitglieds ging. Der Arbeitgeber lehnte die Kostenübernahme ab, da der Rechtsanwalt widerstreitende Interessen vertreten habe.

Das Bundesarbeitsgericht folgt dieser Sichtweise nicht. Das Verfahren werde – so heißt es in der Entscheidung – vom Arbeitgeber nur deshalb eingeleitet, weil der Betriebsrat seine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung versagt habe. Mit dieser Weigerung habe dieser zu erkennen gegeben, dass er im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren ebenso wie das betroffene Betriebsratsmitglied eine gerichtliche Ersetzung verhindern wolle. Es bestehe somit für den anwaltlichen Auftrag kein Interessengegensatz, sondern Interessenidentität. Dem stehe nicht entgegen, dass im Beschlussverfahren das betroffene Betriebsratsmitglied keine kollektivrechtlichen Interessen, sondern seine persönlichen Interessen wahrnehme. Diese unterschiedliche Motivation begründe keine widerstreitenden Interessen.

Dem ist zuzustimmen. Sollten später Interessengegensätze zu Tage treten, muss der Rechtsanwalt darauf hinweisen. Sofern die Parteien dann gleichwohl von ihm weiter vertreten werden wollen, kann er dies tun. Duldet nur eine Partei dies nicht, muss er das Mandat niederlegen. Gleiches gilt für die einverständliche Ehescheidung. Mit dem OLG Karlsruhe<sup>35</sup> ist davon auszugehen, dass, solange beide Parteien nach entsprechendem Hinweis dies wünschen, ein Anwalt beide Partner beraten und sodann für einen Klage erheben kann.

Aus demselben Grunde kann ein Anwalt nach entsprechendem Hinweis auch Mutter und Kinder gegen den Vater

26 BGHSt 34, 190, 192; BGH NStZ 1981, 479, 480; BayOLG NJW 1981, 832; *Kühl* aaO § 356 Rdn. 3.

27 *Hensler/Prütting/Eylmann* aaO § 43 a Rdn. 141; *Römermann/Hartung* aaO § 18 Rdn. 2; *Schramm* aaO S. 45.

28 NJW 2003, 2520.

29 *Erb* NJW 2003, 730, 732; *ders.* aaO (Fn. 3) S. 210; *Grunewald/Frenzel* AnwBl. 2003, 656; *Kleine-Cosack* AnwBl. 2005, 338, 339; *Mennicke* ZStW 2000, 834, 859 ff.; *Römermann* MDR 2003, 1083, 1084 zurückhaltend *Deckenbrock* BB 2002, 2453, 2460; *Höfle* ZfS 2002, 413, 414; *Kühl* aaO § 356 Rdn. 6; *Schlosser* NJW 2002, 1376, 1378.

30 *Erb* aaO S. 220.

31 *Grunewald/Frenzel* AnwBl 2003, 656; nach *Erb* aaO S. 212 ist die Einwilligung unbeachtlich, wenn sich „schlicht nicht nachvollziehbar“ ist. Hierzu zählt er auch die gleichzeitige Vertretung mit einander nicht vertretbaren Standpunkte (S. 225); nach *Mennicke* ZStW 2000, 834, 859 ff besteht keine Grenze.

32 Etwa *Schramm* DStR 2003, 1316; 1318; ähnlich auch *Offermann-Burckart* AnwBl 2005 312, 314.

33 *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 64.

34 NJW 2005, 921; zustimmen *Kleine-Cosack* AnwBl. 2005, 338, 339.

35 NJW 2002, 3561, 3562; ablehnend *Offermann-Burckart* AnwBl 2005 312, 314.



in einer Unterhaltssache vertreten. Das Einverständnis der nicht volljährigen Kinder wird zwar im Grundsatz von beiden Elternteilen gemeinsam erteilt (§ 1629 Abs. 1 BGB). Für die Geltendmachung von Unterhalt ergeben sich aber aus dem Gesetz Spezialregelungen, aus denen sich die Wertung entnehmen lässt, dass eine gleichzeitige Geltendmachung von Eigenunterhalt und Kindesunterhalt gegenüber dem unterhaltsverpflichteten Elternteil auch ohne dessen Einverständnis möglich sein soll. So bestimmt § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB, dass entgegen der Grundregel in dem dort angesprochenen Fall (Kind in der Obhut eines Elternteils) dieser Elternteil die Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil geltend machen kann, obgleich oftmals auch eigene Unterhaltsansprüche bestehen. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers soll nicht erforderlich sein. In der Grundwertung vergleichbar ist die Regelung von § 1629 Abs. 3 BGB (Eltern leben getrennt oder eine Ehesache ist zwischen ihnen anhängig). Auch in diesem Fall kann der andere Elternteil im eigenen Namen Unterhaltsansprüche des Kindes geltend machen, obwohl auch insofern regelmäßig mit eigenen konkurrierenden Ansprüchen des Elternteils zu rechnen ist. Zudem ergibt sich aus § 1712 BGB, dass die Hinzuziehung eines Beistands bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Belieben desjenigen Elternteils stehen soll, dem die alleinige elterliche Sorge zusteht. Aus allen diesen Regelungen folgt, dass der Gesetzgeber auch für den regelmäßig gegebenen Fall, dass der entsprechende Elternteil ebenfalls eigene Unterhaltsansprüche geltend macht, diesen für allein entscheidungsbefugt in Bezug auf die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes ansieht. Wollte man gleichwohl für das entsprechende Einverständnis bei der Beauftragung eines gemeinsamen Rechtsanwalts eine Entscheidung eines Ergänzungspflegers für erforderlich halten, so würde man dieser gesetzlichen Wertung zuwider handeln.

Diese in der Praxis durchaus häufigen Fälle zeigen, dass es den Mandanten oftmals – auch aus Kostengründen – lieber ist, einen gemeinsamen Rechtsanwalt zu beauftragen. Insofern sollte man ihren Interessen, sofern nicht die Grundprinzipien der anwaltlichen Tätigkeit betroffen sind (also keine widersprüchlichen Standpunkte vertreten werden), Rechnung tragen. Eben dies ist auch der Grund dafür, warum eine Mediation durch Rechtsanwälte ebenso unproblematisch ist<sup>36</sup> wie die Erstellung eines Vertrags im Auftrag beider Parteien<sup>37</sup>. Für die Vertretung von Versicherungsnehmer und Haftpflichtversicherer im Rahmen des Direktanspruchs hat der BGH im letzten Jahr sogar entschieden, dass die Beauftragung zweier Rechtsanwälte unnötige Mehrkosten verursache, die nicht erstattungsfähig seien<sup>38</sup>.

#### b) Fehlen des Einverständnisses

Besteht ein Interessengegensatz und fehlt es an dem Einverständnis des Mandanten, ist die Vertretung im Grundsatz nicht erlaubt. Gerade bei Scheidungsverfahren treten oft überraschend doch Zwistigkeiten auf und ein früher erklärtes Einverständnis wird widerrufen. Dieser Widerruf muss – abgesehen von schikanösem Verhalten<sup>39</sup> – stets möglich bleiben<sup>40</sup>.

Bei der Bestimmung, ob bei fehlendem Einverständnis der Mandanten ein Interessengegensatz vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Denn wenn die Mandanten nicht zustimmen, will wenigstens eine der betroffenen Seiten diese Vorgehensweise nicht akzeptieren. Dann droht in der Tat ein Verlust des Ansehens der Anwaltschaft und damit zugleich eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit

der Rechtspflege. Ein Interessengegensatz liegt also vor, wenn bei objektiver Betrachtung die Rechtspositionen sich nicht gleichzeitig optimieren lassen. Dieser Interessenkonflikt muss sich aber bereits abzeichnen. Eine noch völlig ungewisse, zukünftige Entwicklung kann, bis sie konkret absehbar ist, außer Betracht bleiben<sup>41</sup>.

Ein solcher Interessengegensatz liegt bei der Vertretung mehrerer Unterhaltsgläubiger gegenüber demselben Schuldner, bei der Vertretung mehrerer Bieter in einem Auktionsverfahren und auch dann vor, wenn der Anwalt die Gegenseite im Rahmen seiner Bewerbung bei einem beauty contest bereits beraten hat<sup>42</sup>. Die Vertretung ist also unzulässig, wenn es am Einverständnis der Mandanten fehlt<sup>43</sup>. Oft heißt es zwar, die Interessen seien dann in diesen Fällen parallel und nicht entgegengesetzt<sup>44</sup>. Aber ob das so ist, sollen die Mandanten entscheiden und nicht der Rechtsanwalt. Man kann den Mandanten ein positives Votum etwa durch sog. chinese walls erleichtern. Diese walls alleine sind bei fehlendem Einverständnis der Mandanten aber nicht ausreichend<sup>45</sup>.

Schwierig wird die Rechtslage, wenn ein Mandant aus einer Gruppe von Mandanten die Seite wechselt. Man stelle sich vor, einer aus einer Gruppe von Nachbarn, die sich gemeinsam gegen eine Miteigentümergeinschaft wendet, die die Errichtung eines Freizeitparks plant, erwirbt einen Miteigentumsanteil und scheidet aus der Klägergruppe aus. Nunmehr stößt er zur Miteigentümergruppe. Kein Zweifel: „Dieselbe Rechtssache“ ist es nach wie vor und ein Interessengegensatz ist ebenfalls gegeben und einverstanden mit der Mandatsfortführung ist die Gegenseite auch nicht. Gleichwohl ist die Beratung der Klägergruppe nach wie vor zulässig und nicht pflichtwidrig. Im Gegenteil: Der Rechtsanwalt bleibt seiner Linie und seiner Mandantschaft treu. Allein der Seitenwechsel eines Mandanten kann nicht zur Folge haben, dass der gesamten Gruppe zugemutet wird, dass sie ihren Anwalt verliert. Damit zeigt sich zugleich erneut, dass die Gradlinigkeit der Anwaltschaft das Schutzgut von § 356 StGB ist. Wer seiner Ansicht treu bleibt, verstößt nicht gegen diese Norm, wenn einer seiner Mandanten die Seite wechselt. Auch das zweite durch § 356 StGB mittelbar geschützte Rechtsgut – das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt – fordert dieses Ergebnis. Es kann nicht sein, dass ein Seitenwechsel zur Folge hat, dass die Mandanten ihre fachkundige Vertretung verlieren.

36 Im Ergebnis ebenso: *Henssler/Deckenbrock* MDR 2003, 1085; *Henssler in Henssler/Koch, Mediation* § 3 Rdn. 8–11; *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 65; *Knöfel* NJW 2005, 6, 9.

37 *Schlosser* NJW 2002, 1377, 1378.

38 NJW-RR 2004, 536.

39 Denkbar etwa in Bezug auf den Widerruf des zu einem beauty contest Einladenden nach Durchführung des Bewerbungsverfahrens, dazu sogleich.

40 *Erb* aaO S. 214; insoweit a. A. OLG Karlsruhe NJW 2002, 3561, 3562, Anwalt dürfe dann gemäß der ursprünglichen Absprache eine Seite weiter beraten; wie hier *Henssler/Deckenbrock* MDR 2003, 1085, 1087.

41 Daher wäre m. E. im Fall des BAG auch dann eine gemeinsame Vertretung möglich, wenn es an dem Einverständnis fehlt.

42 A. A. *Offermann-Burckart* AnwBl 2005, 312, 313, nur das Einverständnis des Mandanten sei erforderlich, der den Wettbewerb veranstaltet.

43 Im Falle des beauty contest gibt derjenige, der den Wettbewerb veranstaltet, seine Einwilligung regelmäßig konkludent ab, dazu *Offermann-Burckart* AnwBl 2005, 312, 314.

44 Dagegen wendet sich zu Recht *Cornelius* FS Bartenbach, 2005, S. 3, 7.

45 Zurückhaltend auch *Lousanoff* ZJP 115 (2002) 357, 379; Einverständnis und chinese walls fordern *Henssler* NJW 2001, 1521, 1523 und *Schramm* DStR 2003, 1316, 1319; generell eher ablehnend *Cornelius* aaO S. 3, 8.



### III. Widerstreitende Interessen: § 43 a Abs. 4 BRAO

#### 1. Das geschützte Rechtsgut

Das durch § 43 a Abs. 4 BRAO geschützte Rechtsgut ist dasselbe wie das von § 356 StGB: Es geht um die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung und mittelbar auch um den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant<sup>46</sup>.

#### 2. Die Tatbestandselemente

##### a) Dieselbe Rechtssache

Der Wortlaut von § 43 a Abs. 4 BRAO verlangt nicht, dass die widerstreitenden Interessen im Rahmen derselben Rechtssache vertreten werden. Gleichwohl geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass dies als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal mitzulesen ist<sup>47</sup>. Man könnte auch daran denken, statt dessen jedes Verhalten als erfasst anzusehen, in dem sensible Informationen aus früheren Aufträgen relevant werden können<sup>48</sup>. De lege ferenda mag das erwägenswert sein, de lege lata steht einer solchen Interpretation § 43 a Abs. 2 BRAO entgegen. Diese Norm spricht ein uneingeschränktes Verschwiegenheitsgebot aus. Daher ist nicht davon auszugehen, dass § 43 a Abs. 4 BRAO diese Regelung in ein Vertretungsverbot ummünzt. Auch sind die Regeln der BRAO berufsrechtlich sanktioniert und daher zumindest strafrechtsähnlich zu verstehen. Somit sind sie zumindest am Wortlaut orientiert auszulegen. Man kann aber kaum unter „widerstreitende Interessen“ Verhaltensweisen subsumieren, die lediglich einen Verstoß gegen Verschwiegenheitspflichten befürchten lassen, zumal von der Systematik des Gesetzes her Abs. 2 die Verschwiegenheitspflicht umfassend regelt.

##### b) Vertretung widerstreitender Interessen

Hinzu tritt der von § 43 a Abs. 4 BRAO verlangte Interessengegensatz. Auch das entspricht § 356 StGB. Denn im Rahmen dieser Norm handelt derjenige pflichtwidrig, der entgegengesetzte Interessen vertritt. Die geschilderten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts betrafen auch § 43 a Abs. 4 BRAO.

#### 3. Sozietätsweite Erstreckung

Wirklich weitergehend<sup>49</sup> gegenüber § 356 StGB ist § 43 a Abs. 4 BRAO im Bereich der sozietätsweiten Erstreckung. Während gegen § 356 StGB (nahezu) unstreitig nur derjenige Rechtsanwalt verstößt, der selbst widerstreitende Interessen vertritt<sup>50</sup>, ist dies bei § 43 a BRAO streitig. Bekanntermaßen hat das Bundesverfassungsgericht in dem Sozietätswechslerfall<sup>51</sup> § 3 Abs. 2 BORA (sozietätsweite Erstreckung des Verbotes der Vertretung widerstreitender Interessen) für verfassungswidrig erklärt. Da aber mittlerweile die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und damit der Sozietät anerkannt ist, fragt es sich, welche Bedeutung diese Norm, selbst wenn sie fortgelten würde, heute noch haben würde. Denn Vertragspartner des Mandanten ist nahezu stets die Sozietät<sup>52</sup>. Somit lautet die Frage, richtig gestellt, ob ein Rechtsanwalt auch dann widerstreitende Interessen vertritt, wenn er ein Mandat für eine Sozietät bearbeitet, bei dem die Sozietät auch auf der Gegenseite tätig ist. Man könnte die Frage auch so stellen, ob § 43 a Abs. 4 BRAO sich auch gegen Sozietäten richtet und daher zutreffend formuliert heißen müsste: Eine Sozietät darf widerstreitende Interessen nicht vertreten. Wäre letzteres ge-

meint, wäre Adressat der Norm die Sozietät als solche, was aber mit den anwaltsgerichtlichen Maßnahmen nach § 114 BRAO nicht zusammenpasst<sup>53</sup>. Daher muss § 43 a Abs. 4 BRAO in dem zuerst genannten Sinne ausgelegt werden. Dies ist auch mit dem Wortlaut der Norm noch vereinbar, zumal in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Sozietätswechsler gesagt wird, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für die Sozietätserstreckung nicht notwendig bedeutet, dass eine entsprechende Interpretation von § 43 a Abs. 4 BRAO vor Art. 12 GG keinen Bestand haben könnte. Daher gilt meines Erachtens trotz Nichtigkeit von § 3 Abs. 2 BORA das in § 43 a Abs. 4 BRAO niedergelegte Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen sozietätsweit<sup>54</sup> und zwar, da Adressat der Norm jeder Rechtsanwalt ist, nicht nur für Sozien<sup>55</sup>.

### IV. Zusammenfassung

1. Dieselbe Rechtssache gemäß § 356 StGB und § 43 a Abs. 4 BRAO liegt vor, wenn derselbe historische Vorgang betroffen ist.

2. Ein Rechtsanwalt handelt im Grundsatz weder pflichtwidrig i. S. v. § 356 StGB noch vertritt er widerstreitende Interessen i. S. v. § 43 a Abs. 4 BRAO, wenn er die betroffenen Mandanten ordnungsgemäß informiert hat und sie sich mit einer entsprechenden Vorgehensweise einverstanden erklärt haben. In diesem Fall entfällt ein eventuell bei objektiver Betrachtung gegebener Interessengegensatz. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Rechtsanwalt in derselben Rechtssache einander widersprechende tatsächliche oder rechtliche Standpunkte vertritt.

3. Fehlt es am Einverständnis der Mandanten, so ist festzustellen, ob ein objektiver Interessengegensatz vorliegt. Dieser ist gegeben, wenn sich die unterschiedlichen Standpunkt nicht gleichzeitig optimieren lassen. Nur die Möglichkeit, dass es später zu Interessengegensätzen kommen könnte, führt nicht dazu, dass der Rechtsanwalt schon jetzt nicht tätig werden dürfte. Trotz Bestehen eines Interessengegensatzes darf ausnahmsweise ein Anwalt weiterhin für seine ursprüngliche Partei tätig werden, wenn es zu dieser Situation allein dadurch gekommen ist, dass ein Mandant einer Mandantengruppe die Seite gewechselt hat.

4. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43 a Abs. 4 BRAO gilt trotz Nichtigkeit von § 3 Abs. 2 BORA sozietätsweit.

46 BT-Drucks. 12/4993, 27; *Henssler* NJW 2001, 1521, 1522; *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 54.

47 *Feuerich/Weyland* aaO § 43 a Rdn. 62; *Kleine-Cosack* aaO § 43 a Rdn. 80.

48 In diese Richtung *Henssler* NJW 2001, 1521, 1523, aber wohl eher de lege ferenda.

49 Zu anderen Weiterungen (Fahrlässigkeit für § 43 a Abs. 4 BRAO ausreichend, Art der Vorbefassung unterschiedlich) *Erb* aaO S. 134.

50 *Henssler* NJW 2001, 1521, 1525; *Henssler/Deckenbrock* MDR 2003, 1085, 1089; *Cramer* in *Schönke/Schröder* § 356 Rdn. 9; *Schramm* aaO S. 69 ff.

51 NJW 2003, 2520.

52 *Damm* FS Raiser, 2005, S. 23, 29; *Grunewald* FS Peltzer, 2001, 129-130; *Henssler* NJW 2001, 1521, 1524; *Müller* AnwBl. 2001, 491, 492; a. A. noch BGH NJW 2001, 1572, 1573 auf *Offermann-Burckart* AnwBl. 2005, 312, 316.

53 *Grunewald* FS Peltzer 2001, aaO S. 129, 136; *Schramm* DSStR 2003, 1316, 1319.

54 Ähnlich *Müller* AnwBl. 2001, 491, 492; *Schramm* DSStR 2003, 1316, 1319; a. A. *Kleine-Cosack* AnwBl. 2005, 338, 341.

55 A. A. *Offermann-Burckart* AnwBl. 2005, 312, 316, mit der Begründung, diese und nur diese seien neben der Sozietät Vertragspartner des Mandanten, offen bleibt, was für eine Anwalts-GmbH gilt.