



Initiativ-Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch
den Ausschuss Berufsrecht unter Mitwirkung des
Forums für Wirtschaftskanzleien im DAV

zu §§ 43a, 45 BRAO – Sozietätswechsler

Stellungnahme Nr.: 75/2024

Berlin, im Oktober 2024

Mitglieder des Ausschusses Berufsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Gasteyer, Frankfurt a.M. (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Peter Bachmann, München (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Jürgen Christoph, Ratzeburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Joachim Frhr. von Falkenhausen, Hamburg (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Clarissa Freundorfer, Berlin
- Rechtsanwältin und Notarin Silvia C. Groppler, Berlin
- Rechtsanwalt Markus Hartung, Berlin
- Rechtsanwalt Markus Hauptmann, Frankfurt
- Rechtsanwältin Claudia Leicht, Hamburg
- Rechtsanwältin Ruth Nobel, Bochum
- Rechtsanwalt und Notar Eghard Teichmann, Achim
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Dirk Uwer, Düsseldorf
- Rechtsanwalt (BGH) Dr. Peter Wessels, Karlsruhe

Entsante Berichterstatter des Arbeitskreises Berufsrecht des Forums für Wirtschaftskanzleien im DAV

- Rechtsanwältin Dr. Annette Mutschler-Siebert, Berlin (Sprecherin)
- Rechtsanwalt Dr. Alexander Ritvay, Berlin (Sprecher)
- Rechtsanwältin Dr. Alla Drößler, Düsseldorf (Berichterstatterin)
- Rechtsanwältin Dr. Swantje Jacklofsky, Düsseldorf (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Henner Schläfke, Berlin (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Christine Martin, Geschäftsführerin, Berlin
- Rechtsanwältin Nicole Narewski, Geschäftsführerin, Berlin
- Rechtsassessorin Selina Adelberger, Referentin, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Zusammenfassung

Die Regelungen der Sozietätserstreckung bei Sozietätswechslern stellen schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit von Rechtsanwälten und Berufsausübungsgesellschaften dar. Sie können zudem insbesondere im ländlichen Raum den Zugang zum Recht erschweren. Diese Eingriffe und ihre Folgen sind aufgrund der veränderten Lebenswirklichkeit sowie den vorhandenen technischen und organisatorischen Möglichkeiten zur Errichtung von Informationsbarrieren nicht mehr verhältnismäßig. Der DAV fordert daher, dass in Fällen von Sozietätswechslern das bisherige Zustimmungserfordernis nach § 43a Abs. 4 Satz 4 BRAO für Mandanten, die *Unternehmer* sind, durch eine Widerspruchslösung ersetzt wird, wonach bei ausbleibendem Widerspruch die Zustimmung als erteilt gilt. Außerdem soll die Freistellung in § 45 Abs. 2 S. 2 und 3 BRAO auf wissenschaftliche Mitarbeiter erweitert werden, die nach der zweiten Staatsprüfung bei einem Rechtsanwalt oder einer Berufsausübungsgesellschaft begleitend zu ihrer Promotion oder in Vorbereitung oder Begleitung eines postgradualen Studiums tätig sind. Gleiches soll für wissenschaftliche Mitarbeiter an Hochschulen gelten, um den Berufseinstieg dieser Personengruppen nicht unverhältnismäßig zu erschweren.

Stellungnahme im Einzelnen

I. Textvorschlag

§ 43a Abs. 4 BRAO

(4) 1Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er einen anderen Mandanten in derselben Rechtssache bereits im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten

hat. 2Das Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf gemeinschaftlich mit einem Rechtsanwalt ausüben, der nach Satz 1 nicht tätig werden darf. 3Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 2 bleibt bestehen, wenn der nach Satz 1 ausgeschlossene Rechtsanwalt die gemeinschaftliche Berufsausübung beendet. 4 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 Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sicherstellen. 5Sofern die Mandanten Unternehmer sind, gilt die Zustimmung nach Satz 4 als erteilt, sofern diese nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen in Textform widersprechen. 6Die Frist nach Satz 5 beginnt mit Zugang der Informationen nach Satz 4 und dem Hinweis auf die Folgen der Fristversäumnis. 7Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1, das gegenüber einer Berufsausübungsgesellschaft besteht, entfällt, wenn die Voraussetzungen des Satzes 4 oder 5 erfüllt sind. 8Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots nach Satz 1 oder Satz 2 erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung des Mandanten offenbart werden.

§ 45 BRAO

- (1) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er
1. in derselben Rechtssache bereits tätig geworden ist als
 - a) Richter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes oder als im Vorbereitungsdienst bei diesen Personen tätiger Referendar,
 - b) Schiedsrichter, Schlichter oder Mediator oder
 - c) Notar, Notarvertretung, Notariatsverwalter, Notarassessor oder als im Vorbereitungsdienst bei einem Notar tätiger Referendar,
 2. in derselben Angelegenheit, mit der er bereits als Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker oder Betreuer oder in ähnlicher Funktion befasst war, gegen den Träger des von ihm verwalteten Vermögens vorgehen soll, oder
 3. in derselben Angelegenheit bereits außerhalb seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt für eine andere Partei im widerstreitenden Interesse beruflich tätig geworden ist.
- (2) 1Ein Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf gemeinschaftlich ausüben

1. mit einem Rechtsanwalt, der nach Absatz 1 nicht tätig werden darf, oder
 2. mit einem Angehörigen eines anderen Berufs nach § 59c Absatz 1 Satz 1, dem ein Tätigwerden bei entsprechender Anwendung des Absatzes 1 untersagt wäre.
- 2Satz 1 ist nicht anzuwenden, soweit dem Tätigkeitsverbot nach Absatz 1 eine Tätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst nach Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder c oder als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einem Rechtsanwalt, in einer Berufsausübungsgesellschaft oder an einer Hochschule nach Absatz 1 Nummer 3 zugrunde liegt. 3Die Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter nach Satz 2 umfasst berufliche Tätigkeiten während des rechtswissenschaftlichen Studiums und in der Zeit nach dem Bestehen der ersten Prüfung bis zum Bestehen der zweiten Staatsprüfung. 4Satz 3 gilt auch für berufliche Tätigkeiten in einem Zeitraum von bis zu 36 Monaten ab dem Bestehen der zweiten Staatsprüfung, längstens jedoch bis zur Anwaltszulassung, sofern diese promotionsbegleitend oder in Vorbereitung oder Begleitung eines postgradualen Studiums ausgeübt werden.
- (3) 1Ein Tätigkeitsverbot nach Absatz 2 bleibt bestehen, wenn der nach Absatz 1 ausgeschlossene Rechtsanwalt die gemeinschaftliche Berufsausübung beendet. 2Absatz 2 Satz 1 findet in den Fällen, in denen das Tätigkeitsverbot auf Absatz 1 Nummer 3 beruht, keine Anwendung, wenn die betreffenden Personen der Tätigkeit nach umfassender Information in Textform durch den Rechtsanwalt zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Verhinderung einer Offenbarung vertraulicher Informationen sicherstellen. 3§ 43a Abs. 4 Sätze 5 und 6 gilt entsprechend. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbotes erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheit unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung der betroffenen Person offenbart werden.

II. Begründung

1. Allgemein

a) Anerkannte Grundsätze zur Wahrung anwaltlicher Verschwiegenheit und des persönlichen Tätigkeitsverbots bleiben unangetastet

Die Änderungsvorschläge betreffen ausschließlich Fälle der Sozietätserstreckung infolge eines (Sozietäts-)Wechsels und lassen die anwaltlichen Verschwiegenheitspflichten unberührt. Diese bleiben in § 43a Abs. 2 BRAO und der Konkretisierung in

§ 2 BORA unangetastet und werden durch § 203 StGB strafrechtlich geschützt. Dies gilt insbesondere für den vorbefassten Rechtsanwalt.

Auch das persönliche Tätigkeitsverbot des vorbefassten Rechtsanwalts bleibt unverändert bestehen. Dieses persönliche Tätigkeitsverbot ist durch § 356 StGB strafrechtlich geschützt und bleibt für den vorbefassten Rechtsanwalt auf unbestimmte Zeit bestehen, und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 BORA vorliegen.

b) Notwendigkeit der Änderungen der Regeln zur Sozietätserstreckung im Lichte von Art. 12 GG

Für Fälle der Sozietätserstreckung infolge eines (Sozietäts-)Wechsels sind die vorgeschlagenen Änderungen zwingend erforderlich, und zwar vor allem mit Blick auf die individuelle Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwaltes. Denn die momentane Rechtslage und hieraus folgende Praxis ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der Rechtsanwälte.

aa) Normzweck des § 43a Abs. 4 BRAO

Zweck des § 43a Abs. 4 BRAO ist die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit, des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt und der Geradlinigkeit anwaltlichen Verhaltens (vgl. BVerfG, NJW 2006, 2469, 2470). Diese Zwecke könnten gefährdet werden, wenn Informationen durch den vorbefassten Rechtsanwalt an Kollegen aus der (neuen) Sozietät weitergegeben werden. Dieses (theoretische) Risiko wird aber durch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht ausgeschlossen, deren Verletzung insbesondere durch § 203 StGB strafrechtlich sanktioniert wird. Es ist bei der Ausformung und Anwendung der Regelungen zur Sozietätserstreckung in § 43a Abs. 4 BRAO nicht mehr zu berücksichtigen, weil diese sonst zu einer verdeckten Regelung der Vertraulichkeit werden und über die spezifischen Normen und die normkonforme Konkretisierung in § 3 Abs. 4 BORA hinausgehen würden.

bb) Grundrechtseingriff muss verhältnismäßig sein

Dies gilt umso mehr, als die Tätigkeitsverbote des § 43a Abs. 4 BRAO und insbesondere die Sozietätserstreckung in erheblichem Ausmaß in die Berufsfreiheit des Rechtsanwaltes nach Art. 12 Abs.1 GG eingreifen (vgl. Kleine-Cosack, 9. Aufl. § 43a Rn. 287 ff.). So hob das BVerfG hervor:

"Allerdings muss unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit austariert werden, in welchem Ausmaß das Verbot auf Dritte zu erstrecken ist, mit denen der tatsächlich mandatierte Rechtsanwalt zusammenarbeitet oder zusammengearbeitet hat (BVerfGE 108, 150 [167] = NJW 2003, 2520). Dabei sind wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke die Grundsätze nicht von maßgeblicher Bedeutung, welche die zivilgerichtliche Rechtsprechung für die Außenhaftung und für die Außenvollmacht entwickelt hat (vgl. BGHZ 56, 355 = NJW 1971, 1801). **Entscheidend ist vielmehr, welcher Informationsfluss zwischen den Rechtsanwälten stattfindet, was von der Organisation und der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Anwälten abhängt** (vgl. BVerfGE 108, 150 [167] = NJW 2003, 2520). **§ 43a IV BRAO gebietet eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung aller Belange unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Mandanteninteressen** (vgl. BVerfGE 108, 150 [164] = NJW 2003, 2520)." (BVerfG, NJW 2006, 2469, 2470, hervorgehoben durch Verfasser).

cc) Unverhältnismäßige Folgen aufgrund geänderter Lebenswirklichkeit

§ 43a Abs. 4 BRAO wurde zu einer Zeit geschaffen, als es die §§ 59e Abs. 2, 113 Abs. 3 BRAO und § 31 BORA nicht gab, der Wechsel eines Rechtsanwaltes zu einer anderen Sozietät ein eher selten zu beobachtendes Phänomen war, Sozietäten deutlich kleiner und kaum überregional organisiert waren und auch die Mandate typischerweise lokalen Bezug hatten und deutlich kleiner waren.

Dies alles hat sich jedoch entscheidend geändert, so dass eine Neubewertung der Grundrechtskonformität der Sozietätserstreckung in § 43a Abs. 4 BRAO geboten ist. Sozietätswechsel ist heute kein seltener Fall, sondern wird als ein wichtiges Element der individuellen beruflichen Entwicklung und zur Erreichung einer umfassenden

Ausbildung gesehen. In vielen Fällen findet der Wechsel „in der Fläche“ innerhalb weniger örtlicher Sozietäten oder von größeren Berufsausübungsgesellschaften zu kleineren statt, mit der intensiven anwaltlichen Ausbildung und Erfahrung im Gepäck. Der über den Verlauf eines Berufslebens regelmäßig/zwangsläufig der Veränderung unterliegende Zusammenschluss mit anderen Rechtsanwältinnen zur gemeinsamen Berufsausübung ist gelebte und grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit.

Geändert haben sich auch die technischen und organisatorischen Möglichkeiten, Informationsbarrieren einzurichten, ihre Einhaltung zu monitoren und technisch abzusichern. Aufgrund der Regelungen in §§ 59e Abs. 2, 113 Abs. 3 BRAO und § 31 BORA sind die Berufsausübungsgesellschaften nunmehr auch verpflichtet, entsprechende Maßnahmen einzurichten und die Einrichtung zu dokumentieren. Strikt getrennte Aktenführung, die Verhinderung des wechselseitigen Zugriffs auf physische und digitale Akten und Informationen sowie Kommunikationsverbote zwischen verschiedenen Teams sind in den Sozietäten längst Alltag geworden.

Nicht außer Acht zu lassen sind dabei die Folgen einer Infizierung für die betroffene Sozietät. Die aufnehmende Sozietät ist bei der Überprüfung möglicher Interessenkonflikte von den Informationen Dritter (Sozietätswechsler, ggf. abgebende Sozietät) abhängig. Gleichzeitig trägt sie das volle Risiko, dass diese Informationen – typischerweise aufgrund mangelnder Erinnerung des Wechslers – unzutreffend oder unvollständig sind, und muss daher mit der Niederlegung bestehender und Blockade zukünftiger Mandate rechnen. Heilungsmöglichkeiten sind nicht nur von dem Willen, sondern auch der zügigen Mitwirkung der gegnerischen Mandanten abhängig.

Damit ist die Einstellung von Sozietätswechslern mit hohen wirtschaftlichen Risiken verbunden und macht den Sozietätswechsler für aufnehmende Sozietäten unattraktiv. Dies wirkt sich auf alle wechselwilligen Rechtsanwältinnen aus, die insoweit in ihren beruflichen Chancen und ihrer beruflichen Weiterentwicklung eingeschränkt werden. In Gebieten mit geringer Anwaltsdichte kann dies sogar dazu führen, dass Lebensentwürfe nicht mehr realisiert werden können. Diese Folge wiegt umso schwerer, als die Sozietäterstreckung sogar von Kollegen ohne Anwaltszulassung,

nämlich wissenschaftlichen Mitarbeitern nach der zweiten Staatsprüfung, ausgehen soll. Junge Kollegen mit zweitem Examen, die sich ihre weitere juristische Ausbildung, insbesondere eine Promotion oder ein postgraduales Studium – häufig im Ausland – mit einer Mitarbeit in einer Sozietät finanzieren, verbauen sich dadurch mögliche Karrierechancen. Ohne anwaltlich tätig zu werden, werden sie Rechtsanwälten gleichgestellt.

Aus diesen Gründen hält der DAV die vorgeschlagenen Änderungen für erforderlich. Im Umgang mit Unternehmern soll eine größere Verlässlichkeit und schnellere Klarheit über das Bestehen oder Nichtbestehen von Konflikten durch eine Widerspruchslösung erzielt werden.

2. Einzelne Regelungen

a) Zustimmungsfiktion nach § 43a Abs. 4 S. 5 BRAO-E, § 45 Abs. 3 S. 3 BRAO-E

Die in § 43a Abs. 4 S. 2 BRAO geregelte Sozietäterstreckung, die über § 59e Abs. 1 BRAO auch für die Berufsausübungsgesellschaft zur Anwendung kommt, gilt nicht, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit der Berufsausübungsgesellschaft nach umfassender Information in Textform zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit sicherstellen. Für diese Vorkehrungen hat die Satzungsversammlung mit § 3 Abs. 4 BORA entsprechende Konkretisierungen erarbeitet, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Vertraulichkeit. Eine korrespondierende Befreiung in Fällen konfligierender nichtanwaltlicher (Vor-) Befassungen („in derselben Angelegenheit bereits außerhalb seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt für eine andere Partei im widerstreitenden Interesse beruflich tätig geworden“) findet sich in § 45 Abs. 3 S. 2 BRAO (aktuelle Fassung).

➤ „Hängende Zustimmungen“ verhindern Karrieren und schränken Berufsausübungsfreiheit ein

Durch nicht zügig erteilte „hängende Zustimmungen“ werden allerdings Einstellungen von Berufsträgern unnötig und unangemessen verzögert und sind Bewerber sowie einstellende Sozietäten teilweise monatelang nicht handlungsfähig, was die weitere Karriere- bzw. Personalplanung anbelangt. Die gegenwärtige

Rechtslage, wonach nur die **ausdrückliche textförmliche** Zustimmung des/der Mandanten die Infizierung der Berufsausübungsgesellschaft durch den Sozietätswechsler aufheben kann, stellt sich in der heutigen veränderten Wirklichkeit als eine unnötige und damit unverhältnismäßige Einschränkung der anwaltlichen Berufsausübungsfreiheit dar.

➤ **Verzögerte und unterlassene Klärung von Zustimmungen zur Mandatsfortsetzung in der Praxis**

Außerdem führt das Zustimmungserfordernis beim Sozietätswechsel nach gegenwärtiger Rechtslage häufig zu Verzögerungen bei der Beantwortung von Mandatsanfragen. Dadurch entsteht ein Schwebezustand, der insbesondere für die anfragende Berufsausübungsgesellschaft, aber auch den wechselwilligen Rechtsanwalt und den Mandanten der aufnehmenden Sozietät mit schwerwiegenden Folgen verbunden ist. Eine stabile anwaltliche Vertretung ist jedoch Bestandteil einer funktionsfähigen Rechtspflege. Dies darf nicht dadurch gefährdet werden, dass aus sachfremden taktischen Gründen oder wegen De-Priorisierungen Verzögerungen eintreten oder Anwaltswechsel erforderlich werden.

Deshalb soll das Zustimmungserfordernis für Mandanten, die Unternehmer sind, durch eine Widerspruchslösung ersetzt werden.

➤ **Schutz des Vertrauens der Mandanten durch Information**

Da den Mandanten mit der Bitte um Zustimmung zugleich offen kommuniziert wird, dass und wie ihr Interesse am Schutz der Vertraulichkeit sichergestellt bleibt, und regelmäßig auch zusätzlich zu der ohnehin bestehenden gesetzlichen Verhinderung versichert wird, dass der Rechtsanwalt, der die Sozietät wechselt, nicht am Konfliktmandat auf der Gegenseite mitarbeiten wird, wird das Vertrauen der Mandanten nicht gefährdet. Sie haben weiterhin durch ausdrückliche Ablehnung der Erteilung der Zustimmung die Möglichkeit, die Niederlegung eines Mandates oder die Verhinderung eines Sozietätswechsels durchzusetzen.

Die erforderliche umfassende Information der betroffenen Mandanten der abgebenden Berufsausübungsgesellschaft erfolgt durch die abgebende

Berufsausübungsgesellschaft oder den Sozietätswechsler (als Mitglied der abgebenden Berufsausübungsgesellschaft und faktisch durch die Informationserteilung auch mit Wirkung für die aufnehmende Berufsausübungsgesellschaft). Der Sozietätswechsler hat ein maßgebliches Interesse daran, möglichst schnell Klarheit zu schaffen und die aufnehmende Berufsausübungsgesellschaft im Falle seines Wechsels nicht zu infizieren (er selbst darf in den betroffenen Mandaten bei der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft nach § 43a Abs. 4 S. 1 BRAO in keinem Fall tätig werden). Der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft obliegt es, ihre eigenen betroffenen Mandanten zu informieren.

➤ **Von Unternehmen kann eine zügige Entscheidung verlangt werden**

Es wird lediglich eine angemessene zeitliche Begrenzung für die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung vorgeschlagen, um für alle beteiligten Parteien schneller Rechtssicherheit zu schaffen. Gemäß §§ 43a Abs. 4 S. 5, 45 Abs. 3 S. 3 BRAO-E soll sich die Partei der Gegenseite, die um Zustimmung gebeten wird, innerhalb der Zweiwochenfrist entscheiden. Eine solche Frist genügt, um über die Zustimmung zur Fortsetzung der Tätigkeit durch die Berufsausübungsgesellschaft der Gegenseite zu entscheiden und eine eventuelle Ablehnung zu kommunizieren. Unterbleibt eine Entscheidung, greift die Zustimmungsfiktion.

Diese Regelung soll allerdings nur für Unternehmer gelten. Diese sind bereits in anderen Bereichen des Geschäftsverkehrs mit einer durch Schweigen ausgelösten Zustimmungsfiktion vertraut (z.B. § 362 HGB). Durch die weiterhin notwendigen Informationen werden sie auf die Folgen des Schweigens noch einmal hingewiesen.

Für Mandanten, die *Verbraucher* sind, soll es unverändert bei der bisherigen Rechtslage, d.h. dem Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung bleiben

b) Erweiterung in § 45 Abs. 2 S. 2 BRAO-E, § 45 Abs. 2 S. 4 BRAO-E

Bis zur großen BRAO-Reform (BRAO 2021) fanden Referendare, wissenschaftliche Mitarbeiter und studentische Hilfskräfte keinerlei Erwähnung in den berufsrechtlichen Regelungen zu Interessenkonflikten und Tätigkeitsverboten infolge

von Sozietätswechseln. Das war auch angemessen, denn die Bedeutung der Tätigkeiten dieser Personengruppe kommt in aller Regel nicht an die der in § 45 Abs. 1 und 2 BRAO genannten Personen heran. In der Praxis herrschte wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung eine große Rechtsunsicherheit. Dies und die praktischen Schwierigkeiten im Hinblick auf die Prüfung etwaiger Vortätigkeiten im Referendariat und Studium lassen vermuten, dass die Personengruppe der Referendare, wissenschaftlichen Mitarbeiter und studentischen Hilfskräfte bis zur BRAO 2021 bei der Konfliktprüfung in der Praxis weitgehend unberücksichtigt blieb.

➤ **Keine Kanzleierstreckung bei Vorbefassung als Referendar**

Die BRAO 2021 schuf zunächst Abhilfe und teilweise Rechtssicherheit, indem Referendare im Vorbereitungsdienst ausdrücklich in die Regelungen einbezogen wurden. Einerseits wurde geregelt, dass sich für Rechtsanwälte aus einer relevanten Vortätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst bei einem Rechtsanwalt ein persönliches Tätigkeitsverbot ergibt, vgl. § 43a Abs. 5 S. 1 BRAO. Ein entsprechendes Tätigkeitsverbot für Rechtsanwälte wegen einer relevanten Vorbefassung als Referendar im Vorbereitungsdienst in der Gerichtsstation, Verwaltungsstation und im Notariat ergab sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 a) und c) BRAO.

Andererseits wurde geregelt, dass sich eine solche Vortätigkeit nicht infizierend auf die Berufsausübungsgesellschaft auswirkt (keine Sozietätserstreckung), vgl. § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO und § 45 Abs. 2 S. 2 BRAO a.F. Wissenschaftliche Mitarbeiter waren nicht explizit erwähnt und mangels anderweitiger Regelungen unter den Regelfall der Sozietätserstreckung, hier § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO, zu subsumieren.

➤ **Reparaturgesetz für wissenschaftliche Mitarbeitende**

Aufgrund anhaltender Kritik in der Literatur wegen dieser nur auf Referendare in Ausbildung beschränkten Freistellung erweiterte der Gesetzgeber in einem „Reparaturgesetz“ zur BRAO 2021 (Gesetz zur Stärkung der Aufsicht bei Rechtsdienstleistungen und zur Änderung weiterer Vorschriften des Rechts der rechtsberatenden Berufe, BGBl. I 2023 Nr. 64, BT-Drs. 20/3449) die vorgenannten Regelungen für Referendare nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 a) und c) BRAO auf

„wissenschaftliche Mitarbeiter bei einem Rechtsanwalt oder in einer Berufsausübungsgesellschaft“, vgl. § 45 Abs. 2 S. 1 BRAO (aktuelle Fassung). Als Tätigkeiten eines wissenschaftlichen Mitarbeiters in diesem Sinne definiert § 45 Abs. 2 S. 3 BRAO (aktuelle Fassung) *berufliche Tätigkeiten während des rechtswissenschaftlichen Studiums und in der Zeit nach dem Bestehen der ersten Prüfung bis zum Bestehen der zweiten Staatsprüfung.*

Zutreffend begründet das der Gesetzgeber damit, dass die Interessenlage hinsichtlich der wissenschaftlichen Mitarbeiter (bis zur zweiten Staatsprüfung) mit derjenigen bei Referendaren im Vorbereitungsdienst vergleichbar sei. Auch für wissenschaftliche Mitarbeiter werde durch eine Sozietätserstreckung von Tätigkeitsverboten der Berufseinstieg nach Abschluss der Ausbildung übermäßig erschwert. Eine Sozietätserstreckung sei auch nicht erforderlich, weil wissenschaftliche Mitarbeiter vor Bestehen der zweiten Staatsprüfung in einer Rechtsanwaltssozietät nur für Hilfstätigkeiten eingesetzt werden könnten; die Vertretung von Mandanten sei ihnen nicht erlaubt. Eine Erstreckung des Tätigkeitsverbotes auf alle Personen, mit denen der betreffende wissenschaftliche Mitarbeiter später in einer Berufsausübungsgesellschaft tätig sei, sei nicht erforderlich (BT-Drs. 20/3449, S. 30).

➤ **Wesensgleiche Tätigkeit an Hochschulen nicht ausdrücklich privilegiert**

Nicht geregelt ist bislang die Fallgruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter bis zum Bestehen der zweiten Staatsprüfung, die nicht bei einem Rechtsanwalt oder in einer Berufsausübungsgesellschaft tätig werden, sondern am Lehrstuhl oder in sonstiger Position. Auch dieser Personenkreis kann an Gutachten und Stellungnahmen mitarbeiten, die von Unternehmen oder Verbänden beauftragt werden und so einer nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO relevanten Tätigkeit nachgehen. Da alle o.g. Argumente für diese wissenschaftlichen Mitarbeiter unterschiedslos gelten, und da der Gesetzgeber auch nicht ausdrücklich erklärt und begründet hat, dass er diese Personengruppe abweichend behandeln möchte, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber diese nicht in den Blick genommen hatte. Um dieses zu beheben, wird vorgeschlagen, diese – inkonsistente – Einschränkung der Freistellung nur für wissenschaftliche Mitarbeiter bis zur zweiten Staatsprüfung, die *bei einem Rechtsanwalt oder in einer Berufsausübungsgesellschaft tätig* werden, aufzuheben

und die wissenschaftlichen Mitarbeiter *an Universitäten und Hochschulen* in § 45 Abs. 2 S. 2 BRAO-E mit zu erfassen.

➤ **Gleichsetzung wissenschaftlicher Mitarbeit nach zweitem Staatsexamen mit Rechtsanwälten de lege lata**

Für wissenschaftliche Mitarbeiter nach der zweiten Staatsprüfung, aber vor Anwaltszulassung hält der Gesetzgeber eine Freistellung bislang explizit nicht für angezeigt. Diese seien von der Definition des § 45 Abs. 2 S. 3 BRAO nicht erfasst. Für sie verbleibe es beim Regelfall der Sozietätserstreckung, der auch für Rechtsanwälte gilt. Volljuristen, die sich nach erfolgreichem Bestehen der zweiten Staatsprüfung für eine wissenschaftliche Mitarbeit in einer Anwaltskanzlei entschieden, übten diese Tätigkeit regelmäßig promotionsbegleitend und daher längerfristig aus. Sie stünden damit Rechtsanwälten im Hinblick auf Fähigkeiten und Rechtskenntnissen gleich, so dass es für sie bei einer Sozietätserstreckung verbleiben solle (BT-Drs. 20/3449, S. 54). Außerdem hört man das Argument, die Freistellung sei nicht mit § 45 BRAO konsistent.

➤ **Fehlvorstellung des Gesetzgebers zur Tätigkeit wissenschaftlicher Mitarbeiter nach Zweitem Staatsexamen**

Die für die Gleichsetzung angeführten Argumente des Gesetzgebers sind dabei nicht zutreffend und nicht stichhaltig. Denn in der Praxis werden wissenschaftliche Mitarbeiter, ob neben dem Referendariat in Nebentätigkeit oder nach der zweiten Staatsprüfung, sehr häufig gleich eingesetzt. Beide Personengruppen sind mangels anwaltlicher Zulassung gerade nicht zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen wie ein Rechtsanwalt befugt. Beide Berufsgruppen sind regelmäßig zeitlich befristet für die Dauer eines bestimmten Abschnittes ihrer juristischen Ausbildung oder die aus begrenzten Ausbildungskapazitäten der öffentlichen Hand folgende Wartezeit zwischen Ausbildungsabschnitten tätig. Nicht anders verhält es sich bei Tätigkeiten, die – ohne Anwaltszulassung – parallel zu einer Promotion oder in der Wartezeit auf ein postgraduales Studium oder während dessen ausgeübt werden.

➤ **Ohne Zulassung keine anwaltliche Tätigkeit**

Im Gegensatz zu wissenschaftlichen Mitarbeitern vor der zweiten Staatsprüfung, die die Anwaltszulassung noch nicht erlangen *können*, haben sich wissenschaftliche Mitarbeiter nach der zweiten Staatsprüfung und bis zur Anwaltszulassung sogar explizit und bewusst dafür entschieden, die Anwaltszulassung noch nicht zu erlangen. Sie haben die ebenfalls von Art. 12 GG geschützte Entscheidung getroffen, beruflich noch nicht als Rechtsanwalt tätig zu sein. Sie unterliegen nicht den gleichen Rechten und Pflichten und haben nicht die gleichen beruflichen Möglichkeiten wie Rechtsanwälte. Eine Vergleichbarkeit von Volljuristen ohne Anwaltszulassung und Rechtsanwälten im Hinblick auf **Fähigkeiten** liegt gerade nicht vor. Es ist nicht nachzuvollziehen, dass die bewusste Entscheidung, noch nicht anwaltlich zugelassen sein zu wollen – mit dem daran hängenden Verzicht auf die volle Bandbreite an anwaltlicher Betätigung – vom Gesetzgeber „sanktioniert“ wird.

➤ **Gesetzgeberische Argumente für Freistellung greifen nach zweiter Staatsprüfung gleichermaßen**

Aus Sicht des DAV passen die Argumente, die der Gesetzgeber für die Freistellung der Referendare und wissenschaftlichen Mitarbeiter bis zur zweiten Staatsprüfung herausgearbeitet hat, vielfach exakt auf wissenschaftliche Mitarbeiter zwischen zweiter Staatsprüfung und Anwaltszulassung: (1) Im Regelfall sind solche Tätigkeiten von wissenschaftlichen Mitarbeitern nach der zweiten Staatsprüfung von vornherein auf kürzere Zeit angelegt, in der Regel ein bis drei Jahre. Allein schon deshalb, aber auch wegen der fehlenden Anwaltszulassung verrichten auch wissenschaftliche Mitarbeiter zwischen zweiter Staatsprüfung und Anwaltszulassung ebenfalls nur Hilfstätigkeiten. (2) Mangels Anwaltszulassung nehmen wissenschaftliche Mitarbeiter nicht an der gemeinsamen anwaltlichen Berufsausübung in einer Sozietät teil. (3) Eine Sozietätserstreckung von relevanten Vorbefassungen von wissenschaftlichen Mitarbeitern zwischen zweiter Staatsprüfung und Anwaltszulassung beim späteren Berufseinstieg als Anwalt stellt sich ebenfalls als eine übermäßige Erschwerung des Berufseinstieges und damit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in Art. 12 GG dar. (4) Es ist nicht ersichtlich, warum es hier nicht ausreichend sein sollte, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter später beim Berufseinstieg einem persönlichen Tätigkeitsverbot unterliegen,

sondern vielmehr sich dieses noch auf die Berufsausübungsgesellschaft erstrecken muss, um die Interessen des betreffenden Mandanten zu schützen.

Ferner hört man das Argument, die Freistellung wäre nicht mit § 45 BRAO konsistent möglich. Dabei wird verkannt, dass die Tätigkeit dieses Personenkreises in aller Regel weniger bedeutend als die der in § 45 BRAO bezeichneten Berufe und Personen ist. Die Freistellung wäre also nicht etwa inkonsistent, sondern würde vielmehr sogar zu einer größeren Homogenität der Regelung des § 45 BRAO beitragen.

Richtig ist aber auch, dass ausgeschlossen werden muss, dass langfristige anwaltsähnliche Tätigkeit im Gewande eines wissenschaftlichen Mitarbeiters ungerechtfertigterweise gegenüber anwaltlicher Tätigkeit bessergestellt wird. Im Interesse einer erforderlichen Trennschärfe wird daher vorgeschlagen, nur solche Tätigkeiten von wissenschaftlichen Mitarbeitern nach der zweiten Staatsprüfung mit denjenigen bis zur zweiten Staatsprüfung gleichzustellen, die – geplant vorübergehend – promotionsbegleitend oder zur Vorbereitung bzw. Begleitung eines postgradualen Studiums ausgeübt werden. Zusätzlich soll eine zeitliche Befristung von 36 Monaten ab dem Bestehen des 2. Staatsexamens vorgesehen werden; dieser Zeitraum orientiert sich an der erfahrungsgemäß hinreichenden Dauer für den Erwerb der Zusatzqualifikation.

Verteiler

- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Forum Junge Anwaltschaft

Presse

- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Süddeutsche Zeitung
- Juris Newsletter
- JurPC
- Heise
- LTO
- JUVE