

# Die Vertretung widerstreitender Interessen in Sozietäten

Die Bedeutung der Einwilligungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 2 BORA

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

**Interessenkollisionen zwischen Anwälten innerhalb einer Sozietät müssen nicht zu Mandatsniederlegungen führen: Die Einwilligung der betroffenen Mandanten kann die Mandate retten. Die 2006 geschaffene Möglichkeit ist in der Praxis angekommen, auch wenn nur ein Fünftel der Sozietäten davon Gebrauch machen. Bemerkenswert: Offenbar ist nicht allen Einzelanwälten klar, dass die Einwilligung nur in Sozietätsfällen möglich ist.**

## I. Lockerung der Prävarikationsregeln für Sozietätssachverhalte

Seit Inkrafttreten der §§ 43 a Abs. 4 BRAO, 3 BORA in den Jahren 1994 bzw. 1997 hat es intensive Diskussionen über die Frage gegeben, inwieweit diese Verbote der Vertretung widerstreitender Interessen aufgrund der tatbestandlichen Anknüpfung an den „Rechtsanwalt“ grundsätzlich und – wenn ja – in verfassungskonformer Art und Weise Sozietätssachverhalte regeln. Unsicherheiten, ob über § 43 a Abs. 4 BRAO die Vertretung widerstreitender Interessen nicht durch einen Rechtsanwalt in Person, sondern durch eine Sozietät erfasst werden<sup>1</sup>, hat das BVerfG beseitigt, indem es § 43 a Abs. 4 BRAO über das Tatbestandsmerkmal des „Vertretens“ in einer Weise ausgelegt hat, die für einen Sozietätssachverhalt einen Rückgriff auf § 3 Abs. 2 BORA, der diese Problematik explizit anspricht, entbehrlich macht.<sup>2</sup> § 3 Abs. 2 BORA konkretisiert daher nach h. M. nur, was in § 43 a Abs. 4 BRAO bereits angelegt ist: Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 BORA „infiziert“ der von dem Tätigkeitsverbot des § 43 a Abs. 4 BRAO betroffene Anwalt die mit ihm verbundenen Sozien, das Tätigkeitsverbot wird also auf sie erstreckt. § 3 Abs. 2 BORA erfasst hierbei nur Sozietäten im Sinne von Berufsausübungsgesellschaften.<sup>3</sup> Die durch § 3 Abs. 2 BORA angeordnete Erstreckung der Disqualifikation auch auf Bürogemeinschaften und Kooperationen ist nach richtigem Verständnis verfassungswidrig, da Mitglieder von Bürogemeinschaften und Kooperationen zwar beruflich zusammenarbeiten, aber ihren Beruf nicht gemeinsam ausüben und deshalb auch nicht das eine Mitglied die Interessen der Mandanten des anderen Mitglieds im Sinne von § 43 a Abs. 4 BRAO vertritt. § 3 Abs. 2 BORA kann hiervon nicht abweichen.<sup>4</sup>

Für den in § 3 Abs. 2 S. 1 BORA verankerten Grundsatz eines sozietätswidrigen Tätigkeitsverbots bei widerstreitenden Interessen sieht § 3 Abs. 2 S. 2 BORA seit einer Neufassung der Vorschrift im Jahr 2006 allerdings eine Einschränkung für den Fall vor, dass ein Mandant nach umfassender Aufklärung sein Einverständnis in die Vertretung widerstreitender Inte-

ressen durch die Sozietät<sup>5</sup> erklärt.<sup>6</sup> Das Einverständnis ist nur wirksam, wenn der Mandant wahrheitsgemäß und vollständig in sachlicher und rechtlicher Hinsicht – und zugleich unter Beachtung der Verschwiegenheitspflicht in anderen Mandatsangelegenheiten seitens der Sozietät – über die Interessenkollisionslage aufgeklärt wurde, sein Einverständnis ausdrücklich erklärt hat<sup>7</sup> und Belange der Rechtspflege der Wahrnehmung konfligierender Interessen durch die Sozietät in derselben Angelegenheit nicht entgegenstehen.<sup>8</sup>

Im Rahmen des Berufsrechtsbarometers 2011 des Soldan Instituts ist die Thematik anwaltlicher Interessenkollisionen in zweifacher Hinsicht untersucht worden<sup>9</sup>: Angesichts der überaus großen Energie, die das Schrifttum seit vielen Jahren auf die Thematik verwendet<sup>10</sup>, ist zunächst geklärt worden, wie häufig die berufsrechtliche Prävarikation in der Berufspraxis die Mandatsübernahme von Kanzleien beeinflusst. Die Teilnehmer des Berufsrechtsbarometers wurden daher um Auskunft gebeten, wie häufig sie in den letzten drei Jahren wegen einer Interessenkollision im Sinne von §§ 43 a Abs. 4, 45, 46 BRAO ein Mandat niederlegen mussten (hierzu AnwBl 2012, 495 ff.). Eine weitere Frage bat in Sozietäten tätige Rechtsanwälte um Auskunft darüber, wie häufig man im selben Zeitraum von der durch § 3 Abs. 2 S. 2 BORA eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, mit Einverständnis von Mandanten in der Sozietät widerstreitende Interessen zu vertreten.

## II. Einwilligungen nach § 3 Abs. 2 BORA

In den drei der Befragung vorangegangenen Jahren sind in Sozietäten – mit Zustimmung der hiervon betroffenen, zuvor entsprechend aufgeklärten Mandanten – durchschnittlich 0,6 Mandate bearbeitet worden, obwohl dies zu einer Vertretung widerstreitender Interessen durch die Sozietät führte. 81 Prozent der Sozietätsanwälte haben in diesem Zeitraum von der Möglichkeit des § 3 Abs. 2 S. 1 BORA keimnal Gebrauch gemacht, 13 Prozent ein- oder zweimal, vier Prozent drei- bis fünfmal und drei Prozent mehr als fünfmal.

Bei einer differenzierenden Betrachtung ist auffallend, dass 13 Prozent der Einzelanwälte mitteilen, im Untersuch-

<sup>1</sup> Sie ergaben sich daraus, dass §§ 45, 46 BRAO als *leges speciales* – anders als § 43 a Abs. 4 BRAO – ausdrückliche Regelungen zur Erstreckung der Disqualifizierung des einzelnen Rechtsanwalts auf die Sozietät, in der er tätig ist, enthalten.

<sup>2</sup> BVerfGE 108, 150, 160; BVerfGK 8, 239, 241 f.

<sup>3</sup> Kilian, in: Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, Rn. B 646, so auch Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 3 BORA Rn. 13.

<sup>4</sup> Vgl. Koch/Kilian, aaO, Rn. B. 646; Deckenbrock, NJW 2008, 3529, 3531.

<sup>5</sup> Nicht möglich ist hingegen die Einwilligung der Parteien in die Vertretung widerstreitender Interessen durch einen Einzelanwalt, da die Erheblichkeit des Einverständnisses des Mandanten nur für den Fall der gemeinschaftlichen Berufsausübung in Abs. 2 S. 2 angeordnet ist, vgl. auch Henssler, aaO, § 3 BORA Rn. 15; Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 3 BORA Rn. 4; Deckenbrock, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 288; ders., AnwBl 2009, 170, 172; Schramm, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2004, S. 98; a. A. Grunewald, ZEV 2006, 386, 387.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446, 451, die der Meinung ist, die Satzungsversammlung sei bei der Neufassung des § 3 Abs. 2 BORA deutlich über das hinausgegangen, was das BVerfG fordert.

<sup>7</sup> Zu Details Henssler, aaO, § 3 BORA Rn. 15 ff.

<sup>8</sup> Hierzu näher Henssler, aaO, § 3 BORA Rn. 19 ff.

<sup>9</sup> Die für diese Studie erhobenen Daten beruhen auf einer vom Soldan Institut per Telefax durchgeführten Umfrage. Im Zeitraum vom 26. April bis zum 23. Mai 2011 nahmen insgesamt 1.157 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an der Befragung teil. Die Fragebögen wurden an eine jeweils identisch große Zahl von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die nach dem Zufallsprinzip aus einer Stichprobe von 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die tatsächlich anwaltlich tätig sind, ausgewählt wurden. Jeder dieser Rechtsanwälte hatte die gleiche Chance, in die Stichprobe zu gelangen, wodurch das Kriterium einer Zufallsauswahl erfüllt ist.

<sup>10</sup> Vgl. allein die mehr als 30 Nachweise zu dem seit der Jahrtausendwende zu § 3 BORA publizierten Schrifttum bei Henssler, aaO, § 3 BORA vor Rn. 1.

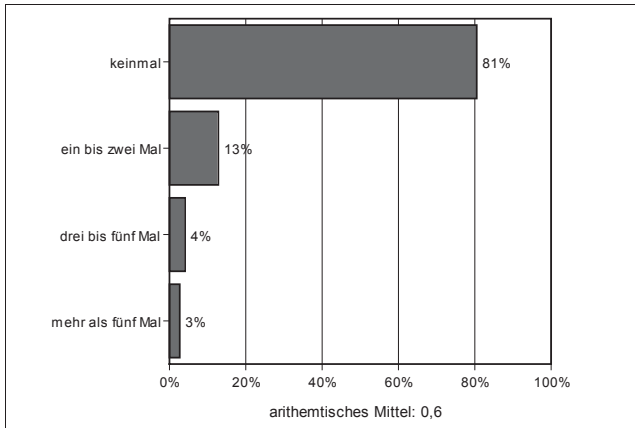


Abb. 1: Häufigkeit der Vertretung widerstreitender Interessen (nach § 3 Abs. 2 S. 1 BORA) in den vergangenen drei Jahren

ungszeitraum ein- bis zweimal mit Einwilligung von Mandanten widerstreitende Interessen vertreten zu haben. Eine solche Möglichkeit sieht das Berufsrecht für Einzelanwälte nicht vor. Dass gleichwohl eine nicht zu vernachlässigende Zahl von Einzelanwälten nach eigenem Eingeständnis mit Zustimmung der betroffenen Mandanten im widerstreitenden Interesse tätig wird, kann darauf hindeuten, dass die existierenden Regelungen mit den Bedürfnissen des Marktes bzw. den Wünschen der Mandanten nicht in Deckung sind. Ein vergleichbarer Fall einer nicht nur gelegentlichen Verletzung eines umfassenden berufsrechtlichen Verbots konnte bereits vor einigen Jahren beim Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars nachgewiesen werden.<sup>11</sup>

	Einzelkanzlei	Bürogemeinschaft	örtliche Sozietät	überörtliche Sozietät	internationale Sozietät*
kein Mal	87 %	78 %	83 %	69 %	69 %
1 bis 2 Mal	13 %	12 %	11 %	23 %	0 %
3 bis 5 Mal	0 %	7 %	3 %	5 %	15 %
mehr als 5 Mal	0 %	3 %	3 %	3 %	15 %
arithm. Mittel	0,2	0,7	0,5	1,0	3,0

\* Fallzahl gering p < = 0,05

Tab. 1: Häufigkeit der Vertretung widerstreitender Interessen (nach § 3 Abs. 2 S. 1 BORA) in den vergangenen drei Jahren nach Kanzleityp

In der Gruppe der Sozietätsanwälte machen insbesondere jene aus überörtlichen und internationalen Sozietäten von der Möglichkeit einer Einwilligung in die Vertretung widerstreitender Interessen Gebrauch. Von ihnen haben 31 Prozent in den vergangenen drei Jahren ein entsprechendes Arrangement getroffen. Bei Anwälten aus überörtlichen Sozietäten kam dies im Mittel einmal vor, bei Anwälten aus internationalen Sozietäten durchschnittlich dreimal. Dieser deutliche Unterschied zwischen beiden Sozietätsformen trotz identischem Ausgangswert erklärt sich aus der Tatsache, dass Anwälte aus überörtlichen Sozietäten zu 72 Prozent lediglich ein oder zwei Mal im widerstreitenden Interesse tätig wurden, Anwälte aus internationalen Sozietäten hingegen regelmäßiger, nämlich mindestens dreimal und zur Hälfte sogar mehr als fünfmal. Dies deutet darauf hin, dass gerade in internationalen Sozietäten die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 2

<sup>11</sup> Hommerich/Kilian, Vergütungsvereinbarungen deutscher Rechtsanwälte, 2006, S. 103.

BORA häufiger auch dazu genutzt wird, die in den zumeist betroffenen Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und der USA sehr unterschiedlichen Vorschriften zur berufrechtlichen Behandlung von Interessenkonflikten im internationalen Beratungsgeschäft handhabbar zu machen.

	Einzelkanzlei*	Bürogemeinschaft	örtliche Sozietät	überörtliche Sozietät	internationale Sozietät*
1 bis 2 Mal	100 %	56 %	66 %	72 %	0 %
3 bis 5 Mal	0 %	31 %	19 %	17 %	50 %
mehr als 5 Mal	0 %	13 %	15 %	10 %	50 %
arithm. Mittel	1,5	3	3	4	10

\* Fallzahl gering

p < = 0,05

Tab. 2: Häufigkeit der Vertretung widerstreitender Interessen (nach § 3 Abs. 2 S. 1 BORA) in den vergangenen drei Jahren nach Kanzleityp (nur Kanzleien, die widerstreitende Interessen vertreten haben)

### III. Bewertung

Von der vom Normgeber im Jahr 2006 geschaffenen Möglichkeit der Vertretung widerstreitender Interessen in Sozietäten – aufgrund Einwilligung der betroffenen Mandanten nach § 3 Abs. 2 BORA, soweit keine Belange der Rechtspflege entgegenstehen – hat im Referenzzeitraum jeder fünfte Sozietätsanwalt mindestens einmal Gebrauch gemacht, so dass die Neuregelung eine gewisse praktische Relevanz erlangt hat. Im statistischen Mittel führt die Neuregelung dazu, dass in einem Dreijahreszeitraum 0,6 Mandate trotz Interessenkonflikts nicht niedergelegt werden müssen, sondern fortgeführt werden können. Besondere Bedeutung hat die Neuregelung für Anwälte aus internationalen Sozietäten, die von der Möglichkeit zweieinhalb Mal häufiger Gebrauch machen als die in Sozietäten tätige Anwaltschaft insgesamt. Allerdings ist nicht bekannt, ob durch die Neuregelung tatsächlich in diesem Umfang Mandatsniederlegungen vermieden worden sind oder ob nicht vielmehr in einem gewissen Umfang lediglich bereits vor 2006 übliche Reaktionen abgesichert bzw. legalisiert worden sind. Dies ist insbesondere deshalb denkbar, weil die Beurteilung, ob überhaupt eine Disqualifizierung anzunehmen ist, aufgrund der wenig stringenten Kasuistik zu §§ 43 a Abs. 4, 45 BRAO häufig nicht zweifelsfrei möglich ist. Für eine solche Annahme spricht, dass auch 13 Prozent der Einzelanwälte mitgeteilt haben, nach Einwilligung der Mandanten widerstreitende Interessen vertreten zu haben – eine solche Möglichkeit sieht § 3 Abs. 2 BORA nicht vor. Dieser Einzelbefund belegt auch, dass die Schulung der Berufsträger in Fragen der Beurteilung und Behandlung von Interessenkonflikten nicht adäquat ist, zweifelsfrei auch, weil entsprechende berufsrechtliche Kenntnisse für die Zulassung zur Anwaltschaft nicht notwendig sind.



**Dr. Matthias Kilian, Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts. Informationen zum Soldan Institut im Internet unter [www.soldaninstitut.de](http://www.soldaninstitut.de).

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