

Förster (Hrsg.)

Anwaltliche Vergütung in Erbsachen



# **Anwaltliche Vergütung in Erbsachen**

herausgegeben von

Dr. Lutz Förster, Rechtsanwalt, Brühl

bearbeitet von

Dr. Lutz Förster, Rechtsanwalt, Brühl

Dennis Ch. Fast, Rechtsanwalt, Brühl

2. Auflage

**zerb** verlag

Hinweis:

Die Formulierungsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt, sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Förster (Hrsg.)  
Anwaltliche Vergütung in Erbsachen, 2. Auflage 2022  
zerb verlag, Bonn

ISBN 978-3-95661-117-9

Juristische Fachmedien Bonn GmbH  
Rochusstr. 2–4  
53123 Bonn

© 2022 by zerb verlag – eine Marke der Juristische Fachmedien Bonn GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn  
Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

## Vorwort

In der vorliegenden 2. Auflage wurde das Werk inhaltlich überarbeitet und ergänzt. Die aktuellen Gesetzesreformen (BRAO-Reform,<sup>1</sup> Legal-Tech-Reform<sup>2</sup> sowie das Kostenrechtsänderungsgesetz<sup>3</sup>) sind berücksichtigt worden.

Insbesondere § 1 und hier der Bereich Berufspflichten im Verhältnis zum Mandanten und die Vermeidung von Interessenkollision und dem Verlust des Gebührenanspruchs wurde nach der Resonanz zur ersten Auflage deutlich breiter dargestellt.

Die Bedeutung des Abschlusses einer Gebührenvereinbarung in erbrechtlichen Mandaten wurde durch die Urteile des BGH vom 22.2.2018<sup>4</sup> sowie vom 15.4.2021<sup>5</sup> unterstrichen. Daher wird der Abschluss einer Gebührenvereinbarung neben dem Abschluss einer Vergütungsvereinbarung nochmals deutlich hervorgehoben und empfohlen, im beratenden Mandat, eine entsprechende Gebührenvereinbarung nach § 34 Abs. 1 S. 1 RVG abzuschließen. Literatur und Rechtsprechung wurde berücksichtigt bis zum 29.7.2021.

In der Bürgerbefragung öffentlicher Dienst 2020 durch das Forsa Institut werden Rechtsanwälte nicht mehr explizit genannt. Dies ist mehr als bedauerlich, da ein Bürger ohne Rechtsanwalt selten zu seinem Recht kommt. Die Teilhabe am Rechtsstaat wird erst durch den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin gewährleistet.

Brühl, August 2021

*Dr. Lutz Förster*

- 
- 1 Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe, BGBl I 2021, 2363.
  - 2 Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, BGBl I 2021, 3415.
  - 3 Gesetz zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BGBl I 2020, 3229.
  - 4 BGH, Urt. v. 22.2.2018 – IX ZR 115/17, WM 2018, 1985.
  - 5 BGH, Urt. v. 15.4.2021 – IX ZR 143/20, NJW 2021, 1680.

## Vorwort zur 1. Auflage

Das Meinungsforschungsinstitut Forsa hat im Auftrag des Deutschen Beamtenbundes die deutsche Bevölkerung zu verschiedenen Aspekten befragt. In dieser Umfrage wird seit 2007 auch das Ansehen verschiedener Berufsgruppen ermittelt.<sup>6</sup> An der Spitze des Berufe-Rankings stehen, wie bereits in den vergangenen Jahren, die Feuerwehrleute, die Ärzte sowie die Kranken- und Altenpfleger, die bei nahezu allen Bürgern ein hohes Ansehen haben.

Ein höheres Ansehen als im letzten Jahr weisen aktuell Lokführer und Soldaten auf. Ein schlechteres Ansehen haben 2016 insbesondere Anwälte (minus 9 Prozentpunkte), Bankangestellte (minus 8 Prozentpunkte), Steuerberater (minus 7 Prozentpunkte) sowie EDV-Sachbearbeiter und Steuerbeamte (jeweils minus 5 Prozentpunkte). Anwälte werden aktuell noch mit einem Wert von 48 Prozentpunkten bewertet und befinden sich damit im Ranking in der Nachbarschaft von Studienräten und Journalisten.

Dies ist verwunderlich, da doch die nun im Ranking schlechter bewerteten Berufsgruppen, wie z.B. Rechtsanwälte und Steuerberater, den Rat suchenden Bürger unterstützen sollen und ihm helfen, Geld zu sparen oder zu mehren und Streitigkeiten zu seinen Gunsten zu entscheiden oder zu vergleichen.

Anwälte sind zwischen 2007 und 2015 auf einem Niveau von 58 bzw. 57 Prozentpunkten in der Forsa-Umfrage bewertet worden und nun im Vergleich von 2015 zu 2016 minus 9 Prozentpunkte auf 48 Prozentpunkte gesunken.

Nach einer Umfrage des Allensbach-Instituts für Meinungsforschung stand der Beruf des Rechtsanwalts im Jahr 1996 im sozialen Ansehen auf Platz zwei nach dem des Pfarrers.<sup>7</sup>

Das war keineswegs immer so: Im Jahre 1325 beklagte der französische König Charles IV (1295–1328) die von den Advokaten verübten *Oppressiones pauperum*, die sich vor allem in betrügerischen Honorarabsprachen äußerten.<sup>8</sup> Auf dem Kontinent war dies der Auftakt für den jahrhundertelangen Kampf gegen betrügerische Ausbeutung der Rechtslaien durch Anwälte.

Spätestens seit Mitte des 17. Jahrhunderts war der Advokat die umstrittenste Gestalt unter den Juristen.<sup>9</sup>

Die Advokatur mit ihrem meist schlecht ausgebildeten Personal zog als freier Beruf, bei dem die Verführung zu eigennützigem Verhalten groß war und auch

---

6 Bürgerbefragung öffentlicher Dienst 2016, dbb Beamtenbund ([www.dbb.de](http://www.dbb.de)).

7 Huff, in FAZ vom 24.8.1996, Seite 13.

8 Decrusy/Isambert/Jourdan III., Seite 317.

9 Liermann, Seite 34.

bei verlorenem Prozess auf Honorarzahlung bestanden wurde, Erbitterung und Vorwürfe auf sich.<sup>10</sup>

Der Hauptvorwurf der finanziellen Ausbeutung der Klienten richtete sich auf die Geldgier und die Prozessverschleppung der Anwälte. Hierin wurde eine berufseigene Untugend gesehen.<sup>11</sup> Der französische König Charles IV stellte bereits 1325 in einem Mandement fest, dass die Anwälte bei ihren Honorarforderungen allzu oft die Grenze des Angemessenen überschritten und rief sie zur Ordnung auf.<sup>12</sup>

Er legte für Advokaten und Notare feste Gebührensätze fest.<sup>13</sup> Ähnliche Taxen waren auch in der spätmittelalterlichen Reichskanzlei und der Wormser Ordnung von 1495 in Geltung.<sup>14</sup> Die Wirklichkeit war jedoch geprägt von Honorarabsprachen und Gebührenüberschreitungen auf der einen Seite und häufig willkürlichen und allzu rigorosen Gebührenherabsetzungen durch die Gerichte auf der anderen Seite.<sup>15</sup>

Ein weiteres typisches Anwaltsverbrechen war die Prävarikation – der Parteiverrat. Darüber hinaus wurde Kritik geübt an der trickreichen Anwendung von Formalitäten und Wortklauberei oder die Übernahme auch als ungerecht erkannter Rechtssachen.<sup>16</sup>

Diese Vorwürfe ziehen sich wie ein roter Faden durch die Jahrhunderte.<sup>17</sup> Bis heute steht unser Ivo vor der Pforte des Himmels und wartet auf Kollegen. Dabei wird es lange bleiben, bis er womöglich doch noch einen gerechten, formen und treuen Anwalt trifft.<sup>18</sup>

Nun genug der düsteren Gedanken und der Beschreibungen der Jahrhunderte!

Das vorliegende Buch beschäftigt sich mit den anwaltlichen Gebühren im Erbrecht, setzt jedoch auch Schwerpunkte zu Fragen der Interessenkollision, der Gebührenvereinbarung und ihrer Angemessenheit sowie der erfolgreichen Kommunikation mit dem Mandanten.

Möge dieses Buch dazu beitragen, dass bei einer späteren Umfrage des Forsa Instituts die Anwaltschaft vielleicht den einen oder anderen Prozentpunkt wiedergutmachen kann.

---

10 *Rieck*, Seite 178 m.w.Nw.

11 *Rieck*, Seite 179.

12 *Rieck*, Seite 179, Seite 180 m.w.Nw.

13 *Rieck*, Seite 180, m.w.Nw.

14 *Laufs*, Einleitung, Seite 37.

15 *Rieck*, Seite 180 m.w.Nw.

16 *Rieck*, Seite 180, 181 m.w.Nw.

17 *Rieck*, Seite 182 m.w.Nw.

18 *Brant*, Seite 264–267.



## Danksagung

Für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts danke ich herzlich Frau Rechtsanwältin Andrea Albers sowie Frau Marita Blaschko, M.A. vom zerb verlag.

Die Zusammenarbeit mit Ihnen war in gewohnter Weise angenehm, produktiv und zielführend.

Weiterhin danke ich meiner Ehefrau und Kanzleimanagerin, Christina Förster, für Verständnis und Unterstützung im Rahmen des Buchprojektes sowie meinem Mitautoren Herrn Rechtsanwalt Dennis Fast für engagierte, kompetente und verlässliche Mitarbeit an dem vorliegenden Werk.

Darüber hinaus spreche ich meinen Dank aus meinen Mitarbeiterinnen Aleyna Barut und Suhayla Celik, die bei der Erstellung des Manuskripts mitgewirkt haben.



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Danksagung .....	IX
Musterverzeichnis .....	XIII
Literaturverzeichnis .....	XV
<b>§ 1 Die Annahme des erbrechtlichen Mandats .....</b>	<b>1</b>
A. Einführung .....	1
B. Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit im erbrechtlichen Mandat .....	2
C. Annahme und Ablehnung des erbrechtlichen Mandats .....	2
<b>§ 2 Die Vergütungsmöglichkeiten im erbrechtlichen Mandat .....</b>	<b>43</b>
A. Einführung .....	44
B. Die Vergütungsvereinbarung .....	47
C. Der Abgeltungsbereich der Gebühren nach dem Rechtsanwalts- vergütungsgesetz .....	104
D. Haftungsbeschränkung .....	116
E. Zusammenfassung .....	119
<b>§ 3 Die Abrechnung im erbrechtlichen Mandat bei außergerichtlicher   Tätigkeit .....</b>	<b>121</b>
A. Gebührentatbestände .....	121
B. Abrechnung bei der Testamentserrichtung .....	134
C. Abrechnung bei Vorsorgevollmacht/Patientenverfügung .....	139
D. Die Erbengemeinschaft .....	142
E. Pflichtteilsrecht .....	147
F. Die Testamentsvollstreckung .....	148
G. Der Rechtsanwalt als Mediator in erbrechtlichen Angelegenheiten ...	161
H. Hilfeleistung in Steuersachen .....	162
<b>§ 4 Die Abrechnung im erbrechtlichen Mandat bei gerichtlicher   Tätigkeit .....</b>	<b>163</b>
A. Kostenrechtsänderungsgesetz .....	164
B. Erkenntnisverfahren (1. Instanz) .....	174
C. Berufungsverfahren .....	182
D. Erbrechtliche Besonderheiten .....	183
E. Zwangsvollstreckungsverfahren .....	198
F. Verfahren nach dem FamFG .....	202
G. Verfahren vor einem Schiedsgericht .....	213
H. Gebühren in der gerichtlichen Mediation .....	215

---

I. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe .....	217
J. Durchsetzung der Gebührenansprüche .....	219
<b>§ 5 Exkurs: Erfolgreiche Kommunikation .....</b>	<b>225</b>
A. Grundlagen .....	225
B. Techniken der Gesprächsführung .....	232
C. Techniken der Verhandlungsführung .....	238
D. Fazit .....	243
<b>§ 6 Fazit .....</b>	<b>245</b>
<b>Anhang 1: Geschäftswerte .....</b>	<b>247</b>
<b>Anhang 2: Beispiele für Verfahrensgebühren .....</b>	<b>251</b>
<b>Anhang 3: Leistungsübersicht der Rechtsschutzversicherer im Erbrecht .....</b>	<b>255</b>
<b>Anhang 4: GNotKG – Auszug – .....</b>	<b>259</b>
<b>Anhang 5: Anlage 1 (zu § 3 Absatz 2 GNotKG) Kostenverzeichnis ...</b>	<b>279</b>
Stichwortverzeichnis .....	295

---

## Musterverzeichnis

<b>§ 1</b>	<b>Die Annahme des erbrechtlichen Mandats</b>	
1.1.	Aufklärung über Interessenkollision.....	38
<b>§ 2</b>	<b>Die Vergütungsmöglichkeiten im erbrechtlichen Mandat</b>	
2.1.	Widerrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen .....	64
2.2.	Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzverträgen.....	66
2.3.	Vergütungsvereinbarung (Pauschalhonorar) .....	83
2.4.	Vergütungsvereinbarung (Zeithonorar).....	91
2.5.	Vergütungsvereinbarung (Kombination Pauschal- und Zeit- honorar) .....	94
2.6.	Haftungsbeschränkungsvereinbarung.....	118
<b>§ 3</b>	<b>Die Abrechnung im erbrechtlichen Mandat bei außergericht- licher Tätigkeit</b>	
3.1.	Gebührenvereinbarung .....	136



## Literaturverzeichnis

- Assenmacher/Mathias*, Kostenordnung, Alphanethischer Kommentar, 16. Auflage 2008
- Bamberger*, Lösungsorientierte Beratung, 5. Auflage 2015
- Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Auflage 2020
- Berne*, Games people play (Deutsche Übersetzung u.d.T. „Spiele der Erwachsenen“) Psychologie der menschlichen Beziehungen, 1967
- Bischof/Jungbauer/Bräuer/Hellstab/Klipstein/Klüsener/Kerber*, RVG Kommentar, 9. Auflage 2021
- Brieske*, Die anwaltliche Honorarvereinbarung, 1997
- Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Auflage 2020
- Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Der Erbprozess, 5. Auflage 2017
- Bonefeld/Wachter*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Auflage 2014
- Damrau/Tanck* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Decrusy/Francois/Jourdan*, Recueil général des anciennes lois francaises, Band 3 und 4, Paris 1822
- Fischer*, Strafgesetzbuch, 68. Auflage 2021
- Fisher/Shapiro*, Beyond Reason: Using emotions as you negotiate, 2005
- Förster*, Anwaltskript Erbrecht, 4. Auflage 2012
- Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos*, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht, 7. Auflage 2019
- Gerold/Schmidt*, RVG-Kommentar, 25. Auflage 2021
- Glasl*, Konfliktmanagement, 9. Auflage 2009
- Goleman*, Emotionale Intelligenz, 2. Auflage 1997
- Gottwald*, Einführung in das Thema, in: Gottwald/Haft: Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 2. Auflage 1993
- Groll/Steiner*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Auflage 2019
- Groß/Eder*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 5. Auflage 2018
- Haft*, Verhandlung und Mediation, 2. Auflage 2000
- Hansens*, Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, Kommentar mit Gebührentafeln, 9. Auflage 2007
- Harbauer*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Auflage 2018

- Hartung/Scharmer*, Berufs- und Fachanwaltsordnung: BORA/FAO, 7. Auflage 2020
- Hartung/Schons/Enders*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG, Kommentar, 3. Auflage 2017
- Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 51. Edition, Stand: 1.5.2021
- Henssler/Prütting*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 5. Auflage 2019
- Hohensee/Georgy*, Stressmanagement für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 2019
- Jungbauer*, Rechtsanwaltsvergütung, 6. Auflage 2016
- Kerscher/Krug/Spanke* (Hrsg.), Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019
- Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Auflage 2018
- Kindermann*, Gebührenpraxis für Anwälte, 2010
- Kleine-Cosack*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 8. Auflage 2020
- Korintenberg*, GNotKG Kommentar, 21. Auflage 2020
- Kroiß/Horn/Solomon* (Hrsg.), Nachfolgerecht, 2. Auflage 2019
- Kroiß/Seiler*, FamFG, Kommentiertes Verfahrensformularbuch, 2014
- Krug* (Hrsg.), Pflichtteilsprozess, 2. Auflage 2018
- Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 6. Auflage 2019
- Lange*, Rhetorische Kommunikation, 1985
- Lieb*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, 2004
- Liermann*, Richter, Schreiber, Advokaten, 1957
- Mayer/Bonefeld*, Testamentsvollstreckung, 4. Auflage 2015
- Mayer/Kroiß*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 8. Auflage 2021
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, 8. Auflage 2018
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, 8. Auflage 2018
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10, 8. Auflage 2018
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11, 8. Auflage 2018
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage 2021
- Portner*, Besser Verhandeln – Das Trainingsbuch, 3. Auflage 2013
- Rieck*, Der Heilige Ivo von Hélorý (1247–1303), *Advocatus pauperum* und Patron der Juristen, Rechtshistorische Reihe, Band 178, 1998

- Riedel/Sußbauer*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 10. Auflage 2015
- Rißmann*, Die Erbengemeinschaft, 3. Auflage 2019
- Rosner*, Gelingende Kommunikation – revisited, 3. Auflage 2012
- Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018
- Schiffer*, Mandatspraxis, Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, 2. Auflage 2005
- Schiffer/Rott/Pruns (Hrsg.)*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, 2014
- Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms*, Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, 2006
- Schneider*, Die Vergütungsvereinbarung – Zulässigkeit, Gestaltung, Durchsetzung, 2006
- Schneider*, Gerichtskosten nach dem GNotKG, 2. Auflage 2016
- Schneider/Herget*, Streitwert-Kommentar für den Zivilprozess und FamFG-Verfahren, 14. Auflage 2015
- Schneider/Mock*, Das neue Gebührenrecht für Anwälte, Abrechnen nach dem neuen RVG, 2004
- Schneider/Volpert (Hrsg.)*, Anwaltkommentar RVG, 9. Auflage 2021
- Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019
- Sefrin*, Beck'sche Online-Formulare, Zivilrecht, 37. Edition 2021
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5, Erbrecht, §§ 2197–2228, Neubearbeitung 2020
- Tavris, Anger*, The Misunderstood Emotion, 1989
- Uricher*, Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Ury/Brett/Goldberg*, Konfliktmanagement – Wirksame Strategien für den Interessenausgleich, 1991
- Von Seltmann (Hrsg.)*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG, Kommentar, 2021
- Watzlawick/Beavien*, Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien, 1990
- Weisbach/Sonne-Neubacher*, Professionelle Gesprächsführung. Ein praxisnahes Lese- und Übungsbuch, 9. Auflage 2015
- Weyland*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 10. Auflage 2020
- Winheller*, Professionelles Verhandeln. In: Christian Wermke, Andreas Winheller: AnwaltsBasics – Mediation – Praxiswissen für den Anwalt, 2012
- Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 23. Auflage 2020

Zöller, ZPO-Kommentar, 34. Auflage 2022

### **Aufsätze**

- Bereska*, BGH zum Fernabsatz: Kein Sonderrecht für die Anwaltschaft, AnwBl 2021, 97
- Blattner*, 15-Minuten-Zeittakt: Das letzte Wort ist (nicht) gesprochen?!, AnwBl 2020, 344
- Bonefeld*, Erbrechtliche Beratung und Rechtsschutzversicherung, ZErB 1999, 11
- Bredemeyer*, Erbrechtliche Geschäftsgebühr von 1,8, ZErB 2012, 180
- Burbhoff*, Gebührenbemessung im OWi-Verfahren, RVG-Report 2005, 361
- Bühl*, Die Anwaltsvergütung bei Widerruf des Verbrauchermandats – Besonderheiten des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Mandats, AnwBl 2014, 908
- Deckenbrock*, Interessenkollision und gemeinschaftliche Berufsausübung – was gilt?, AnwBl 2009, 170
- Deckenbrock*, Tätigkeitsverbot des Anwalts: Rechtsfolgen beim Verstoß, AnwBl 2010, 221
- Deckenbrock*, BGH Urteil: Nichtigkeit des Anwaltsvertrags bei Interessenkollision, AnwBl 2016, 594
- Deckenbrock*, Grenzen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen, NJW 2020, 1776
- Deckenbrock/Henssler*, Der (Teil-)Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts im Falle vorzeitiger Mandatsbeendigung im Normgefüge des § 628 BGB, NJW 2005, 1
- Dietlein*, BGH Beschluss v. 27.07.2020 – VI ZR 476/18, Tätig werden eines Rechtsanwalts als Sicherheitentreuhänder mit Anmerkung des Autors, NJW 2020, 3451
- Diller*, Große BRAO – Reform: Interessenkollision 3.0, AnwBl Online 2021, 238
- Diller*, Das „neue“ Erfolgshonorar – was die Praxis jetzt wissen muss, AnwBl Online 2021, 246
- Enders*, Die Vergütung des Anwalts für eine Tätigkeit im schiedsgerichtlichen Verfahren – Teil I, JurBüro 1998, 169
- Enders*, Die anwaltliche Honorarrechnung in erbrechtlichen Angelegenheiten Teil VI – Gerichtliche Tätigkeit – Stufenklage, JurBüro 2001, 58
- Ewig*, Mediation aus der Sicht der Anwaltschaft, BRAK 1996, 147
- Förster/Fast*, Anwaltliche Vergütung und das Kostenrechtsänderungsgesetz, ZAP 2021, 305

- Grunewald*, Die Vertretung mehrerer Miterben durch einen Rechtsanwalt bzw. Sozietät, ZEV 2006, 386
- Hansens*, Drei berichtigende Absätze des Gesetzgebers zur Gebührenanrechnung – Überblick zur Neuregelung der §§ 15a, 55 Abs. 5 RVG, AnwBl 2009, 535
- Henssler*, Rechtsunsicherheiten beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, AnwBl 2018, 342
- Henssler*, Große BRAO-Reform: Interessenkollision bei Anwaltsreferendaren, AnwBl 2021, 51
- Henssler/Deckenbrock*, Der (Teil-)Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts im Falle vorzeitiger Mandatsbeendigung im Normgefüge des § 628 BGB, NJW 2005, 1
- Hirtz*, Interessenkollision – ein aktueller Dauerbrenner, NJW 2019, 2265
- Hommerich/Kilian*, Stundensätze der deutschen Anwaltschaft – Das Vergütungsbarometer des Soldan-Instituts 2009, NJW 2009, 1569
- Jung*, Vorvertragliche Informationspflichten des Rechtsanwalts, AnwBl 2015, 724
- Kallenbach*, 5-facher RVG-Satz: Marktangemessenes Honorar nicht sittenwidrig, AnwBl 2017, 208
- Kamps*, Zur anwaltlichen Vergütung bei Gestaltung eines gemeinschaftlichen Testaments, ErbR 2018, 313
- Kilian*, Anwaltsgebühren – Vertretung widerstreitender Interessen, RdA 2006, 120
- Krach*, Verbraucherschutz sabotiert effiziente Rechtsvertretung, AnwBl 2021, 224
- Madert*, Die Mittelgebühr nach Nr. 2400 VV, AGS 2004, 185
- Madert*, Probleme bei den Bestimmungen des Vergütungsverzeichnisses zum Teil 2, „Außergerichtliche Tätigkeit einschließlich der Vertretung in Verwaltungsverfahren“, AGS 2005, 2
- Mayer*, Aktuelle Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte im Erbrecht, ZErB 2001, 197
- Mayer*, BGH: Keine Geschäftsgebühr für Entwurf eines gemeinschaftlichen Testaments mit wechselbezüglichen Verfügungen, FD – RVG 2021, 438971
- Mock*, Teilleistungen: Folgen für die Anwaltsvergütung durch die regulären Umsatzsteuersätze seit 1.1.2021, RVG prof. 2021, 23
- Müller/Rabe*, § 15a RVG, NJW 2009, 2913
- Mümmeler*, Aus der Kostenpraxis des Rechtsanwalts für die Praxis, JurBüro 1987, 1315

- Offermann-Burckart*, Interessenlage und Interessenwiderstreit in erbrechtlichen Mandaten, ZEV 2007, 151
- Offermann-Burckart*, Interessenkollision – Was jeder Anwalt wissen sollte, AnwBl 2008, 446
- Offermann-Burckart*, Interessenkollision – Jeder Fall ist anders, AnwBl 2009, 729
- Offermann-Burckart*, Interessenkollision – russisches Roulette oder beherrschbares Risiko?, AnwBl Online 2018, 200
- Offermann-Burckart*, Die Gefahr latenter Interessenkonflikte im Mehrpersonenmandat, AnwBl 2019, 602
- Otto*, Die angemessene Rahmengebühr nach dem RVG, NJW 2006, 1472
- Pothast*, Interessenkollision im Erbrecht – Berufsrechtliche Grundlagen und Rechtsfolgen eines Verstoßes, ErbR 2021, 376
- Reckin*, Das KostRÄG 2021 – So wenden Sie die neuen Regeln optimal an, Sonderausgabe RVG prof. 2021
- Reckin*, Neues zur Terminsgebühr bei Vergleichen, RVG prof. 2021, 26
- Reckin/Kallenbach*, Keine Geschäftsgebühr für Entwurf eines gemeinschaftlichen Testaments, AnwBl Online 2021, 425
- Rott/Schiffer*, Moderne Formen der Vergütung von Testamentsvollstreckern in der Praxis, BBEV 2008, 102
- Ruby*, Die Rechtsschutzversicherung im erbrechtlichen Mandat, ZEV 2004, 319
- Ruby*, Nur Beratungs-, keine Geschäftsgebühr für den Entwurf zweier aufeinander abgestimmter Einzeltestamente, ZEV 2018, 407
- Schneider*, Welche Vergütung erhält der Anwalt für den Entwurf eines Testaments?, AGS 2006, 60
- Schneider*, Kostenpraxis der Gegenstandswerte im Erbscheinsverfahren, ErbR 2011, 210
- Schneider*, Antrag auf Akteneinsicht: Beratungs- oder Geschäftstätigkeit, NJW – Spezial 2016, 347
- Schneider*, Vergütung für einen Testamentsentwurf, NJW – Spezial 2017, 731
- Schneider*, Entwerfen eines Testaments ist Beratungstätigkeit, NJW – Spezial 2018, 315
- Schneider*, Entwerfen eines Testaments ist Beratungstätigkeit, ErbR 2018, 312
- Schneider*, Verfahrenswert bei Stufenantrag mit nachträglicher offener Teilbeziehung in der Leistungsstufe, NZFam 2019, 548

- Schneider*, Übergangsrecht, ErbR 2021, 28
- Schneider*, Entwurf eines gemeinschaftlichen Testaments als Beratungstätigkeit, NJW – Spezial 2021, 315
- Schneider/Reckin*, RVG – Anpassung kommt: Was ändert sich zum 1. Januar 2021?, AnwBl Online 2021, 89
- Schons*, Die Vergütungsklage des Rechtsanwalts – Gewusst wie – Praktische Tipps für das Vorgehen gegen säumige Mandanten, AnwBl 2011, 281
- Schons*, Vergütungsvereinbarung: Wer, wann, wie, warum – Wer es nicht macht, ist dumm?, AnwBl Online 2020, 372
- Schons*, Optimierung der anwaltlichen Vergütung, ErbR 2021, 664
- Soldan-Institut*, Der Preis der Zeit-Stundensätze deutscher Rechtsanwälte, AnwBl 2006, 473
- Streck*, Fragen des richtigen Zeitpunkts – der richtigen Zahl; Steuerfragen; Anregungen, AnwBl 1998, 439
- Streck*, Die Vergütungsvereinbarung für die außergerichtliche anwaltliche Beratung – Von der Kunst des Abrechnens, AnwBl 2006, 149
- v. Falkenhausen*, Interessenkonflikt – wenn Dritte am Mandat beteiligt sind?, AnwBl 2021, 36
- Volpert*, Teilungsversteigerung: So wird sie abgerechnet, RVG prof. 2013, 15
- Zimmermann*, Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung, ZEV 2001, 334



## § 1 Die Annahme des erbrechtlichen Mandats

Übersicht:	Rdn	Rdn
A. Einführung	1	
B. Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit im erbrechtlichen Mandat	2	
C. Annahme und Ablehnung des erbrechtlichen Mandats	4	
I. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit	4	
II. Berufsrechtliche Grundpflichten	5	
1. Unabhängigkeit	7	
2. Verschwiegenheit	8	
3. Interessenkollision	10	
a) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen	11	
aa) Dieselbe Rechtssache	14	
bb) Interessengegensatz	18	
cc) Vertretung	30	
b) Anwaltliche Vor- und Nachbefassung	34	
c) Einverständnis des Mandanten	37	
d) Interessenkollision bei Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaften	40	
e) Rechtsfolgen einer Interessenkollision	43	
aa) Ablehnung, Beendigung und Kündigung des Mandats	44	
bb) Gebührenrechtliche Folgen	49	
(1) Interessenkollision bei Mandatsübernahme	50	
(2) Interessenkollision im Laufe der Mandatsvertretung	60	
cc) Berufs- und strafrechtliche Folgen	66	
dd) Prozessuale Folgen	67	
f) Interessenkollisionen im erbrechtlichen Mandat	68	
aa) Interessenkollision bei der Erbengemeinschaft	71	
		(1) Interessenkollision bei der Erbauseinandersetzung und bei dem Bestehen einer Ausgleichspflicht
		(2) Interessenkollision bei der Erbauseinandersetzung und dem Bestehen einer Insolvenzforderung
		bb) Interessenkollision im Pflichtteilsrecht
		(1) Interessenkollision bei der Anrechnung einer Schenkung auf den Pflichtteilergänzungsanspruch gem. §§ 2325, 2327 BGB
		(2) Interessenkollision bei der Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen und der Abwehr von Nachlassforderungen
		(3) Interessenkollision bei der Beratung einer Testamenterrichtung und späteren Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen
		cc) Beratung von Ehegatten bei der Gestaltung eines Ehegattentestaments oder eines Ehegattenerbvertrags
		dd) Interessenkollision bei unklarer Erbfolge
		ee) Interessenkollision in der Mediation
		g) Zusammenfassung

### A. Einführung

Der im Erbrecht tätige Anwalt darf, wie jeder Anwalt, nicht gegen geltendes Recht verstoßen und damit seinen Gebührenanspruch gefährden. Gerade in erbrechtlichen Fallgestaltungen, die zum Teil einen Zeitraum von mehreren Jahren in Anspruch nehmen, sich dynamisch entwickeln können, so dass durch die Änderung der Interessen des Mandanten plötzlich Interessenkollisionen entstehen, die zu Beginn des Mandats noch nicht bestanden haben, ist die Gefahr des Rechtsverstoßes gegeben.

## B. Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit im erbrechtlichen Mandat

- 2 Der Gesetzgeber hat den Begriff des gebührenrechtlichen Gegenstandes nicht näher bestimmt. Maßgeblich ist allein der sachliche Gehalt dieser Tätigkeit ungeachtet der jeweiligen Person, für die der Anwalt tätig wird.<sup>1</sup> Dies folgt aus der gesetzlichen Vorgabe in Nr. 1008 Abs. 1 VV RVG, wonach ein Gegenstand trotz Mehrzahl und Verschiedenheit der Mandanten derselbe sein könne. Worum es jeweils geht, bestimmt sich nach der anwaltlichen Aufgabenstellung im Einzelfall.<sup>2</sup>
- 3 Der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit wird aus dem Recht oder Rechtsverhältnis gebildet, auf das sich die jeweilige Tätigkeit des Anwalts bezieht.<sup>3</sup> Was Gegenstand der Tätigkeit des Anwalts ist, bestimmt sich nach dem erteilten Auftrag. Es können demgemäß nur solche Tätigkeiten in Rechnung gestellt werden, die aufgrund des konkret erteilten Auftrags angefallen sind.<sup>4</sup>

## C. Annahme und Ablehnung des erbrechtlichen Mandats

### I. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit

- 4 Der Rechtsanwalt ist bei der Annahme oder Ablehnung eines erbrechtlichen Mandats unter Berücksichtigung der Privatautonomie frei. Ein Kontrahierungszwang besteht für ihn nicht.<sup>5</sup> Welcher Inhalt dem Anwaltsvertrag bei der Annahme des Mandats zugrunde liegt, hängt von der konkret getroffenen Vereinbarung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten im Einzelfall ab. Lehnt der Anwalt hingegen das Mandat ab, muss er dem Auftraggeber die Ablehnung nach § 44 S. 1 BRAO unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), anzeigen.<sup>6</sup> Unterlässt er eine solche Anzeige, hat er den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen, § 44 S. 2 BRAO.

### II. Berufsrechtliche Grundpflichten

- 5 Obwohl der Rechtsanwalt bei der Annahme von Mandaten frei ist, können ihn berufsrechtliche Grundpflichten daran hindern, das Mandat anzunehmen oder fortzuführen.

---

1 BGH NJW 2005, 3786 = AGS 2006, 89.

2 Schneider/Volpert/Volpert, VV 1008 Rn 29.

3 BGH AGS 2010, 2013 = NJW 2010, 1373.

4 Kerscher/Krug/Spanke/Seiler-Schopp, § 5 Rn 23.

5 BGHZ 47, 320 = NJW 1967, 1567.

6 Henssler/Prütting/Kilian, § 44 BRAO Rn 10.

Die Berufspflichten werden in der juristischen Ausbildung meist stiefmütterlich behandelt, da sie nur selten einen Schwerpunkt der Ausbildung darstellen. Insbesondere jüngere Kolleginnen und Kollegen weisen im Berufsrecht Lücken auf. Diesbezüglich hat der Bundestag jüngst im Rahmen der BRAO-Reform die Einführung von § 43f BRAO beschlossen, wonach Anwältinnen und Anwälte künftig in einer Lehrveranstaltung von mindestens zehn Zeitstunden Kenntnisse im Berufsrecht, spätestens bis zum Ende des ersten Jahres nach Zulassung, erwerben müssen.<sup>7</sup> 6

Schließlich scheuen aber auch ältere Kolleginnen und Kollegen teilweise die Auseinandersetzung mit den Berufspflichten. Insbesondere im Erbrecht spielt jedoch die Berufspflicht des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen bzw. des strafrechtlichen Parteiverrats eine bedeutende Rolle. Daher muss das Verbot der widerstreitenden Interessen aufgrund seiner hohen Praxisrelevanz im erbrechtlichen Mandat in den Vordergrund der vorliegenden Bearbeitung gerückt und der anwaltlichen Vergütung in Erbsachen vorangestellt werden.

### 1. Unabhängigkeit

Den Rechtsanwalt trifft zunächst die allgemeine Verpflichtung zur Unabhängigkeit, wonach er keine Bindungen eingehen darf, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden, § 43a Abs. 1 BRAO. Daneben darf der Rechtsanwalt sich im Rahmen seiner Berufsausübung nicht unsachlich verhalten, § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO. Unsachlich ist danach insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder solche herabsetzende Äußerungen handelt, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrenslauf keinen Anlass geben, § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO. 7

### 2. Verschwiegenheit

Im Verhältnis zum Mandanten bildet die Verschwiegenheitspflicht aus § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB einen Hauptpunkt der anwaltlichen Berufspflichten. Die Verschwiegenheitspflicht bildet die unerlässliche Grundlage des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant.<sup>8</sup> 8 Der Mandant darf darauf vertrauen, dass der Rechtsanwalt ohne seinen Willen keine Informationen offenbart, die ihm anvertraut worden sind.<sup>9</sup> Die Verschwiegenheitspflicht umfasst daher alles, was dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufs bekannt geworden ist, ohne dass es darauf ankommt, von wem und auf welche Weise er sein Wissen erworben hat.<sup>10</sup> Hierzu gehört nicht das Wissen,

7 Die BRAO-Reform tritt zum 1.8.2022 in Kraft.

8 *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rn 5.

9 *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 45.

10 BGH NJW 2011, 1077, 1078.

was dem Rechtsanwalt nur anlässlich seiner beruflichen Tätigkeit zur Kenntnis kommt, ohne dass ein innerer Zusammenhang mit dem Mandat besteht.<sup>11</sup> Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn der Rechtsanwalt das Wissen als wartender Zuhörer einer Gerichtsverhandlung erwirbt, die mit seinem Mandat nichts zu tun hat.<sup>12</sup>

- 9 Neben der Verschwiegenheitspflicht treffen den Rechtsanwalt Sorgfaltspflichten bezogen auf die Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte aus § 43a Abs. 5 BRAO sowie die Pflicht zur Anlegung und Aufbewahrung von Handakten, § 50 Abs. 1 und Abs. 2 BRAO.

### 3. Interessenkollision

- 10 Für das erbrechtliche Mandat bildet das Verbot der Vertretung der widerstreitenden Interessen aus § 43a Abs. 4 BRAO einen Grundpfeiler der anwaltlichen Berufspflichten im Verhältnis zum Mandanten. In der alltäglichen Praxis ist es vielen Rechtsanwälten gerade bei der Vertretung von erbrechtlichen Mandanten nicht bewusst, dass eine Interessenkollision vorliegt, welche den Rechtsanwalt dazu zwingt, die Annahme des Mandats abzulehnen bzw. das angenommene Mandat insgesamt sofort niederzulegen. Eine empirische Studie<sup>13</sup> aus dem Jahre 2011 führt das Problem vor Augen. Durchschnittlich mussten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer in den zurückliegenden drei Jahren fünf Mandate wegen einer Interessenkollision ablehnen.<sup>14</sup> Aus diesem Grund soll im Folgenden zunächst das Verbot der widerstreitenden Interessen abstrakt unter Berücksichtigung seiner gebührenrechtlichen Folgen dargestellt werden, bevor mögliche Fallstricke im Erbrecht skizziert werden. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen aktuell vom Gesetzgeber in § 43a Abs. 4 BRAO reformiert wird. Der Bundestag hat die Reform jüngst verabschiedet und § 43a Abs. 4 BRAO neu gefasst und Abs. 5 und Abs. 6 neu eingeführt:

*„(4) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er einen anderen Mandanten in derselben Rechtssache bereits im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten hat. Das Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf gemeinschaftlich mit einem Rechtsanwalt ausüben, der nach Satz 1 nicht tätig werden darf. Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 2 bleibt bestehen, wenn der nach Satz 1 ausgeschlossene Rechtsanwalt die gemeinschaftliche Berufsausübung beendet. Die Sätze 2 und 3 sind nicht anzuwenden, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit des Rechtsanwalts nach umfassender Information in Textform zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die*

---

11 BGH NJW 2011, 1077, 1078.

12 BGH NJW 2011, 1077, 1078.

13 Kilian, AnwBl 2012, 495.

14 Kilian, AnwBl 2012, 495.

*Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sicherstellen. Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1, das gegenüber einer Berufsausübungsgesellschaft besteht, entfällt, wenn die Voraussetzungen des Satzes 4 erfüllt sind. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots nach Satz 1 oder Satz 2 erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung des Mandanten offenbart werden.*

*(5) Absatz 4 Satz 1 gilt entsprechend für die Tätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt. Absatz 4 Satz 2 ist nicht anzuwenden, wenn dem Tätigkeitsverbot nach Absatz 4 Satz 1 eine Tätigkeit als Referendar nach Satz 1 zugrunde liegt.*

*(6) Absatz 4 Satz 1 gilt entsprechend für ein berufliches Tätigwerden des Rechtsanwalts außerhalb des Anwaltsberufs, wenn für ein anwaltliches Tätigwerden ein Tätigkeitsverbot nach Absatz 4 Satz 1 bestehen würde.“<sup>15</sup>*

Die BRAO-Reform ist am 12.7.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Sie tritt zum 1.8.2022 in Kraft.<sup>16</sup>

#### a) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen

Nach § 43a Abs. 4 BRAO darf der Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten. § 3 Abs. 1 BORA konkretisiert das Verbot dahingehend, dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war. Als Generalklausel soll § 43a Abs. 4 BRAO dem Entstehen von Interessenkonflikten in der Person des Rechtsanwalts vorbeugen.<sup>17</sup>

Neben der Sicherstellung des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten soll die rechtsstaatliche Rechtspflege durch die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und der Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung gewährleistet werden.<sup>18</sup> Diese Kriterien stehen nicht zur Disposition der Mandanten, vielmehr muss sich der Rechtsverkehr darauf verlassen können, dass die berufsrechtlichen Grundpflichten des § 43a BRAO berücksichtigt werden, damit die angestrebte Chancen- und Waffengleichheit der Bürger untereinander und gegenüber dem Staat gewahrt werden und die Rechtspflege funktionsfähig bleibt.<sup>19</sup> Die anwaltlichen Aufgaben sollen durch einen unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt wahrgenommen werden.<sup>20</sup> Der Rechtsanwalt, der sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht,

15 BGBl I 2021, 2363, 2366 f.

16 BGBl I 2021, 2363; zur Gesetzesreform *Diller*, AnwBl Online 2021, 238 ff. m.w.N.

17 *Koch/Kilian*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 296 Rn 813 f.

18 BT-Drucks 12/4993, 27; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rn 139.

19 BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520, 2521; BGH NJW 2008, 1307.

20 BGHZ 174, 186 = NJW 2008, 1307, 1308.

verliert daher jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienste des Rechtssuchenden.<sup>21</sup>

- 13 Durch die Gewährleistung der rechtsstaatlichen Rechtspflege wird das geschützte Rechtsgut des § 356 StGB in die berufsrechtliche Grundpflicht übertragen.<sup>22</sup> Nach § 356 StGB macht sich ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand strafbar, wenn er den Parteien bei den ihm anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient. Infolge der Einbeziehung des geschützten Rechtsguts des Parteiverrats von § 356 StGB wird der Verbotstatbestand von § 43a Abs. 4 BRAO über den Wortlaut der Vertretung von widerstreitenden Interessen hinaus durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „derselben Rechtssache“ ergänzt.<sup>23</sup> Dem Rechtsanwalt ist daher die Vertretung von widerstreitenden Interessen verboten, sofern sich bei der derselben Rechtssache gegenläufige Interessen gegenüberstehen.

Daher müssen gemäß § 43a Abs. 4 BRAO tatbestandlich drei Voraussetzungen für eine Interessenkollision vorliegen:

1. dieselbe Rechtssache,
2. ein Interessengegensatz und
3. eine Vertretung.

aa) Dieselbe Rechtssache

- 14 Unter eine Rechtssache fällt jede rechtliche Angelegenheit, die zwischen mehreren Beteiligten mit möglicherweise entgegenstehenden rechtlichen Interessen nach Rechtsgrundsätzen behandelt oder erledigt werden soll.<sup>24</sup> Ob dieselbe Rechtssache vorliegt, bestimmt sich nach dem sachlich-rechtlichen Inhalt der anvertrauten Angelegenheit.<sup>25</sup>

Entscheidend ist, dass das anvertraute materielle Rechtsverhältnis bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückgeführt werden kann.<sup>26</sup> Dieselbe Rechtssache setzt daher die Identität der dem Rechtsanwalt anvertrauten Lebenssachverhalte voraus, wonach in beiden Sachenverhalten ein und derselbe historische Vorgang von Bedeutung sein muss.<sup>27</sup> Nicht der einzelne Anspruch aus dem einheitlichen Sachverhalt steht im Vordergrund derselben Rechtssache, sondern die Identität des einheitlichen Lebensverhältnisses selbst.<sup>28</sup> Von derselben Rechtssache kann daher nicht nur

21 BVerfG NJW 2003, 2520, 2521.

22 Vgl. BVerfG NJW 2001, 3180, 3181; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 356 StGB Rn 1.

23 Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO Rn 168.

24 BGH NJW 2013, 1247; BGH NJW 2008, 2723; 2724; Kleine-Cosack, § 43a BRAO Rn 142.

25 BGHSt 5, 301, 304; BGHSt 34, 190 = NJW 1987, 335; Fischer, § 356 StGB Rn 5.

26 Weyland/Träger, § 43a BRAO Rn 61.

27 OLG München NJW 1997, 1313; Kleine-Cosack, § 43a BRAO Rn 142.

28 Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO Rn 200.

gesprochen werden, wenn es sich um dasselbe Verfahren und dieselben Parteien handelt; vielmehr kann auch dieselbe Rechtssache vorliegen, wenn in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtung ein- und derselbe Sachverhalt rechtliche Bedeutung erlangt.<sup>29</sup> Dabei wird die Einheitlichkeit der Lebenssachverhalte auch nicht durch einen längeren Zeitablauf, den Wechsel der beteiligten Personen oder eine zwischenzeitliche Wandlung des Rechtsverhältnisses, z.B. nach einem Prozessvergleich oder einer gütlichen Einigung, aufgehoben.<sup>30</sup>

Schließlich genügt bereits für das Vorliegen derselben Rechtssache die Teilidentität der Sachverhalte. So hat der Anwaltsgerichtshof NRW jüngst hierzu ausgeführt:

15

*„Wenn auch in § 43a BRAO nicht wie in § 3 BORA, § 356 StGB von „derselben Rechtssache“ die Rede ist, so ist dem berufsrechtlichen Begriff der „widerstreitenden Interessen“ deren Ableitung aus einem zumindest teilweise identischen Lebenssachverhalt immanent. Überschneiden sich die von den verschiedenen Mandanten unterbreiteten Sachverhalte mit den daraus resultierenden materiellen Rechtsverhältnissen auch nur teilweise, darf der Rechtsanwalt die sich daraus ergebenden rechtlichen Interessen nicht gegenläufig wahrnehmen. Es reicht also aus, wenn sich die Interessenkreise der Mandanten teilweise überschneiden, so dass im gleichen Lebenssachverhalt der Rechtsanwalt nicht für beide Seiten tätig werden darf.“<sup>31</sup>*

Insbesondere im Erbrecht wird von der Klammerwirkung des vom Erbfall bestimmten Nachlassbestandes gesprochen, soweit sich die Mandate zumindest teilweise sachlich-rechtlich decken.<sup>32</sup>

In zeitlicher Hinsicht endet die anvertraute Angelegenheit nicht mit dem Ende des Mandats, sofern dem Rechtsanwalt einmal eine Angelegenheit anvertraut wurde.<sup>33</sup> Die anvertraute Angelegenheit bleibt auch für die Zukunft bestehen, wodurch der Rechtsanwalt nicht in derselben Rechtssache dem nunmehrigen Gegner seines früheren Auftraggebers Rat und Beistand gewähren darf, sofern der anvertraute Verfahrensstoff bei einem anderen Auftragsverhältnis wieder rechtliche Bedeutung erlangt.<sup>34</sup>

16

Abschließend kann für die Definition „derselben Rechtssache“ auf die von *Offermann-Burckart* entwickelte und gängige Formel zurückgegriffen werden:

17

---

29 BGHSt 5, 301, 304; BGHSt 34, 190 = NJW 1987, 335.

30 BGHSt 5, 301, 304; BGHSt 7, 261; *Fischer*, § 356 StGB Rn 5; *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 200.

31 AGH NRW, Beschl. v. 5.4.2019 – 2 AGH 21/18, BeckRS 2019, 46846.

32 BGH NJW 2013, 1247.

33 BGHSt 34, 190 = NJW 1987, 335.

34 BGHSt 18, 192, 193; BGHSt 34, 190 = NJW 1987, 335.

„Dieselbe Rechtssache ist ein ein- oder mehrschichtiger Lebenssachverhalt, der angesichts der ihn begründenden historischen Tatsachen und/oder der an ihm beteiligten Personen ganz oder in Teilen nur einer einheitlichen juristischen Betrachtung zugeführt werden kann.“<sup>35</sup>

Die Formel ist in der Literatur<sup>36</sup> und Rechtsprechung<sup>37</sup> anerkannt und enthält die wesentlichen Merkmale des Tatbestandsmerkmals.

#### bb) Interessengegensatz

- 18 Besteht eine Sachverhaltsidentität muss der Rechtsanwalt, um gegen die berufrechtliche Grundpflicht aus § 43a Abs. 4 BRAO zu verstoßen, ferner eine andere Partei in derselben Rechtssache schon einmal im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten haben.

Entscheidend für den Interessenwiderstreit ist, dass der Rechtsanwalt für zwei oder mehr Parteien tätig gewesen ist, deren Interessen gegenläufig sind.<sup>38</sup> Er zeichnet sich durch die Unvereinbarkeit, Widersprüchlichkeit und Gegensätzlichkeit der Interessen der Parteien aus, wodurch die Verwirklichung des einen rechtlichen Interesses unmittelbar zulasten des anderen gehen muss.<sup>39</sup> Entsprechend ist das Dienen des Rechtsanwalts im Sinne von § 356 StGB pflichtwidrig, wenn er einer Partei Rat oder Beistand leistet, nachdem er einer anderen Partei in derselben Rechtssache, aber im entgegen gesetzten Sinne, bereits Rat und Beistand geleistet hat.<sup>40</sup>

- 19 Für den Interessenwiderstreit müssen die Interessen von rechtlich relevanter Art sein.<sup>41</sup> Der Rechtsanwalt verstößt gegen § 43a Abs. 4 BRAO nur, wenn er den gleichen Lebenssachverhalt einmal in diesem und ein anderes Mal im entgegengesetzten Interesse rechtlich gewürdigt hat.<sup>42</sup> Daher scheidet der Interessenwiderstreit aus, wenn der Rechtsanwalt für den Mandanten mit lediglich wirtschaftlich divergierenden Zielen tätig wird, wobei aber die fließende Grenze zwischen der Vertretung rechtlicher und wirtschaftlicher Interessen nicht außer Acht gelassen werden darf.<sup>43</sup>
- 20 In der Rechtsprechung und Literatur ist höchst umstritten, aus wessen Sicht die gegensätzlichen Interessen zu beurteilen sind.<sup>44</sup> Hier steht ein subjektiver Ansatz,

35 *Offermann-Burckart*, AnwBl 2008, 446, 447 f.; *dies.*, AnwBl Online 2018, 200, 201.

36 Vgl. *Hirtz*, NJW 2019, 2265.

37 Vgl. OLG München, Urt. v. 25.6.2015 – 6 U 4080/14, BeckRS 2016, 12767.

38 *Weyland/Träger*, § 43a BRAO Rn 64; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rn 156.

39 *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 171.

40 BGHSt 52, 370; OLG Karlsruhe ZEV 2014, 378, 379.

41 *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rn 157.

42 *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 169.

43 *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 169; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rn 157.

44 Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn 172 ff. m.w.N.

wonach das Interesse aus der Sicht des Mandanten zu beurteilen ist, einem objektiven Ansatz, wonach das Interesse aus der Sicht eines objektiven Beobachters als wohlverstandenes Interesse zu beurteilen ist, gegenüber.<sup>45</sup>

Die subjektive Ansicht trägt vor, dass der Streitstoff der Verfügung der Parteien unterliegt, wodurch der Auftraggeber das dem Anwalt erteilte Mandat durch Weisungen beschränken kann. Insbesondere in bürgerlich-rechtlichen Vermögensangelegenheiten, die der Disposition der Parteien unterliegen, sei der Gegenstand des Interesses subjektiv durch die jeweilige Partei zu bestimmen. Entsprechend wird das Vorliegen eines Interessenwiderstreits im Einzelfall von dem Auftrag abhängig gemacht, den der Rechtsanwalt erhalten hat, da er den Umfang der Belange bestimme, mit deren Wahrnehmung der Auftraggeber den Rechtsanwalt betraut hat.<sup>46</sup>

21

Der subjektiven Ansicht werden die objektiven Schutzinteressen von § 43a BRAO entgegengehalten, wonach Grundlage der Regelung das Vertrauensverhältnis von Rechtsanwalt und Mandant, die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung sind. Diese Eigenschaften des Rechtsanwalts als unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalts sind grundsätzlich nicht disponibel und müssen im Interesse des Rechtsverkehrs objektiv gewährleistet werden.<sup>47</sup>

Im Jahre 2010 erklärte der Bundesgerichtshof den vorgenannten Streit für überholt. In Anlehnung an die Sozietätswechsel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>48</sup> sprach er sich dafür aus, dass den subjektiven Vorstellungen des Mandanten entscheidende Bedeutung zukommt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 selbst Folgendes ausgeführt:

22

*„Dies bedeutet indessen nicht, dass die Definition, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten vorgenommen werden darf.“<sup>49</sup>*

Hingegen sprach sich der Anwaltssenat des Bundesgerichtshofs zwei Jahre später dafür aus, dass das Parteiinteresse objektiv zu bestimmen ist, und widersprach einer subjektiven Bestimmung.<sup>50</sup> Der Anwaltssenat begründete seine Entscheidung wie folgt:

23

---

45 Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO Rn 172.

46 Offermann-Burckart, ZEV 2007, 151, 152.

47 BGH NJW 2012, 3039, 3040.

48 BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520.

49 BVerfGE 108, 150, 162 = NJW 2003, 2520, 2521.

50 BGH NJW 2012, 3039, 3040 f.

*„Ein objektiv vorhandener Interessenwiderspruch lässt sich nicht durch den schlichten Hinweis darauf auflösen, dass der Mandant mit der Mandatserteilung selbst bestimmen könne, in welche Richtung und in welchem Umfang der Anwalt seine Interessen wahrnehmen möge. Zwar werden die Mandatspflichten eines Anwalts wesentlich durch den ihm erteilten Auftrag bestimmt. Der Anwalt ist an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden, wobei es dem Mandanten, der das Misserfolgs- und Kostenrisiko trägt, durchaus freisteht, Weisungen zu erteilen, welche seinen wohlverstandenen Interessen aus der Sicht eines objektiven Betrachters widersprechen. Nicht selten sind Umfang und Ausgestaltung des Auftrags jedoch erst das Ergebnis der Erstberatung, welche dem Mandanten aufzeigen soll, welche Rechte er hat und wie er sie durchsetzen kann. Außerdem muss ein Anwalt den Mandanten auch im Rahmen eines eingeschränkten Mandats vor Gefahren warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Auftrags aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahren nicht bewusst ist.“<sup>51</sup>*

- 24 Im Weiteren hat das Oberlandesgericht Karlsruhe in einer erbrechtlichen Fallkonstellation (vgl. Rdn 79) im Jahre 2014 der Bestimmung des Interessengegensatzes im Sinne der Pflichtwidrigkeit von § 356 Abs. 1 StGB wiederum eine subjektive Bestimmung zugrunde gelegt und eine Abgrenzung zum Strafprozess vorgenommen.

*„(...) Der Interessengegensatz ist bei disponiblen Rechtsgütern – im Unterschied zum Strafprozess – nicht abstrakt und von der objektiven Interessenlage der Partei her, sondern in der Weise zu bestimmen, welches Ziel die Partei – subjektiv – verfolgt haben will und welchen Inhalt der dem Rechtsanwalt erteilte Auftrag hat. Ob der Interessengegensatz vorliegt, ergibt sich aus dem Auftrag, den der Rechtsanwalt erhalten hat; denn dieser Auftrag bestimmt den Umfang der Belange, mit deren Wahrnehmung der Auftraggeber den Rechtsanwalt betraut. Anvertraubar ist auch ein nur begrenztes Interesse. Der strafrechtliche Schutz erstreckt sich nicht notwendig auf die Gesamtheit der persönlichen und wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers, er wird vielmehr durch den Kreis der Rechtsinteressen begrenzt, die der Auftraggeber dem Rechtsanwalt anvertraut hat, sowie dadurch, wie weit sich nach dem Willen des Auftraggebers die anwaltliche Treuepflicht erstrecken sollte. Ob ein Interessengegensatz gegeben ist, wird durch einen Vergleich der beiderseitigen subjektiven Parteianliegen ermittelt.“<sup>52</sup>*

- 25 Selbst der Bundesgerichtshof hat in einer neueren Entscheidung,<sup>53</sup> der eine verwaltungsgerichtliche Streitigkeit zugrunde lag, eine Kehrtwende vollzogen und

51 BGH NJW 2012, 3039, 3040 f.

52 OLG Karlsruhe ZEV 2014, 378, 379.

53 BGH NJW 2019, 316.