

Berufs- und Fachanwaltsordnung: BORA/FAO

Hartung / Scharmer

7., vollständig überarbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72939-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

b) Aktuelle und latente Konflikte. Mögliche oder künftige Interessenkonflikte können das Verbot der Vertretung widerstrebender Interessen nicht begründen.¹⁰⁶ Es reicht für ein Tätigkeitsverbot nicht aus, dass zB bei der Vertretung mehrerer Erben oder mehrerer Gläubiger mit zunächst gleichgerichteten Interessen später eine Auseinandersetzung um die Verteilung des Erlöses ausbrechen kann. Allerdings wird der Anwalt in solchen Fällen jeden Mandanten darauf hinweisen müssen, dass er ihn dann nicht mehr vertreten kann.¹⁰⁷ Konkret ist der Konflikt aber zB, wenn in einem selbständigen Beweisverfahren mehreren Parteien der Streit verkündet wird, im Verfahren die Ursache von Baumängeln untersucht werden soll und jede der Parteien als Verursacher in Frage kommt. Dann kann der Anwalt nicht mehrere der Streitverkündeten vertreten.¹⁰⁸

Wann ein Interessenkonflikt hinreichend konkret ist, ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Entscheidend ist, ob der Anwalt gegenwärtig mit den Interessen befasst ist, die ihn in den Konflikt bringen, oder mit hinreichender Sicherheit vorhersehen kann, dass er sich alsbald mit solchen Interessen befassen muss. Anders verhält es sich, wenn noch nicht abzusehen ist, ob die gegenläufigen Interessen relevant werden.¹⁰⁹

c) Subjektive oder objektive Interessen? Wie die Interessen zweier Parteien zu definieren sind, insbesondere, ob es auf den Willen des Mandanten (also das **subjektive** Interesse) ankommt oder auf die **objektiv** zu bestimmende Interessenlage, war bisher in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Der 5. Strafsenat des BGH war der Meinung, es komme auf eine **objektive**, d. h. vom Standpunkt der Parteien unabhängige Bewertung der Interessenlage an;¹¹⁰ dem ist in jüngerer Zeit nur der Anwaltssenat des BGH gefolgt, der sich aber nicht mit den abweichenden Meinungen auseinandersetzt.¹¹¹ Die überwiegende **Rechtsprechung** versteht den Begriff des Interesses **subjektiv**.¹¹² Auch die herrschende Meinung im **Schrifttum** schließt sich dem an.¹¹³ Teils wird die objektive Interessenlage für maßgeblich gehalten, die aber ihrerseits vom Willen der Parteien, insbesondere deren Einverständnis, gestaltet werden soll,¹¹⁴ teils die Verfahrensart, indem im Strafrecht der Interessengegensatz objektiv zu bestimmen und eine subjektive Betrachtung überall dort angebracht sein soll, wo der Streitstoff der Parteidisposition unterliegt, insbesondere also in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten.¹¹⁵

Der **herrschenden Meinung** ist zu folgen. Da der Mandant über das Mandat und die Mandatsführung disponieren kann, kommt es auf das **subjektive Mandanteninteresse** an. Das gilt ohne weiteres dort, wo der Mandant über den Streitgegenstand verfügen kann, also insbesondere im Zivil- und im Verwaltungsprozess.¹¹⁶ Aber auch im Strafverfahren bestimmt der Mandant, ob und wie die Verteidigung gestaltet wird; deswegen kommt es auch

¹⁰⁶ BVerfGE 108, 150 (164) = NJW 2003, 2520 (2522); BVerfG NJW 2006, 2469 (2470); BGH NJW 2012, 3039 (3041); NJW 2019, 1147 (1149 f.); BAG NJW 2005, 921 (922); *Henssler/Deckenbrock* NJW 2012, 3265 (3268 f.).

¹⁰⁷ Das folgt aus der Rechtsprechung des BGH zur Aufklärungspflicht bei Mandatsübernahme, BGHZ 174, 186 = NJW 2008, 1307 mAnm *Henssler/Deckenbrock* NJW 2008, 1275.

¹⁰⁸ BGH NJW 2019, 1147 (1150) mAnm *Zimmermann* WuB 2019, 367.

¹⁰⁹ Vgl. zu aktuellen und latenten Konflikten bei der Vertretung mehrerer Mandanten *Offermann-Burkart* AnwBl 2019, 602.

¹¹⁰ BGHSt 5, 284 (289) = NJW 1954, 482; so auch *Grunewald* ZEV 2006, 386 (387):

¹¹¹ BGH NJW 2012, 3039 (dort war die Frage allerdings für die Entscheidung nicht relevant).

¹¹² BGH (4. Strafsenat) NJW 2019, 316 (319) mAnm *Deckenbrock*; BGH (IX. Zivilsenat) BeckRS 2010, 4533; auch das BVerfG scheint zur einer subjektiven Sicht zu tendieren, BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520 (2522).

¹¹³ *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 43a Rn. 172–172d; *Kleine-Cosack* BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 197 ff.; *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck* § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 6; *MüKoStGB/Dahs*, 3. Aufl. 2019, § 356 Rn. 56; *Offermann-Burkart* AnwBl 2008, 446 (449), unklar *Weyland/Träger* BRAO § 43a Rn. 64.

¹¹⁴ *Grunewald* ZEV 2006, 386 (387).

¹¹⁵ *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck* § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 6 Fn. 11.

¹¹⁶ So ausdrücklich BGH NJW 2019, 316 (319) mAnm *Deckenbrock*.

hier auf das subjektive Interesse des Mandanten an, der möglicherweise einen Mitangeklagten nicht belasten will, obwohl das für ihn günstig wäre.¹¹⁷

- 78 **d) Eingeschränktes Mandat.** Konsequenz der subjektiven Interessenbestimmung ist, dass der Mandant durch **Einschränkung** oder Veränderung des Mandats den Interessenkonflikt **ausräumen** oder auch begründen kann.¹¹⁸ Eine Einschränkung des Mandats ist grundsätzlich möglich,¹¹⁹ und die Rechtsprechung akzeptiert sie als geeignetes Mittel, um einen Interessenkonflikt zu vermeiden.¹²⁰ Allerdings fordert die Fürsorgepflicht, dass der Anwalt seinen Mandanten darüber **aufklärt**, welche Ansprüche bei einem eingeschränkten Mandat nicht verfolgt werden und welche Nachteile dem Mandanten dadurch drohen. Aber darf der Anwalt den Mandanten auf solche Ansprüche hinweisen? Der BGH¹²¹ befürchtet, dass darin schon eine Beratung liegt und der Interessenkonflikt bereits eingetreten ist. Das kann nicht sein – Aufklärung, die der Anwalt im Vorfeld eines Mandats oder bei der Ausgestaltung eines Mandats pflichtgemäß erteilt, ist keine Beratung und löst deswegen keinen Interessenkonflikt aus.¹²²
- 79 **e) Einverständnis des Mandanten.** Das **Einverständnis** der **Mandanten** räumt den Interessenwiderstreit nicht aus.¹²³ Soweit geht das subjektive Verständnis des Mandanteninteresses nicht. Das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen dient nicht nur dem Schutz der Parteien, sondern auch dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Anwaltschaft und in die Funktion der Rechtspflege.¹²⁴ Anders kann es sich in Sozietäten und anderen Formen **gemeinschaftlicher** Berufsausübung verhalten. Dort gilt die Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 (dazu → Rn. 108 ff.). Aus § 3 Abs. 2 Satz 2 wird in der Literatur gefolgert, dass auch der Einzelanwalt bei Einverständnis der Mandanten widerstreitende Interessen vertreten kann, wenn dem Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen.¹²⁵ Dem ist zu widersprechen. Zwei Anwälte, auch wenn sie in einer Sozietät verbunden sind, können glaubhaft widerstreitende Positionen vertreten; ein Anwalt allein kann das nicht, ohne unglaublich zu werden. Deswegen muss § 3 Abs. 2 Satz 2 seinem Wortlaut gemäß auf Berufsausübungsgemeinschaften beschränkt bleiben.¹²⁶
- 80 **f) Parallele Interessen.** Der Anwalt darf mehrere Mandanten beraten oder vertreten, wenn und soweit deren Interessen **gleichgerichtet** sind. Das ist unproblematisch bei der Vertretung **mehrerer Gläubiger** gegen einen Schuldner, auch bei Massenklageverfahren, bei der Vertretung mehrerer Arbeitnehmer in Kündigungsschutzsachen gegen denselben Arbeitgeber oder bei der Klage mehrerer Betroffener gegen eine Beitragssatzung.¹²⁷ Natürlich müssen alle Mandate enden, wenn es zu einem „**Verteilungskampf**“ kommt, wenn zB nicht alle vertretenen Gläubiger vom Schuldner befriedigt werden können oder wenn die Satzung wirksam ist, aber der Verteilungsmaßstab der Beiträge überprüft wird. Wenn diese Situation eine realistische Möglichkeit ist, muss der Anwalt die Mandanten zu Beginn des Mandats auf diese Einschränkung **hinweisen**. Das folgt aus dem Gebot, den Man-

¹¹⁷ Siehe im einzelnen Henssler/Prütting/Henssler BRAO § 43a Rn. 173; ebenso *Kleine-Cosack* BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 202.

¹¹⁸ Ebenso Henssler/Prütting/Henssler BRAO § 43a Rn. 172; wohl auch *Kleine-Cosack* BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 202.

¹¹⁹ BGH NJW 1996, 2929 (2931).

¹²⁰ BGH NJW 2013, 1247 Rn. 7.

¹²¹ BGH NJW 2012, 3039 (3041).

¹²² → Rn. 64.

¹²³ BGH NJW 1953, 428; BGH NJW 1962, 1831; BGH NJW 1999, 3568; *Henssler/Deckenbrock* NJW 2012, 3265 (3269); Henssler/Prütting/Henssler BRAO § 43a Rn. 202.

¹²⁴ BGH NStZ 1985, 74; AGH Nordrhein-Westfalen BeckRS 2011, 11952; *Henssler/Deckenbrock* NJW 2012, 3265 (3269).

¹²⁵ *Grunewald* ZEV 2006, 386 (387); *Offermann-Burckart*, AnwBl 2011, 809 (825).

¹²⁶ Henssler/Prütting/Henssler BRAO § 43a Rn. 202.

¹²⁷ *Kleine-Cosack* BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 230; Henssler/Prütting/Henssler BRAO § 43a Rn. 184a.

danten bei Mandatsbeginn einen Hinweis zu geben, wenn der Anwalt das Mandat nicht ohne Einschränkungen führen kann.¹²⁸

Gleiches gilt bei der Vertretung **mehrerer Schuldner** gegen einen Gläubiger. Solange 81 die interne Haftungsverteilung nicht im Streit steht,¹²⁹ sind die Interessen in der Regel **gleich gerichtet** und der Anwalt kann sie vertreten.¹³⁰ Wenn die Schuldner mehrere Anwälte beauftragen, werden deren Kosten in der Regel nicht **erstattet**, soweit sie über die Kosten eines Anwalts hinausgehen.¹³¹ Der Interessenkonflikt im **Innenverhältnis** ist nicht Gegenstand des Außenverhältnisses der Streitgenossen zum Prozessgegner. Dennoch hat der Anwalt die Pflicht, jeden seiner Mandanten auf etwaige Ansprüche gegen Dritte hinzuweisen,¹³² also auch auf Ansprüche im Innenverhältnis gegen die anderen Schuldner. Das steht aber der Vertretung aller Schuldner nicht entgegen, denn der Anwalt kann auf mögliche **Regressansprüche** im Innenverhältnis hinweisen und gleichzeitig mit dem Mandanten vereinbaren, dass er insoweit den Mandanten nicht vertritt und auch keine Sorgfaltspflichten hat. Schwierig wird es, wenn im Innenverhältnis **Verjährung** droht, die am besten mit einer Streitverkündung unterbrochen wird. Die Erklärung der **Streitverkündung** an einen ebenfalls vertretenen Mandanten dürfte dem Anwalt erlaubt sein,¹³³ allerdings muss er seinen Mandanten gegenüber klarstellen, dass er die Ansprüche im Innenverhältnis nicht weiterverfolgen kann.

Anders ist die Situation, wenn **mehrere Mandanten dasselbe Objekt**, also z. B. ein 82 Unternehmen oder ein Baugrundstück, erwerben wollen oder wenn sie sich, zB im Rahmen einer Ausschreibung, um ein Großprojekt bewerben. Hier stehen die **wirtschaftlichen Interessen** der Mandanten¹³⁴ im Konflikt, so dass ein Einzelanwalt nur einen der Interessenten vertreten kann. Eine Ausnahme will *Henssler* für Vorstadien solcher Verfahren machen, in denen auch ein wirtschaftlicher Interessenkonflikt ausgeschlossen ist.¹³⁵ Schon im Vorstadium wird der Anwalt jedoch mit seinem Mandanten über die einzuschlagende Strategie beraten. Damit ist der Konflikt entstanden. In Sozietäten und anderen Berufsausübungsgemeinschaften kann das Problem mit Hilfe von **§ 3 Abs. 2 Satz 2** gelöst werden.¹³⁶

g) Tätigkeit als Vermittler, Mediator etc. Wenn mehrere Mandanten einen Anwalt 83 trotz grundsätzlich gegensätzlicher Interessen beauftragen, für sie gemeinsam tätig zu werden, ist das zulässig, solange der Anwalt nicht die gegensätzlichen Interessen verfolgt. **Zulässig** ist dementsprechend die Tätigkeit als **Mediator** (§ 18),¹³⁷ als **Schiedsrichter**¹³⁸ und das **Aufsetzen von Verträgen** (Gesellschaftsverträge, Scheidungsfolgenvereinbarungen etc.) im gemeinsamen Auftrag der Parteien.¹³⁹ Auch eine **gemeinsame Beratung** von Mandanten mit gegensätzlichen Interessen (Vorbereitung der Ehescheidung, Vorstufen der Mediation z. B. bei einem Gesellschafterstreit) sollte zulässig sein.¹⁴⁰ In diesen Fällen ist das (subjektiv bestimmte) Mandanteninteresse, das die Tätigkeit des Anwalts bestimmt, auf einen Ausgleich gerichtet, nicht auf die Verfolgung der vorhandenen Interessen.¹⁴¹

¹²⁸ BGHZ 174, 186 = NJW 2008, 1307 mAnm *Henssler/Deckenbrock* NJW 2008, 1275.

¹²⁹ Anders kann es sich insbesondere bei Baumängelstreitigkeiten verhalten, → Rn. 160.

¹³⁰ OLG München BeckRS 2010, 33294 = BRAK-Mitt. 2010, 277.

¹³¹ BGH NJW-RR 2004, 536; BGH NJW 2007, 2257.

¹³² Vgl. zB BGH NJW 1993, 2045.

¹³³ *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 43a Rn. 184.

¹³⁴ → Rn. 73.

¹³⁵ *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 43a Rn. 182.

¹³⁶ → Rn. 108 ff.

¹³⁷ BGH NJW 2017, 3442 (3443); *Kleine-Cosack* BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 182.

¹³⁸ Zur Frage, ob auf die Schiedsrichtertätigkeit anwaltliches Berufsrecht anwendbar ist, siehe *Prütting AnwBl* 2012, 28. Wenn es nicht anwendbar ist, gilt dasselbe im Rahmen des § 45 BRAO.

¹³⁹ BeckOK BORA/*Römermann/Praß* § 3 Rn. 19 f.; dort wird allerdings nicht auf das (für zulässig gehaltene) Einverständnis der Parteien abgestellt.

¹⁴⁰ Offengelassen bei der Vorbereitung der Ehescheidung von BGH NJW 2013, 3725 (3726).

¹⁴¹ *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 43a Rn. 203.

84 Bei allen diesen Tätigkeiten darf der Anwalt keinen seiner Mandanten im Rahmen von dessen Interessen beraten oder vertreten, die den Interessen des anderen Mandanten entgegenstehen. Darauf muss er die Mandanten jedenfalls dann zu Beginn des Mandats **hinweisen**, wenn damit zu rechnen ist, dass es nicht zu einer Einigung kommt. Zudem muss er darauf hinweisen, dass **zusätzliche Gebühren** anfallen, wenn dann weitere Anwälte eingeschaltet werden müssen.¹⁴²

85 **h) Eigene Interessen des Anwalts.** Allgemein wird vertreten, dass **eigene Interessen** des Anwalts kein Tätigkeitsverbot auslösen.¹⁴³ Dem kann nicht gefolgt werden. Allerdings ist es dem Anwalt nicht verboten, nach Abschluss des Mandats eigene Interessen gegen den früheren Mandanten geltend zu machen.¹⁴⁴ Ebenso darf der Anwalt natürlich – auch im laufenden Mandat – sein Gebühreninteresse verfolgen. Andererseits kann der Anwalt nicht tätig werden, wenn er selbst auf der anderen Seite steht. Das ist offensichtlich, wenn es um **Ansprüche** geht, die sich **gegen ihn** selbst richten. Er kann sie weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend machen.¹⁴⁵ Gleiches muss aber auch gelten, wenn das eigene Interesse des Anwalts nicht offensichtlich ist, wenn er z. B. Mehrheitsgesellschafter einer Gesellschaft ist, gegen die der Mandant Ansprüche geltend macht, oder wenn er in einer Bausache Eigentümer eines betroffenen Nachbargrundstücks ist.

Ob gleiches gelten muss, wenn nicht der Anwalt selbst, sondern ein naher **Angehöriger** betroffen ist, wird im Einzelfall zu entscheiden sein. Der Anwalt muss prüfen, ob er dem Mandanten unbefangen dienen kann. Wenn das Näheverhältnis zur Person mit dem konfligierenden Interesse Zweifel daran begründet, dass der Anwalt die Ansprüche des Mandanten mit ganzer Kraft durchsetzt, muss er jedenfalls den Mandanten auf diese Umstände hinweisen.

86 **4. Vorsatz und Fahrlässigkeit.** Während das Delikt der Rechtsbeugung (§ 356 StGB) **Vorsatz** erfordert, kann gegen die Berufspflicht aus § 43a Abs. 4 BRAO und § 3 auch **fahrlässig** verstoßen werden.¹⁴⁶ Auch ein **unverschuldeter** Verstoß ist aber nicht folgenlos. Zwar kann er nicht berufsrechtlich geahndet werden; er löst aber die Rechtsfolge des § 3 Abs. 4 aus: Der Anwalt muss die Mandanten unverzüglich unterrichten und die Mandate niederlegen.

VII. Verbot der doppelten Treuhand (§ 3 Abs. 1 Satz 2)

87 Das mit Wirkung ab 1.1.2015 in § 3 Abs. 1 Satz 2 eingeführte Verbot der „doppelten Treuhand“ ist nach Ansicht der Satzungsversammlung nur eine **Klarstellung**, weil sich das Verbot schon aus § 43a Abs. 4 BRAO ergebe.¹⁴⁷ Dem ist insbesondere *Baumert* entgegengetreten.¹⁴⁸ Die Frage mag hier dahinstehen; stattdessen soll untersucht werden, was § 3 Abs. 1 Satz 2 im Einzelnen verbietet.

88 Verboten ist die doppelte Treuhand „in einem **laufenden Mandat**“ unter Beteiligung eines **Anspruchsgegners**. Das ist dahin zu verstehen, dass es außerhalb der Treuhandtätigkeit bereits ein laufendes Mandat gibt, in dem Ansprüche geltend gemacht werden.¹⁴⁹ Damit ist klargestellt, dass eine Treuhandtätigkeit für mehrere Treugeber oder zu Gunsten mehrerer Beteiligten nicht erfasst ist, wenn der Anwalt bisher nicht tätig geworden ist. Zulässig nach Maßgabe der Regeln über die gemeinsame Beauftragung durch Mandanten

¹⁴² BGH 2013, 3725 (3726); *Dahms* NJW-Spezial 2013, 766.

¹⁴³ Zu § 356 StGB BGHSt. 12, 96 = NJW 1958, 2124; offengelassen in BGH NJW 2016, 2561 (2562); *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 43a Rn. 185.

¹⁴⁴ Das war der Sachverhalt in BGHSt 12, 96 = NJW 1958, 2124.

¹⁴⁵ OLG München BeckRS 2015, 21625; *Weyland/Träger* BRAO § 43a Rn. 57.

¹⁴⁶ *Kleine-Cosack* BRAO § 43a Rn. 138.

¹⁴⁷ → Rn. 35.

¹⁴⁸ NJ 2014, 320; ebenso *Riggert/Baumert* NZI 2012, 785 (791); auch *Busse* NJW 1999, 3017 (3019) hielt die doppelte Treuhand vor der Regelung in der BORA für zulässig.

¹⁴⁹ *Römermann* AnwBl 2015, 34 (35).

mit gegensätzlichen Interessen (→ Rn. 83) ist daher die **doppelnützige Treuhand in Sanierungsfällen**, in denen der Anwalt einen Vermögensgegenstand für mehrere Beteiligte treuhänderisch hält, solange er nicht schon für einen der Beteiligten in Bezug auf den Vermögensgegenstand anwaltlich tätig geworden ist.¹⁵⁰ Dazu bedarf es nicht des Rückgriffs auf ein Einverständnis der Parteien, das den Interessenkonflikt aufheben soll, auf die Frage, ob die Treuhandtätigkeit überhaupt eine anwaltliche Tätigkeit ist,¹⁵¹ oder auf das Argument, dass die Interessen nur latent im Konflikt stünden;¹⁵² vielmehr erlaubt die subjektive Bestimmung des Mandanteninteresses ohnehin eine solche Mandatserteilung (→ Rn. 83).

§ 3 Abs. 1 Satz 2 greift nur dann ein, wenn der Anwalt auch gegenüber einem Anspruchsgegner eine **treuhänderische Bindung** eingeht. Das ist im Einzelfall zu untersuchen. Der Anwalt tut gut daran, keine Bindungen zum Gegner seines Mandanten oder zu Dritten einzugehen. Dementsprechend geht der BGH davon aus, dass der Anwalt nur als Vertreter des Mandanten handelt, wenn er Geld von Dritten auf sein Anderkonto erhält und die Zahlung auf einer Vereinbarung zwischen seinem Mandanten und dem Dritten beruht.¹⁵³ Eine treuhänderische Bindung und damit ein Anwendungsfall des § 3 Abs. 1 Satz 2 liegt dagegen vor, wenn sich der Anwalt auch gegenüber dem Gegner zur treuhänderischen Verwaltung verpflichtet.¹⁵⁴ Diese Verpflichtung kann auch konkludent eingegangen werden.

Die Satzungsversammlung wollte mit § 3 Abs. 1 Satz 2 diese Fälle erfassen. Die Vorschrift soll die Praxis unterbinden, sich für den eigenen Mandanten mit einer Hinterlegung von Geld zum Zweck der **Sicherheitsleistung** auf einem Konto des **Gegenanwalts** einverstanden zu erklären. Diese Handhabung wird als praktisch angesehen, wenn zB eine Geldsumme zur Abwendung der Zwangsvollstreckung vor rechtskräftiger Entscheidung hinterlegt wird, die umständliche Hinterlegung bei Gericht aber vermieden werden soll. Ob in diesen Fällen der Anwalt, der die Vermögenswerte entgegennimmt, einen **aktuellen** oder nur einen **latenten Interessenkonflikt** hat, ist in der Literatur streitig.¹⁵⁵ Wenn der Anwalt, wie § 3 Abs. 1 Satz 2 voraussetzt, bereits einen Mandanten in der Angelegenheit beraten oder vertreten hat, in der er einen Vermögensgegenstand zur treuhänderischen Verwaltung entgegennehmen soll, handelt es sich um einen **aktuellen** Konflikt, sofern – und das wird immer der Fall sein – sich das Mandat auch auf den Gegenstand bezog, den er verwalten soll. Dann nämlich hat er zunächst im Interesse seines Mandanten gehandelt und soll nun auch die Interessen der Gegenseite bei der treuhänderischen Verwaltung berücksichtigen. Wenn er zB den Mandanten beim Verkauf einer Wohnung beraten hat, richtet sich das Interesse des Mandanten auf den Kaufpreis. Dann darf der Anwalt nicht einen Teil des Kaufpreises vom Käufer mit der Weisung entgegennehmen, ihn treuhänderisch zu halten und erst nach Räumung der Wohnung an den Mandanten auszukehren. Er setzt sich also dem aktuellen Interesse des Mandanten, den Kaufpreis sofort zu erhalten, entgegen und läuft auch noch Gefahr, über die Frage entscheiden zu müssen, ob die Wohnung ordentlich geräumt ist und der treuhänderisch gehaltene Betrag ausgekehrt werden kann.¹⁵⁶

Dementsprechend ist § 3 Abs. 1 Satz 2 tatsächlich in den beschriebenen Fällen nur eine Klarstellung. Deswegen ist die Norm auch nicht **verfassungswidrig**.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Das ist im Ergebnis allg. Meinung, vgl. Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 8c; so im Grundsatz auch Undritz ZIP 2012, 1153 (1158), der aber auf die Konfliktproblematik in den Fällen hinweist, in denen auch andere Mandate bestehen; kritisch, aber nicht verneinend BeckOK BORA/Römermann/Praß, 26. Ed. 1.3.2019, § 3 Rn. 27g.

¹⁵¹ Dazu Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 8b.

¹⁵² Riggert/Baumert NZI 2012, 785 (791).

¹⁵³ BGH NJW-RR 2007, 267.

¹⁵⁴ OLG Stuttgart BeckRS 2016, 120190.

¹⁵⁵ Siehe Thole NZI 2017, 737 (738); Riggert/Baumert NZI 2012, 785 (791) einerseits, Römermann/Funke Cavilla NZI 2012, 481 (486); Kähler/Neumann NJW 2016, 1121 andererseits.

¹⁵⁶ So auch AnwG Hamburg BRAK-Mitteilungen 2008, 278 (280) mit ablehnender Anm. von Kahlert BRAK-Mitteilungen 2009, 264 (265).

¹⁵⁷ Entgegen Kleine-Cosack § 3 Rn. 10.

- 92 Fraglich ist allerdings, ob daneben Fälle denkbar sind, in denen der Anwalt in einem laufenden Mandat eine treuhänderische Bindung gegenüber beiden Parteien übernimmt, aber dennoch **kein aktueller Interessenkonflikt** besteht. Das wird für den Fall vertreten, dass die Auszahlungsvoraussetzungen klar sind, so dass der Anwalt nicht über einen Konflikt zwischen den Treugebern zu entscheiden hat.¹⁵⁸ Der aktuelle Interessenkonflikt ist damit aber nicht vermieden, der darin liegt, dass beide Seiten Ansprüche auf den hinterlegten Vermögensgegenstand geltend machen und der Anwalt jetzt auch die Interessen der Gegenseite berücksichtigen muss, die denen seines Mandanten entgegenstehen. Ein Fall der treuhänderischen Bindung auch gegenüber dem Gegner im laufenden Mandat, bei dem es keinen aktuellen Interessenkonflikt gibt, scheint nicht denkbar.
- 93 Zu überlegen ist, ob das Verbot auch eingreift, wenn das ursprüngliche Mandat durch Urteil, Vergleich oder Anerkenntnis **erledigt** ist und jetzt nur noch Zahlungen **abzuwickeln** sind.¹⁵⁹ Das ist zu bejahen. Grundsätzlich hindert ein Interessenkonflikt die Annahme eines Mandates auch dann, wenn das frühere Mandat erledigt ist.¹⁶⁰ Aber auch das Verbot des 3 Abs. 1 Satz 2 gilt weiter, denn ein Mandat ist erst dann ganz im Interesse des Mandanten erledigt, wenn die Zahlung abgewickelt ist.¹⁶¹
- 94 Das in § 3 Abs. 1 Satz 2 geregelte Verbot der doppelten Treuhand kann ebenso wenig wie das in § 3 Abs. 1 Satz 1 geregelte allgemeine Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen durch ein **Einverständnis** der Parteien ausgeschlossen werden. Nur in **Sozietäten** kann gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 von dem Verbot befreit werden.

VIII. „Sozietätserstreckung“ – Die gemeinschaftliche Berufsausübung (§ 3 Abs. 2 Satz 1)

- 95 **1. Satzungscompetenz.** § 43a Abs. 4 BRAO erstreckt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen – anders als die Regelungen der §§ 45 Abs. 3 und 46 Abs. 3 BRAO – nicht auf andere Rechtsanwälte, die mit dem vom Tätigkeitsverbot betroffenen Rechtsanwalt in **Sozietät** oder in **sonstiger Weise** zur **gemeinschaftlichen Berufsausübung** verbunden sind oder verbunden waren. Das hatte zu der Frage geführt, ob die Regelungen der §§ 45 Abs. 3 und 46 Abs. 3 BRAO analog auf das Tätigkeitsverbot des § 43a Abs. 4 BRAO anzuwenden seien.¹⁶² Ein Teil der Literatur¹⁶³ bejahte diese Frage; das Bundesverfassungsgericht hat diese Auslegung nicht beanstandet.¹⁶⁴ Durch die Regelung in der Berufsordnung hat sich die Frage erledigt.
- 96 Das Bundesverfassungsgericht¹⁶⁵ war damit einverstanden, dass die Sozietätserstreckung dem § 43a Abs. 4 BRAO durch Auslegung entnommen wird. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass § 59b Abs. 2 Nr. 1e BRAO die **Satzungsversammlung ermächtigt**, in der **Berufsordnung** die Erstreckung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen auf die übrigen Mitglieder einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu regeln, deren Mitglied der von dem Verbot betroffene Rechtsanwalt ist.
- 97 **2. Sozietäten und andere Zusammenschlüsse.** § 3 Abs. 2 Satz 1 erstreckt das Tätigkeitsverbot auf alle Rechtsanwälte, die in einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zusammengeschlossen sind.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Szalai/Tietze AnwBl 2015, 37 (40).

¹⁵⁹ Baumert NJ 2014, 320 (323).

¹⁶⁰ → Rn. 71.

¹⁶¹ So auch Kähler/Neumann NJW 2016, 1121 (1123).

¹⁶² Weyland/Träger BRAO § 43a Rn. 77.

¹⁶³ Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 11 gegen Maier-Reimer NJW 2006, 3601 (3602); Kleine-Cosack AnwBl 2006, 13.

¹⁶⁴ BVerfG NJW 2006, 2469.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 2006, 2469.

¹⁶⁶ Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 14.

a) **Sozietäten.** Damit ist zunächst die **Anwaltssozietät** in allen Varianten angesprochen, 98 also die „einfache“, die überörtliche und die interprofessionelle Sozietät, ebenso wie die **nationale** und die **internationale** Sozietät.¹⁶⁷ Es kommt weder auf die Größe der Sozietät noch auf die **Rechtsform** an. Ohne Bedeutung ist also, ob die Sozietät als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Partnerschaftsgesellschaft, als GmbH oder AG oder in einer ausländischen Rechtsform organisiert ist.

Das Verbot gilt nicht nur für die Partner der Sozietät, sondern auch für alle **angestellten** 99 **Rechtsanwälte** und **freien Mitarbeiter**, unabhängig davon, ob sie auf dem Briefkopf stehen und ob sie nach außen auftreten, solange sie in der Sozietät mitarbeiten. Auch sie sind mit ihrem anwaltlichen Arbeitgeber zur gemeinschaftlichen Berufsausübung „verbunden“. Auf die Kundgabe dieser gemeinsamen Berufsausübung kommt es für die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 Satz 1 nicht an.

Eine Berufsausübungsgemeinschaft ist auch die **Anwalts-GmbH** im Sinne der §§ 59c ff. 100 BRAO. Ob auf sie selbst die Vorschriften der anwaltlichen Berufsordnung **anwendbar** sind, war fraglich, weil § 59m BRAO ursprünglich nicht auf § 59b BRAO verwies.¹⁶⁸ Der Gesetzgeber hat den Verweis im Jahre 2017 eingefügt,¹⁶⁹ so dass sich die Frage erledigt hat. Ohnehin war sie ohne praktische Relevanz. Denn selbstverständlich gilt die Berufsordnung für alle Anwälte, die in der Anwalts-GmbH als Gesellschafter, Geschäftsführer oder Mitarbeiter tätig sind.

b) **Die Scheinsozietät.** Umstritten ist, ob das Verbot der Vertretung widerstrebender 101 Interessen auch für die **Schein- oder Außensozietät** gilt. Sie verwendet einen einheitlichen Briefkopf und ist deswegen Sozietät im Außenverhältnis, obwohl es im Innenverhältnis an einer Sozietät fehlt. Im Innenverhältnis kann es sich z. B. um eine stark verfestigte Bürogemeinschaft handeln, um eine Kooperation von Sozietäten an verschiedenen Standorten oder um ein Angestelltenverhältnis. Unproblematisch ist der Fall, dass ein Anwalt **angestellte Anwälte** auf seinen Briefkopf setzt; dann üben die Anwälte den Beruf gemeinsam aus und unterfallen dem § 3 Abs. 2.¹⁷⁰ Gleiches gilt für den Fall, dass mehrere Anwälte in einer Kanzlei unter einem Briefkopf arbeiten, aber keine Sozietät bilden.

Schwieriger ist es in der „**überörtlichen Scheinsozietät**“, also der Kooperation von 102 Sozietäten an verschiedenen Standorten unter einem einheitlichen Briefkopf. *Henssler*¹⁷¹ sieht entgegen der herrschenden Meinung¹⁷² ein verfassungsrechtliches Problem, wenn das Tätigkeitsverbot auf ein Konstrukt ausgedehnt wird, in dem der Beruf nicht gemeinschaftlich ausgeübt wird. Die Anwendung von § 3 Abs. 2 hält er nur dann für gerechtfertigt, wenn die Scheinsozietät sich gerade gegenüber dem konkreten Mandanten wie eine Sozietät verhält, insbesondere wenn sie einen standortübergreifenden **Conflict check** durchführt und das dem Mandanten mitteilt. Nun wird aber kaum eine Sozietät dem Mandanten mitteilen, wie sie ihr Conflict check-System organisiert. Es besteht aber auch kein Anlass, auf den konkreten Fall und den konkreten Mandanten zurückzugreifen. Das Verbot der Vertretung widerstrebender Interessen dient nicht nur dem Schutz des individuellen Mandanten, sondern auch der Rechtspflege, die auf die „Geradlinigkeit“ der Anwalts-tätigkeit (hier ist dieser unscharfe Begriff angebracht) angewiesen ist. Deswegen muss sich ein Verbund, der wie eine Sozietät auftritt, auch wie eine Sozietät behandeln lassen und sich **insgesamt § 3 Abs. 2 unterwerfen**.

c) **Einzelmandat eines Partners der Sozietät.** Ebenso streitig ist, ob § 3 Abs. 2 Satz 1 103 auch gilt, wenn der Mandant nicht die Sozietät beauftragt, sondern ausdrücklich nur eines

¹⁶⁷ S. zur Sozietät im allgemeinen *Henssler/Prütting/Henssler* BRAO § 59a Rn. 18 ff.

¹⁶⁸ Vgl. AGH NRW NJW-RR 2002, 1494 (1495).

¹⁶⁹ BGBl. 2017 I 1121 (1124).

¹⁷⁰ → Rn. 99.

¹⁷¹ *Henssler/Prütting/Henssler* § 3 Rn. 16a–c.

¹⁷² ZB *Henssler/Deckenbrock* EWiR 2012, 659 (660); *Weyland/Träger* § 3 Rn. 13; *Offermann-Burckart* AnwBl 2009, 729 (741).

ihrer Mitglieder, also ein **Einzelmandat** erteilt. Das kommt nicht nur wegen § 146 StPO bei der Verteidigung mehrerer Angeklagter und bei der Beiordnung im Rahmen der Prozesskostenhilfe oder als Pflichtverteidiger vor, sondern auch in anderen Fällen vor.¹⁷³ Henssler hat **verfassungsrechtliche** Bedenken, solche Einzelmandate dem § 3 Abs. 2 Satz 1 zu unterstellen.¹⁷⁴ Das Tätigkeitsverbot schützt aber mittelbar auch die Vertraulichkeit der dem Anwalt anvertrauten Information und die Geradlinigkeit der Rechtspflege. Deswegen bleibt es mit der herrschenden Meinung¹⁷⁵ im Grundsatz dabei, dass auch das Einzelmandat dem § 3 Abs. 2 Satz 1 – insoweit dem Wortlaut der Vorschrift folgend – unterworfen ist. Ausnahmen sind nur denkbar, wenn das Einzelmandat außerhalb der Kanzlei der Sozietät ohne Rückgriff auf deren Ressourcen bearbeitet wird und die Vertraulichkeit gewährleistet ist. Auch darf nicht auf die Sozietät zB auf dem Briefkopf hingewiesen werden.

- 104 **d) Kooperationen.** Es wird vertreten, dass das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 auch die **Kooperation** trifft, jedenfalls wenn sie „verfestigt“ ist.¹⁷⁶ Dem kann nicht gefolgt werden.¹⁷⁷ Die Kooperation ist eine reine **Innengesellschaft**, und die **Berufsausübung** bleibt **getrennt**. Die Mandate werden nicht gemeinschaftlich entgegengenommen und Entgelte getrennt vereinnahmt. Damit fällt die Kooperation schon dem **Wortlaut** nach nicht unter § 3 Abs. 2.¹⁷⁸ Eines Rückgriffs auf verfassungsrechtliche Erwägungen bedarf es nicht.¹⁷⁹
- 105 **e) EWIV und andere Verbünde.** Keine Berufsausübungsgemeinschaft ist die **Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)**. Sie ist eine Gesellschaftsform für eine transnationale Anwaltskooperation und damit eine **Betriebsgemeinschaft** mit dem Ziel der Unterstützung der Berufstätigkeit ihrer Mitglieder. Die Besorgnis, dass zwischen den in der EWIV zusammengeschlossenen Anwälten die Verschwiegenheitspflicht nicht gewahrt wird,¹⁸⁰ rechtfertigt nicht die Anwendung von § 3 Abs. 2. Gleiches gilt für internationale (und auch nationale) Verbünde von Anwaltskanzleien. Solange sie nicht die Mandate gemeinsam entgegennehmen oder als einheitliche Sozietät auftreten und damit zur „Scheinsozietät“ werden, unterfallen sie nicht dem § 3 Abs. 2.
- 106 **f) Bürogemeinschaften.** § 3 Abs. 2 S. 1 bezieht neben den Berufsausübungsgemeinschaften ausdrücklich die **Bürogemeinschaft** in die Ausweitung des Tätigkeitsverbots des § 43a Abs. 4 BRAO ein, obwohl es bei ihr an einer **gemeinschaftlichen Berufsausübung** fehlt.¹⁸¹ Dagegen werden **verfassungsrechtliche Bedenken** erhoben, weil bei der Bürogemeinschaft nur die Schweigepflicht und nicht das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen zur Diskussion stehen könne, es jedoch nicht Aufgabe der Satzungsversammlung sei, eine Regelung zur Schweigepflicht zu treffen.¹⁸² Es sollte aber nicht verkannt werden, dass § 43a Abs. 4 BRAO und § 3 mittelbar auch der Absicherung des Berufsgeheimnisses dienen. Richtigerweise muss differenziert werden, weil es vielfältige Erscheinungen der Bürogemeinschaft gibt. Insbesondere erlaubt die Technik heute ohne

¹⁷³ ZB BGHSt 40, 188 = NJW 1994, 2302 zu § 356 StGB.

¹⁷⁴ Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 14a; s. auch Gaier/Wolf/Göcken/Zuck § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 20; Deckenbrock AnwBl Online 2018, 209 (210).

¹⁷⁵ Weyland/Träger § 3 Rn. 13; Kleine-Cosack AnwBl 2006, 13 (15); Offermann-Burckart NJW 2012, 2553 (2556).

¹⁷⁶ Hartung in der 6. Aufl. § 3 Rn. 129; Weyland/Träger § 3 Rn. 13; wohl auch Quaas NJW 2008, 1697 (1698).

¹⁷⁷ Kleine-Cosack § 3 Rn. 19; Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 16.

¹⁷⁸ Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 16; Deckenbrock AnwBl 2009, 170 (177).

¹⁷⁹ Dazu Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 16.

¹⁸⁰ So Weyland/Träger § 3 Rn. 13.

¹⁸¹ OLG Bremen BRAK-Mitt. 2008, 231; Weyland/Träger § 3 Rn. 13. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 20.

¹⁸² Henssler/Prütting/Henssler § 3 Rn. 15; Kleine-Cosack, § 3 Rn. 16; vgl. auch Deckenbrock, NJW 2008, 3529 (3531 f.); ders. AnwBl 2009, 170 (176 f.); ders. AnwBl Online 2018, 209 (215); Kilian AnwBl 2012, 597; Zuck NJW 1999, 263 (265).