

Vorbefassung in der Anwaltsstation: Problem fürs Berufsleben?

Erfolgreicher Befangenheitsantrag wegen Anwaltsstation in Großkanzlei*

Akad. Oberrat Dr. Christian Deckenbrock, Köln und
Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Anwaltsblatt-Redaktion, Berlin**

Der Kartellsenat des BGH hat bei einem Richter die Besorgnis der Befangenheit bejaht, weil er schon als Referendar und wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Großkanzlei mit den LKW-Kartellen zu tun hatte. Es reiche, dass der junge Jurist an Schriftsätzen mitgewirkt habe und in die Prüfung übergeordneter Rechtsfragen eingebunden gewesen sei. Der Kartellsenat des BGH hat hier ein Machtwort gesprochen. Die Entscheidung wirft die spannende Frage auf, wann Referendarinnen und Referendare sich durch ihre Anwaltsstation später im Leben aus interessanten Mandaten und Verfahren herauschießen. Der Beitrag gibt – auch unter Berücksichtigung der großen BRAO-Reform – eine Orientierung, wann die Vorbefassung während der juristischen Ausbildung zu Tätigkeitsverboten als Anwältin oder Anwalt führen kann.

I. LKW-Kartell: Massenhafte Klagen gegen LKW-Hersteller

Der Leitsatz des Beschlusses ist lang und das vom Kartellsenat des BGH vergebene Schlagwort ist passend: Richterablehnung bei atypischer Vorbefassung.¹ In der Tat geht es in dem Fall nicht um die übliche Vorbefassung als Richterin oder Richter beziehungsweise als Anwältin oder Anwalt in einer Sache. Denn in diesem Fall war der Richter als junger Jurist gar nicht in dem konkreten Konflikt aktiv gewesen, über den er später urteilen sollte.

Der Hintergrund des Falles fällt aus dem Rahmen: Die EU-Kommission hatte 2016 ein Kartell von sechs LKW-Herstellern geahndet. In der Folge machten die LKW-Käufer Schadenersatzklagen wegen überhöhter Kaufpreise gegen die LKW-Hersteller geltend, viele klagten. Der junge Jurist und spätere Richter war bei einer Großkanzlei tätig und zwar sowohl in der Anwaltsstation des Referendariats als auch noch neben der Promotion als wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Kanzlei vertrat zwei LKW-Hersteller. Der Leitsatz des BGH beschreibt die Tätigkeit des jungen Juristen so: Er hat an der Erarbeitung von Schriftsätzen in parallel gelagerten Gerichtsverfahren mitgewirkt und war bei der außergerichtlichen Beratung in die Klärung übergeordneter Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verteidigung gegen derartige zivilrechtliche Ansprüche eingebunden. Wie gesagt: Er war nicht in der konkreten, beim Landgericht anhängigen Sache eingebunden, hatte sich aber mit den Rechtsfragen des LKW-Kartells beschäftigt und das in einer dienstlichen Erklärung offengelegt.

II. Besorgnis der Befangenheit: Der Einzelfall zählt

Der Kartellsenat des BGH sieht hier im Ergebnis die Besorgnis der Befangenheit. Den Ablehnungsantrag hatten nicht die Kläger gestellt, sondern zwei beklagte LKW-Hersteller, die nicht von der Großkanzlei vertreten wurden, in der der Richter tätig gewesen war.

Der BGH stellt vor allem auf die Umstände des Einzelfalls ab. Der Richter habe vor seinem Eintritt in den Justizdienst in gleichgelagerten Fällen an der Abwehr von Schadensersatzansprüchen mitgearbeitet. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass der Richter „Kenntnis von Grundlagen der strategischen Planungen für die Rechtsverteidigung“ zweier Beklagter erlangt habe. Ferner sei es naheliegend, dass er Sachverhaltsdetails erfahren habe, die von Bedeutung, aber nicht in das Verfahren eingeführt worden seien. Aus Sicht einer objektiven und verständigen Prozesspartei gebe es Anlass, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln. Das gelte umso mehr, als die Tätigkeit des Richters in der Großkanzlei nur weniger als ein Jahr zurückliege.

III. Anwaltsstation: Normale Ausbildung löst keine Besorgnis der Befangenheit aus

Ausdrücklich betont der BGH, dass der Richter hier zwar nicht als Anwalt tätig geworden sei, aber seine Mitarbeit sei über die Vorgaben der Ausbildungsordnung hinausgegangen. Der BGH hebt aber hervor, dass im Normalfall die Ausbildung und die Vorbereitung des Referendars auf das zweite juristische Staatsexamen im Vordergrund stehe (und somit Ausbildung noch keine Besorgnis der Befangenheit auslöse). Auch räumt der BGH ein, dass in vielen Fällen der früheren Mitwirkung eines Richters keine Besorgnis der Befangenheit angenommen werde. Das gelte bei Prozesskostenhilfverfahren, vorangegangenen Eilverfahren oder im Urkundenprozess. Der BGH hätte daher durchaus die Möglichkeit gehabt, die frühere Tätigkeit nicht als Befangenheitsverdacht zu werten.

Dass der Fall beim BGH jetzt hochgekommen ist, ist ohnehin einer besonderen Konstellation zu verdanken. Der Richter hatte nach dem Ablehnungsgesuch zweier Beklagter die Kammer bereits wieder verlassen. Einer der Antragssteller hatte daraufhin das Ablehnungsgesuch für erledigt erklärt. Der Senat des OLG ging versehentlich davon aus, dass auch der zweite Antragssteller die Erledigungserklärung abgegeben hatte. Tatsächlich war das nicht der Fall. Nach der späteren Erledigungserklärung folgte dann eine Anhörungsrüge, die den Fall zum BGH führte. Der BGH nutzte die Chance für klare Worte. Das OLG Frankfurt hatte hier noch anders entschieden, weil der junge Jurist nach seiner Einschätzung nur unterstützend in der Kanzlei tätig geworden sei.²

* Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 21. September 2021 – KZB 16/21, AnwBI Online 2021, 947.

** Die Abschnitte IV. und V. mit der Besprechung des Beschlusses sind von Christian Deckenbrock verfasst worden, die Abschnitte I. bis III. stammen von Nicolas Lührig.

1 Wie im Wettbewerbsrecht üblich, hat der Kartellsenat ein Schlagwort für die Entscheidung vergeben, das in der Anwaltsblatt-Fundstelle aber nicht aufgenommen wurde.

2 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 4. März 2021 – 11 W 10/21.

IV. Was bedeutet der BGH-Beschluss für die Praxis?

Der Beschluss wirft einen Blick auf ein Thema, das in der anwaltlichen Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnt. In dem vom BGH entschiedenen Fall führte die Vorbefassung zur Besorgnis der Befangenheit bei einem Richter. Liegt der BGH richtig? Und was gilt aus anwaltsrechtlicher Sicht, wenn Referendare und wissenschaftliche Mitarbeiter aufgrund ihrer Ausbildung und Tätigkeit in Kanzleien später in Mandaten und Fällen auf der Gegenseite auftauchen? Wann greift dann ein Tätigkeitsverbot?

1. Die aktuelle noch geltende BRAO und die BRAO ab 1. August 2022

Der hier zu besprechende Beschluss dreht sich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die frühere Tätigkeit eines Richters als Referendar oder wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei die Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 42 Abs. 2 ZPO begründen kann. Jedenfalls auf den ersten Blick überraschend lässt der Kartellsenat in diesem Zusammenhang die Vorgaben des anwaltlichen Berufsrechts vollständig außer Acht – und dies, obwohl sich in der BRAO Regelungen für Tätigkeitsverbote nicht für die anwaltliche Berufsausübung, sondern auch für außerberufliche Tätigkeiten eines (früheren) Rechtsanwalts finden. Denn nach § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO ist es einem (früherem) Rechtsanwalt untersagt, in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich tätig zu werden. Insoweit wird es „auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der §§ 43a Abs. 4, 45 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA“ für ausreichend erachtet, wenn die Vorbefassung „in einer anwaltsähnlichen Funktion als Interessenvertreter eines Mandanten mit einer Rechtssache“ erfolgt ist, damit soll auch die Tätigkeit im Referendariat erfasst sein, „wenn es sich um einen Teil der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung handelt“.³

Zum 1. August 2022 wird die Frage, welche Konsequenzen die Vorbefassung eines Referendars hat, durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021⁴ sogar weitaus präziser geregelt. Künftig folgt aus § 43a Abs. 6 BRAO n.F., dass einem Anwalt ein Tätigwerden außerhalb des Anwaltsberufs untersagt ist, wenn er bereits in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse tätig geworden ist. Dies gilt – wie in der Gesetzesbegründung klargestellt wird – auch dann, wenn die anwaltliche Tätigkeit inzwischen beendet ist.⁵ Aus der (zusätzlichen) Anwendung des § 43a Abs. 5 S. 1 BRAO n.F. folgt ferner, dass bereits eine Vorbefassung als Referendar im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt schädlich ist.⁶

Voraussetzung für die „Quasi-Anwaltsgleichheit“ der Tätigkeit eines Stationsreferendars und damit auch für das Entstehen eines Tätigkeitsverbots sei es dabei aber stets, dass der Referendar auch tatsächlich in die anwaltliche Beratung oder Vertretung eingebunden und nicht lediglich mit wissenschaftlicher Recherche beauftragt werde.⁷ Tätigkeiten eines Referendars, der während seines Vorbereitungsdienstes lediglich im Rahmen einer Nebentätigkeit bei dem Rechtsanwalt beschäftigt ist, seien dagegen als irrelevant einzuordnen. Auch die Vorbefassung als Wissenschaftlicher Mitarbeiter oder Praktikant löst nach dem Willen des Gesetzgebers kein Tätigkeits-

verbot aus, weil diese Personen in einer Rechtsanwaltskanzlei nur für Hilfstätigkeiten eingesetzt werden dürften.⁸

2. Liegt der BGH richtig? Es kommt tatsächlich auf den Einzelfall an

Legt man diese Grundsätze für den Streitfall zugrunde, müsste für eine Antwort auf die Frage, ob den früheren Referendar ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot trifft, Mehreres geklärt werden:

- Welche Tätigkeiten hat der Referendar, der ausweislich des Sachverhalts „während der Anwaltsstation seiner Referendardzeit sowie von März 2019 bis August 2019 promotionsbegleitend als wissenschaftlicher Mitarbeiter“ für eine Kanzlei mit der Abwehr kartellbedingter Schadensersatzansprüche betraut war (Rn. 2 der Entscheidung), wann genau vorgenommen? Denn relevant sind im Rahmen von § 43a BRAO nach dem oben Gesagten von vornherein nur solche Tätigkeiten, die der Referendar in seiner Anwaltsstation erbracht hat.

- War der Referendar in die anwaltliche Beratung oder Vertretung einbezogen oder lediglich mit Hilfstätigkeiten wie mit wissenschaftlicher Recherche beauftragt?

- Betraf die frühere Tätigkeit als Referendar überhaupt „dieselbe Rechtssache“? Aus dem Sachverhalt (Rn. 2) ergibt sich einerseits, dass der Richter als Referendar „an Schriftsätzen in parallel gelagerten Gerichtsverfahren“ mitgearbeitet habe, nicht aber „am vorliegenden Rechtsstreit ... beteiligt gewesen“ sei. Dies spricht für ein Tätigwerden in einer anderen Rechtssache, die bekanntermaßen berufsrechtlich unbedenklich ist. Andererseits heißt es aber auch, dass der abgelehnte Richter „im Rahmen der Beratung dieser Unternehmen in die Klärung übergeordneter Rechtsthemen im Zusammenhang mit der Verteidigung gegen derartige zivilrechtliche Ansprüche eingebunden gewesen“ sei. Diese Formulierung lässt es jedenfalls als möglich erscheinen, dass sich die Beratung, die seine frühere Kanzlei schuldete, eben nicht auf einen konkreten Rechtsstreit beschränkte, sondern darüber hinaus ging und letztlich die Beratung in sämtlichen auf das LKW-Kartell zurückgehenden Schadenersatzfragen unabhängig von einem konkreten Prozessrechtsverhältnis betraf.

a) Unterschied Befangenheitsantrag und anwaltliche Interessenkollision

Dass der Kartellsenat diesen Fragen nicht nachging, sie sogar nicht einmal in dieser Detailtiefe aufwarf, ist allerdings im Ergebnis nicht per se rechtsfehlerhaft. Denn aus der amtlichen Begründung zur großen BRAO-Reform ergibt sich eindeutig, dass über § 43a Abs. 6 BRAO n.F. hinaus „ein Tätigwerden aus Sicht des Berufsrechts des nichtanwaltlichen Berufs ausgeschlossen“ sein kann. Die Befangenheitsvorschriften für Richter werden in der Begründung sogar explizit als mögliche Fallgruppe angesprochen.¹⁰ Insoweit ist es nicht grundsätzlich zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung besondere Anforderungen zur Sicherung der Unparteilichkeit

3 Zitate aus *Henssler*, AnWB Online 2021, 51 ff., der sich ausführlich dem Thema „Interessenkollision bei Anwaltsreferendaren“ widmet.

4 BGBl. I, S. 2363 (große BRAO-Reform).

5 BT-Drucks. 19/27670, S. 166.

6 Das Verbot wird allerdings nicht sozietätsweit erstreckt, vgl. 43a Abs. 5 S. 2 BRAO n.F.

7 BT-Drucks. 19/27670, S. 165 f.

8 BT-Drucks. 19/27670, S. 165.

9 Zum Begriff *Henssler*, AnWB 2018, 342, 344 f.

10 BT-Drucks. 19/27670, S. 166.

des Richters formulieren. Freilich können nur objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit unparteiisch gegenüber, eine Ablehnung tragen.¹¹ Darauf, ob diese Besorgnis tatsächlich berechtigt ist oder nicht, kommt es aber gerade nicht an. Vielmehr genügt bereits der „böse Schein“, das heißt der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität (Rn. 15). Bei berufsrechtlichen Tätigkeitsverboten darf dagegen an den bloßen Anschein einer Interessenkollision aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht angeknüpft werden.¹² Gleichwohl hätte man sich gewünscht, wenn der Kartellsenat die jüngsten gesetzgeberischen Wertungen zur Reichweite anwaltlicher Tätigkeitsverbote zumindest mit Blick auf den hier in Rede stehenden Umfang des Ablehnungsrechts eines Richters näher gewürdigt hätte.

b) Neue Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit bei Vorbefassung

Aus dem Senatsbeschluss dürfte zu folgern sein: Ist ein Richter vorbefasst im Sinne des § 43a Abs. 6 BRAO n.F., ist ihm eine richterliche Bearbeitung des Falls zweifellos verwehrt. Ist dagegen eine Konstellation gegeben, die sich nicht unter die Vorgaben anwaltlichen Berufsrechts subsumieren lässt, kann die Vortätigkeit des Richters gleichwohl Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 42 Abs. 2 ZPO begründen. Der Senat neigt insoweit zu einer umfassenden Gesamtabwägung, in der etwa auch der Zeitraum, der seit der Vorbefassung verstrichen ist, der konkrete Umfang der Vorbefassung und die „Nähe“ des jetzt zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreits zum früheren Mandat zu berücksichtigen sind (Rn. 23).

V. Berufsfreiheit von jungen Juristinnen und Juristen und das sensible Wissen

Was zeigt dieser Fall noch? Erstens dürfte die Differenzierung des Gesetzgebers, dass der Referendar außerhalb seiner Anwaltsstation nur für Hilfstätigkeiten eingesetzt wird, nicht der Realität entsprechen.¹³ Auch deshalb ist es nachvollziehbar, dass der Kartellsenat bezogen auf eine anschließende richterliche Tätigkeit engere Grenzen zieht. Hätte der Betroffene dagegen die in Rede stehende Vorbefassung ausschließlich außerhalb seiner Anwaltsstation ausgeübt, wäre er berufsrechtlich nicht daran gehindert gewesen, nun für eine andere Berufsausübungsgesellschaft im widerstreitenden Interesse anwaltlich tätig zu werden. Das kann im Einzelfall ein wenig tragfähiges Ergebnis sein, auch wenn das grundsätzliche Bestreben des Gesetzgebers, Referendare und sonstige nichtanwaltliche Mitarbeiter möglichst gering zu regulieren, schon mit Blick auf die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nachvollziehbar ist (Stichwort: sich aus der Vorbefassung ergebende faktische Einstellungshindernisse).

Bemerkenswert ist zweitens, dass der Kartellsenat die Bedeutung des sensiblen Wissens, das der Senat möglicherweise während seiner Referendartätigkeit erlangt hat, betont. Es sei „jedenfalls nicht auszuschließen, dass der Richter Kenntnis von Grundlagen der strategischen Planungen für die Rechtsverteidigung der Beklagten zu 2 und 4 gegen Schadensersatzklagen wegen des von der Europäischen Kommission festgestellten Kartellverstoßes erlangt hat. Ferner erscheint es naheliegend, dass er Sachverhaltsdetails erfahren hat, die Bedeutung auch für den vorliegenden Streitgegenstand haben können, ohne dass sie in den Rechtsstreit eingeführt worden wären“ (Rn. 21). Der Rechtsausschuss des Bundestags hat dagegen im gerade abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren zur großen BRAO-Reform den noch im Regierungsentwurf enthaltenen Vorschlag, ein Tätigkeitsverbot auch in solchen Sachverhalten vorzusehen, in denen ein Rechtsanwalt bei der anwaltlichen Tätigkeit in einem ersten Mandat vertrauliche Informationen aus diesem Mandat erlangt hat und diese Informationen für ein zweites Mandat von Bedeutung sind und entgegen den Interessen des vorherigen Mandanten genutzt werden können (§ 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BRAO-E), als nicht praktikabel gestrichen.¹⁴

Mit diesem Regelungsvorschlag wollte der Gesetzgeber eine nicht unerhebliche Schutzlücke schließen, die bei nicht dieselbe Rechtssache betreffenden Sachverhalten besteht. Denn nach aktuellem Recht ist es dem Anwalt berufsrechtlich nur untersagt, sensibles Wissen zu offenbaren, das er von einem Mandanten erfahren hat; die Verwertung dieses sensiblen Wissens zulasten des Mandanten ist ihm dagegen jedenfalls nicht explizit verboten.¹⁵ Der Besitz solchen sensiblen Wissens (außerhalb derselben Rechtssache) kann zwar infolge der Entscheidung des Kartellsenats nachvollziehbar Zweifel an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung dieses Richters begründen, soll aber offenbar die unabhängige und sachgerechte Anwaltsarbeit nicht gefährden. Ob letzteres wirklich so richtig ist, sollte im Anschluss an die Senatsentscheidung nochmals überdacht werden.¹⁶



Dr. Christian Deckenbrock, Köln

Der Autor ist Akademischer Oberrat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltverein.de



Dr. Nicolas Lührig, Anwaltsblatt-Redaktion, Berlin

Der Autor ist Rechtsanwalt sowie Geschäftsführer des DAV und leitet die Redaktion des Anwaltsblatts.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltverein.de

¹¹ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2011 – II ZB 2/10, NJW 2011, 1358 Rn. 13.

¹² BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 2003 – 1 BvR 238/01, E 108, 150, 164 = NJW 2003, 2520, 2522.

¹³ Kritisch hierzu bereits Deckenbrock, DB 2021, 2270, 2271.

¹⁴ BT-Drucks. 19/30516, S. 44.

¹⁵ BT-Drucks. 19/27670, S. 162 f.

¹⁶ Zum Problemkreis Henssler, AnwBI Online 2021, 170, 171 f.; Deckenbrock, DB 2021, 2270, 2273.