

Große BRAO-Reform: Interessenkollision bei Anwaltsreferendaren

Anwaltliche Tätigkeitsverbote bei Vorbefassung
in der Ausbildung – de lege lata + de lege ferenda

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Die große BRAO-Reform will das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen neu regeln. Damit rückt ein Problem in den Vordergrund, das die Rechtsprechung bisher bei der Interessenkollision nicht beschäftigt hat: Die Reichweite anwaltlicher Tätigkeitsverbote bei einer Vorbefassung als Referendarin oder Referendar, als studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter, als studentische oder wissenschaftliche Mitarbeiterin sowie als Praktikantin oder Praktikant ist umstritten. Wann führt die Vorbefassung zu einem persönlichen Tätigkeitsverbot im Anwaltsberuf? Welche Art muss die Vorbefassung sein? Wird die Befassung anderer Anwälte und Anwältinnen in der Ausbildungskanzlei den jungen Juristinnen und Juristen später zugerechnet? Infiziert der junge Mensch beim Eintritt in eine andere Kanzlei als Anwalt oder Anwältin diese? Bei allen Meinungsunterschieden gibt es einen Fixpunkt: Eine Vorbefassung als Referendarin oder Referendar in derselben Rechtssache muss bei widerstrebendem Interesse zu einem Tätigkeitsverbot für die spätere Anwältin oder den späteren Anwalt führen. Darüber hinaus plädiert der Autor dafür, dass mit der großen BRAO-Reform das Fortkommen des juristischen Nachwuchses nicht behindert wird. Am Ende formuliert er das Ergebnis der Untersuchung in achtzehn Thesen (de lege lata) und gibt dem Gesetzgeber sechs Empfehlungen mit (de lege ferenda).

I. Einleitung

Die Frage, ob ein Rechtsanwalt, der bereits während seiner Referendarzeit mit einer bestimmten Rechtsangelegenheit befasst war, gehindert ist, in dieser Rechtsangelegenheit später anwaltlich tätig zu werden, betrifft ein seit langem in der anwaltlichen Praxis bekanntes Problem. Schon in vor über 50 Jahren verfassten Kommentierungen wird auf diese Thematik hingewiesen. Mit der wachsenden Bedeutung der großen Wirtschaftskanzleien und der Vielzahl der von diesen Kanzleien angebotenen Referendarplätze hat sie in jüngerer Zeit zusätzliche Brisanz erhalten. Da naturgemäß nicht alle Referendare von ihrer Ausbildungskanzlei übernommen werden können, kommt es relativ häufig vor, dass der Referendar später bei einem Wettbewerber seine Berufstätigkeit aufnimmt, der fast zwangsläufig in verschiedenen Rechtsangelegenheiten für die Gegner der von der Ausbildungskanzlei vertretenen Mandanten auftritt.

Trotz dieser erheblichen praktischen Bedeutung gibt es erstaunlicherweise keine auch nur annähernd gefestigte Rechtsauffassung zu den Folgen einer Vorbefassung während des Referendariats. Gerichtliche, geschweige denn höchstrichterliche

Stellungnahmen liegen bislang nicht vor. Im berufsrechtlichen Schrifttum werden, soweit die Frage der Tätigkeitsverbote überhaupt angesprochen wird, ganz unterschiedliche Ansätze präsentiert. Ungeklärt ist bereits, in welchen Rechtsnormen der Schlüssel zur Lösung zu finden ist: in § 43a Abs. 4 BRAO oder aber in § 45 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 4 BRAO? Vermisst werden in der Literatur auch detaillierte Hinweise, ob und inwieweit die Befassung anderer Sozietätskollegen in der Ausbildungskanzlei und in der späteren Berufsausübungsgesellschaft nach § 3 BORA bzw. § 45 Abs. 3 BRAO berufsrechtlich von Bedeutung ist.

Der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) am 3. November 2020 vorgestellte Referentenentwurf (unter dem Datum 29. Oktober 2020) eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe spricht in einem Vorschlag für eine Neuregelung des § 45 Abs. 1 BRAO nur einen Ausschnitt dieser Thematik an, nämlich nur die Vorbefassung als Referendar im Rahmen einer Ausbildungsstation bei Gericht oder der Verwaltung. Der Referendar, der sich in der Anwaltsstation befindet, wird nicht geregelt, wenn man nicht davon ausgeht, dass er unter die Neuregelung des § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO-E fallen soll,¹ also die Referendartätigkeit – entgegen der hier vertretenen Auffassung – bereits als berufliche Tätigkeit eingestuft wird.

Nicht adressiert wird auch die Vorbefassung als studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter sowie als Praktikant. Vor einer Neuregelung bietet es sich an, sich zunächst einmal Klarheit über die geltende Rechtslage und die damit verbundenen Probleme zu verschaffen. Auf dieser Grundlage kann sodann ein Vorschlag für eine umfassende Neuregelung entwickelt werden.

II. Überblick über die Rechtslage

Die berufsrechtliche Vorschrift des § 43a Abs. 4 BRAO regelt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen denkbar knapp: „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“ Ergänzend bestimmt die anwaltliche Berufssatzung in § 3 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BORA, dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat.

Eine Besonderheit des berufsrechtlichen Tätigkeitsverbots liegt bislang darin, dass sich allein auf der Ebene der anwaltlichen Berufsordnung (BORA), und damit auf der Ebene bloßen Satzungsrechts, eine ausdrückliche Regelung zur Reichweite des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen in Sozietätskonstellationen findet. Der aktuelle Referentenentwurf zur großen BRAO-Reform möchte dies zu Recht ändern (vgl. § 43a Abs. 4 S. 2–6 BRAO-E). § 3 Abs. 2 S. 1 BORA erstreckt das den einzelnen Berufsträger nach Absatz 1 treffende Tätigkeitsverbot auf mit ihm in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft gleich welcher Rechts- oder Organisationsform verbundene Rechtsanwälte. Hiervon macht § 3 Abs. 2 S. 2 BORA eine Ausnahme, wenn sich im Einzelfall die betroffenen Mandanten in den widerstreitenden Mandaten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich

¹ Dazu Diller, AnwBl Online 2021, 1, 3.

einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen. Nach § 3 Abs. 3 BORA gelten die Absätze 1 und 2 auch für den Fall, dass ein Rechtsanwalt von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft wechselt. § 3 Abs. 4 BORA stellt schließlich klar, dass ein Rechtsanwalt bzw. eine Sozietät unverzüglich die Mandanten zu unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden hat, sobald ein Interessenkonflikt bekannt wird.

Die Regelung in § 43a Abs. 4 BRAO wird für Fälle einer nicht anwaltlichen Vorbefassung flankiert durch das Tätigkeitsverbot des § 45 BRAO. Es knüpft abweichend von § 43a Abs. 4 BRAO nicht an eine gleichzeitige oder vorherige anwaltliche Tätigkeit an, sondern regelt mögliche Konflikte mit einer zweitberuflichen bzw. sonstigen Tätigkeit des Anwalts. In den von der Vorschrift angesprochenen Fallkonstellationen geht es jeweils um einen Funktions- bzw. Rollenwechsel zwischen anwaltlicher und sonstiger Tätigkeit. § 45 Abs. 1 BRAO schreibt vor, in welchen Fällen ein Rechtsanwalt gehindert ist, aufgrund einer anderen beruflichen Tätigkeit ein Mandat zu übernehmen. Schädlich ist etwa nach Nr. 1 eine frühere Tätigkeit in derselben Rechtssache als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter. Nr. 4 sieht im Sinne eines Auffangtatbestands ein Tätigkeitsverbot generell dann vor, wenn der Anwalt in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit bereits **beruflich** tätig war. Allerdings greift dieser Auffangtatbestand nicht, wenn die nicht-anwaltliche Tätigkeit bereits **beendet** ist. § 45 Abs. 2 BRAO enthält eine spiegelbildliche Regelung für die hier nicht einschlägigen Konstellationen, in denen eine Person zunächst als Anwalt tätig gewesen ist und anschließend in derselben Rechtssache in nicht-anwaltlicher Funktion agieren möchte.

Für die Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO findet sich – abweichend von § 43a Abs. 4 BRAO – bereits auf der Ebene des Berufsgesetzes (§ 45 Abs. 3 BRAO) eine Sozietätsklausel. Nach ihr gilt das Verbot „auch für die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen oder verbunden gewesenen Rechtsanwälte und Angehörigen anderer Berufe und auch insoweit einer von diesen im Sinne der Absätze 1 und 2 befaßt war“. Ergänzend ist wiederum § 3 BORA zu beachten, nach dessen Absatz 1 Satz 1 Alternative 2 der Rechtsanwalt auch dann nicht tätig werden darf, wenn er mit derselben Rechtssache bereits in sonstiger Weise iSd. § 45 BRAO beruflich befasst war.

Der vorstehende Überblick über die verschiedenen, sich ergänzenden Tätigkeitsverbote lässt erkennen, dass der Gesetzgeber ein sorgfältig durchdachtes, lückenlos ineinandergreifendes und miteinander verzahntes Gesamtsystem schaffen wollte, das für jede nur denkbare Konstellation den notwendigen Schutz der Mandanten und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sicherstellt. Allerdings weist die redaktionelle Umsetzung dieses Regelungsanliegens bedingt durch verschiedene während des Gesetzgebungsverfahrens erfolgte Änderungen evidente Schwächen auf. In allen atypisch gelagerten und schwieriger zu beurteilenden Fallkonstellationen lässt sich daher eine überzeugende und gesetzkonforme Lösung nicht aus der isolierten Beurteilung einer Teilregelung, sondern erst nach einer sorgfältigen Analyse der Gesamterregung und des hinter ihr stehenden Normzwecks gewinnen.

Die Lösung des aufgezeigten Problems wird zusätzlich dadurch erschwert, dass keine der erwähnten Regelungen eine explizite Aussage zum Referendar oder wissenschaftlichen

Mitarbeiter trifft. Der Nachwuchsjurist wird in der Bundesrechtsanwaltsordnung lediglich an vier Stellen angesprochen.

- In § 59 BRAO ist festgehalten, dass der Rechtsanwalt in angemessenem Umfang an der Ausbildung der Referendare mitzuwirken hat. Er hat den Referendar, der im Vorbereitungsdienst bei ihm beschäftigt ist, in den Aufgaben eines Rechtsanwalts zu unterweisen, ihn anzuleiten und ihm Gelegenheit zu praktischen Arbeiten zu geben. Gegenstand der Ausbildung soll insbesondere die gerichtliche und außergerichtliche Anwaltstätigkeit, der Umgang mit Mandanten, das anwaltliche Berufsrecht und die Organisation einer Anwaltskanzlei sein.

- Nach § 73 Abs. 2 Nr. 9 BRAO obliegt es dem Vorstand einer Rechtsanwaltskammer, bei der Ausbildung und Prüfung der Studierenden und der Referendare mitzuwirken, insbesondere qualifizierte Arbeitsgemeinschaftsleiter und Prüfer vorzuschlagen.

- Schließlich ermächtigt § 53 Abs. 4 S. 2 BRAO die Rechtsanwaltskammer, einen Referendar, der seit mindestens zwölf Monaten im Vorbereitungsdienst beschäftigt ist, zu einem allgemeinen Vertreter eines Rechtsanwalts zu bestellen, wenn dieser länger als eine Woche an der Berufsausübung gehindert ist oder sich von seiner Kanzlei entfernen möchte. Hier zeigt sich, dass die Referendarsausbildung als eine dem Anwaltsberuf verwandte Vorstufe der anwaltlichen Tätigkeit angesehen wird.

- Schließlich wird der Referendar auch bei der Verschwiegenheitspflicht in § 43a Abs. 2 S. 7 BRAO im Sinne eines Ausnahmefalls angesprochen.

III. Die Betätigungsmöglichkeiten eines als Referendar vorbefassten Rechtsanwalts

1. Die Anwendbarkeit des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO bei einer Vorbefassung als Referendar

Als normativer Standort für ein vorliegend einschlägiges Tätigkeitsverbot bietet sich zunächst § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO an. Danach darf ein Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er in derselben Rechtssache bereits als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter tätig geworden ist.

a) Der Referendar als Angehöriger des öffentlichen Dienstes
Aus dem Kreis der in der Vorschrift angesprochenen Funktionen kommt bei einem Referendar allein eine Tätigkeit als „Angehöriger des öffentlichen Dienstes“ in Betracht. Unter diesen Begriff fällt ein Handeln sowohl als Beamter als auch als Angestellter im öffentlichen Dienst. Erfasst sind Tätigkeiten im Dienste des Bundes, eines Landes oder einer Gemeinde und von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Verbänden. Schließlich ist anerkannt, dass § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO auch Beschäftigte auf Zeit des öffentlichen Dienstes erfasst.²

Auch wenn der Gesetzgeber bei Einführung der Regelung weniger an Ausbildungsverhältnisse gedacht, sondern andere Konstellationen im Blick gehabt haben wird, so stehen doch Referendare, zumindest in aller Regel, in einem öffentlichen Dienstverhältnis eigener Art. Das gilt etwa für das Bundesland Hessen, in dem viele in Wirtschaftskanzleien tätige Referen-

² Kilian, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 45 Rn. 17 ff., 17e.

da aufgrund der Bedeutung des Anwaltsstandorts Frankfurt a.M. ihre Ausbildung absolvieren und dessen JAG daher hier beispielhaft zugrunde gelegt werden soll.

In § 26 Abs. 2 S. 1 des hessischen Gesetzes über die juristische Ausbildung (Juristenausbildungsgesetz – JAG) heißt es: „Mit der Aufnahme werden die Bewerberinnen und Bewerber in ein öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis berufen.“ Der Inhalt dieses öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnisses wird in § 27 JAG Hessen präzisiert. Nach § 27 Abs. 1 S. 1 JAG Hessen haben sich „Rechtsreferendare ... der Ausbildung mit vollem Einsatz ihrer Arbeitskraft zu widmen.“ Im Übrigen finden auf sie die für Beamte auf Widerruf geltenden Bestimmungen mit Ausnahme von §§ 47, 80 des Hessischen Beamtengesetzes (HBG) und von § 3 des Hessischen Besoldungsgesetzes (HBesG) entsprechende Anwendung. Das bedeutet insbesondere, dass die Referendare den gleichen strikten Bindungen unterworfen sind wie Beamte auf Widerruf. Ein vorliegend nicht erheblicher Unterschied besteht lediglich darin, dass die Referendare nicht den schon vom Wortlaut nur auf Beamte zugeschnittenen Diensteid (§ 47 HBG) leisten müssen. Außerdem werden den Referendaren nicht die Beihilfeleistungen des § 80 HBG gewährt. Die Unanwendbarkeit des § 3 HBesG, dem zufolge „die Beamtinnen, Beamten, Richterinnen und Richter ... Anspruch auf Besoldung“ haben, erklärt sich damit, dass die Vorschrift für Referendare von vornherein nicht passt. Vielmehr erhalten die Referendare nach § 27 Abs. 2 JAG Hessen eine monatliche Unterhaltsbeihilfe. Referendare sind damit in allen wesentlichen Funktionen als „Angehörige des öffentlichen Dienstes“ anzusehen und weitgehend sogar Beamten auf Zeit angenähert.

Vom Wortlaut des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO werden Referendare daher ohne Weiteres erfasst. Im Ergebnis kann es auch keine ernsthaften Zweifel geben, dass ein Referendar, der während seiner Ausbildungsstation bei einem Gericht, bei der Staatsanwaltschaft, in der Verwaltung oder bei einem Notar mit einer bestimmten Angelegenheit befasst war, in derselben Angelegenheit nicht später anwaltlich tätig werden kann.³

b) Teleologische Reduktion des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO aufgrund der Besonderheit der Anwaltsstation?

aa) Keine eindeutige Wertung des Gesetzgebers

Weitgehend ungeklärt ist, ob etwas anderes gilt, wenn ein Referendar mit einer bestimmten Angelegenheit während seiner Anwaltsstation befasst war. Die Frage ist nicht einfach zu beantworten, da hier Auslegungskriterien aufeinanderprallen, die in unterschiedliche Richtungen weisen.⁴

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der Referendar während dieses Ausbildungsabschnitts nicht unmittelbar hoheitlich tätig wird. Wird er in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet, so ähnelt seine Funktion – sieht man einmal von den Besonderheiten der Ausbildung ab – eher derjenigen des Rechtsanwalts, der von ihm unterstützt wird. Der Referendar handelt je nach Art und Intensität der Einbeziehung als Interessenvertreter des Mandanten. Diese Nähe zum Anwaltsberuf spricht dafür, die aus der Ausbildungszeit herrührenden Interessenkonflikte eher § 43a Abs. 4 BRAO, dagegen nicht § 45 Abs. 1 BRAO zuzuordnen.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis, das der Referendar eingeht, während der gesamten Referendarzeit ein und dasselbe ist. Mit dem Wortlaut des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO lässt sich jedenfalls eine unterschiedliche Behandlung der verschiede-

nen Ausbildungsstationen nur schwer in Einklang bringen. Vielmehr bleibt der Referendar auch während der Anwaltsstation Angehöriger des öffentlichen Dienstes und als solcher besonderen öffentlich-rechtlichen Dienstpflichten unterworfen.

bb) Inkohärente Behandlung unterschiedlicher Formen der juristischen Mitarbeit

Dass § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO der Sache nach nicht auf die besondere Situation der Anwaltsstation zugeschnitten ist, ergibt sich indes aus verschiedenen Besonderheiten dieses Ausbildungsabschnitts. Schaut man auf die konkrete Tätigkeit des Referendars während dieser Stage, so unterscheidet sie sich nicht, jedenfalls nicht wesentlich von derjenigen eines Praktikanten, Studierenden oder wissenschaftlichen Mitarbeiters, der bei einem Rechtsanwalt tätig ist. Gerade bei wissenschaftlichen Mitarbeitern, die bereits die zweite juristische Staatsprüfung erfolgreich absolviert haben, sind die Risiken aus Mandantensicht jedenfalls nicht wesentlich anders zu beurteilen als bei einem Referendar. Das gilt insbesondere dann, wenn der Mitarbeiter nebenberuflich außerhalb der Anwaltsstation bei einem Rechtsanwalt tätig ist. Die genannten Mitarbeiter unterliegen indes bei ihrer künftigen anwaltlichen Tätigkeit keinem Tätigkeitsverbot (dazu VII.) aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO. Diese Vorschrift greift hier ersichtlich nicht und auch § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO ist nicht einschlägig, weil es sich entweder nicht um eine berufliche Tätigkeit handelt oder aber die Tätigkeit bereits beendet ist. Die gesetzliche Regelung stünde damit in einem Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Kohärenzgebot, wenn sie gleichwohl ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Rechtsfolgen im Sinne eines massiven Eingriffs in die Berufsausübung anordnen würde.

cc) Tätigkeitsverbot nur bei Tätigwerden im widerstreitenden Interesse

Noch wichtiger erscheint mit Blick auf § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO eine weitere Besonderheit. Diese Vorschrift ordnet nämlich ein Tätigkeitsverbot ganz unabhängig vom Vorliegen eines Interessenkonflikts an. Generell wird im Schrifttum kritisiert, dass § 45 Abs. 1 BRAO – anders als § 43a Abs. 4 BRAO – nicht, jedenfalls nicht explizit das Tatbestandsmerkmal „Interessenwiderstreit“ kennt. Die zweitberuflichen Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO setzen lediglich eine abstrakte Gefahr voraus, es handelt sich also um Fälle eines vermuteten Interessenwiderstreits.⁵ Auch im Rahmen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ist es grundsätzlich nicht erforderlich, dass sich die Tätigkeit einseitig gegen den späteren Mandanten richtet.⁶

Allerdings hat das BVerfG zutreffend darauf hingewiesen, dass Tätigkeitsverbote nur dann den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG genügen, wenn sie erforderlich sind, um besonderen Gefährdungen des Anwaltsberufs zu begegnen. Dementsprechend sei der in der Parallelnorm des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO a.F. verwandte Begriff „ständiges Dienst- oder ähnliches Beschäftigungsverhältnis“ verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass nur eine solche Vertragsbeziehung erfasst werde, bei der die Gefahr einer Interessenkol-

³ So ausdrücklich auch *Kilian*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 17e.

⁴ Für die Einbeziehung *Kalsbach*, BRAO, 1960, § 45 Anm. 3 I.; dagegen *Kilian*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 17e; vom Verfasser in *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 5, 39 bislang offengelassen, ob § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO oder aber § 43a Abs. 4 BRAO einschlägig ist.

⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2008, 795 Rn. 12; BGH NJW 2015, 567 Rn. 12.

⁶ *Kilian*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 15.

lision bestehen könne. Es müsse zu besorgen sein, dass die Weisungs- und Richtlinienkompetenz des Arbeitgebers des Zweitberufs in die später ausgeübte anwaltliche Tätigkeit hineinwirke.⁷

Auch wenn sich die Entscheidung des BVerfG ausdrücklich nur zu § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO a.F. verhielt, lassen sich ihre tragenden Überlegungen doch auf § 45 BRAO übertragen. In diese Vorschrift ist damit ebenfalls eine entsprechende Einschränkung hineinzulesen.⁸

In den Fallgruppen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO geht es nicht um den klassischen Fall der Vertretung widerstreitender Interessen durch einen Interessenvertreter. Vielmehr kollidiert hier etwa die unabhängige und überparteiliche Rolle des Richters, Notars oder Mitarbeiters einer Behörde mit derjenigen des Anwalts als Interessenvertreter. Verbindendes Element aller von § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfassten Tätigkeiten ist diese Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. In der Anwaltsstation wird der Referendar dagegen, wenn er in eine Mandatsbearbeitung eingeschaltet wird, gerade nicht in einer vergleichbar unabhängigen Funktion tätig. Vielmehr soll er hier die Tätigkeit als Interessenvertreter erlernen. Es gibt damit keinen Sachgrund, es einem Referendar zu verbieten, jene Mandate in gleichgerichtetem Interesse weiterzuführen, die er bereits während seiner Ausbildung aus der Perspektive des Interessenvertreters mitbetreut hat. Gefahren für die anwaltliche Unabhängigkeit, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege oder das Ansehen der Anwaltschaft sind in solchen Fallkonstellationen nicht ersichtlich, vielmehr handelt es sich um die konsequente Fortsetzung des Ausbildungsziels. Das Gesetz geht in § 53 Abs. 4 S. 2 BRAO sogar davon aus, dass ein Referendar zum allgemeinen Vertreter eines Rechtsanwalts bestellt werden kann, wenn er seit mindestens zwölf Monaten im Vorbereitungsdienst beschäftigt war. Ihm stehen dann die anwaltlichen Befugnisse des vertretenen Rechtsanwalts zu (§ 53 Abs. 7 BRAO). Ebenso wie der vertretene Rechtsanwalt muss er dann aber konsequenterweise nach seiner Zulassung zur Anwaltschaft die als Vertreter betreuten Mandate weiterbearbeiten dürfen. Das Regelungsanliegen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO greift damit bei der Vertretung gleichgerichteter Interessen durch einen Referendar nicht.

Wollte man daher § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO auf den Referendar anwenden, müsste man diese Anwendbarkeit sogleich wieder teleologisch reduzieren auf solche Fälle, in denen der Referendar tatsächlich in widerstreitendem Interesse tätig geworden ist. Diese Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung besteht ganz unabhängig von einem verfassungsrechtlichen Korrekturbedarf hinsichtlich § 45 BRAO.

Sofern überhaupt Gefahren für den Mandanten und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege bestehen, folgen diese gerade nicht aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Ausbildungsverhältnisses, sondern auch der Ähnlichkeit mit einer anwaltlichen Tätigkeit. Das spricht dafür, das Tätigkeitsverbot, wenn es sich den überhaupt rechtfertigen lässt, bei § 43a Abs. 4 BRAO, nicht dagegen bei § 45 BRAO zu verorten.

Insgesamt zeigt sich, dass § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO auf die Besonderheiten der Ausbildungstätigkeit in der Anwaltsstation aus verschiedenen Gründen nicht zugeschnitten ist. Als allenfalls atypische Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis, die eine enge und ausgeprägte Parallele zu einem privatrechtlichen Ausbildungsverhältnis bei einem Rechtsanwalt aufweist, wird sie nicht von § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfasst. Vielmehr tritt der öffentlich-rechtliche Charakter in diesem Ausbildungsabschnitt in den Hintergrund.

c) Ergebnis zu § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO

Ein Rechtsanwalt, der als Referendar bei der Betreuung eines Mandats mitgewirkt hat, ist damit nicht nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO berufsrechtlich gehindert, in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse tätig zu werden.

2. Der Auffangtatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO

Geht man mit diesem Zwischenergebnis davon aus, dass sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO kein Tätigkeitsverbot ergibt, so bleibt die Frage nach der Anwendbarkeit des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO. § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO ist eine Auffangvorschrift in Bezug auf die in § 45 Abs. 1 BRAO angesprochenen Fälle einer zweitberuflichen, nicht anwaltstypischen Tätigkeit, die nicht bereits den übrigen Varianten des § 45 Abs. 1 BRAO unterfällt.⁹

Die Tätigkeit während der Anwaltsstation ist aber keine von § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO erfasste (zweit)berufliche Tätigkeit. Die Ausbildung ist ersichtlich schon keine „berufliche“ Tätigkeit,¹⁰ so dass das Referendariat auch nach der Neufassung des § 45 BRAO, wie sie im aktuellen Referentenentwurf der großen BRAO-Reform geplant ist, nicht erfasst würde (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO-E). Sie ist aus der Sicht des anwaltlichen Berufsrechts zudem keine „zweitberufliche“ Tätigkeit, wie schon aus dem Umstand folgt, dass ein Rechtsanwalt nicht gleichzeitig als Rechtsreferendar tätig sein kann. Das eine schließt jeweils das andere aus. Selbst wenn man einen Bedarf für ein Tätigkeitsverbot bei einer Vorbefassung als Referendar sehen wollte, so wäre ein Rückgriff auf § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO in doppelter Hinsicht interessenwidrig: Zum einen ist die Vorschrift zu weit gefasst, weil sie auch Fallkonstellationen betrifft, in denen überhaupt keine Interessenkollisionen zu befürchten sind. Zum anderen ist sie insofern zu eng, als sie trotz vorliegenden Interessenwiderstreits eine Betätigung stets dann erlaubt, wenn die zweitberufliche Vortätigkeit beendet ist.

Auf die Entscheidung der Streitfrage, ob eine Beendigung der „beruflichen Tätigkeit“ nur dann vorliegt, wenn der Anwalt den Zweitberuf insgesamt aufgegeben hat¹¹ oder ob es ausreicht, wenn lediglich die nicht anwaltliche zweitberufliche Befassung mit der in Frage stehenden Angelegenheit ein Ende gefunden hat,¹² kommt es vorliegend nicht an, da die Tätigkeit als Praktikant oder wissenschaftlicher Mitarbeiter mit Erwerb der Anwaltszulassung üblicherweise komplett eingestellt wird. Immerhin lässt sich feststellen, dass nach der heute vorherrschenden Auffassung in jedem Fall von einer Beendigung der beruflichen Tätigkeit im Sinne von § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO auszugehen ist. Soweit von einer Minderheit im Schrifttum § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO gleichwohl für den Fall

7 BVerfG NJW 2002, 503 f. unter Hinweis darauf, dass in der sogenannten Zweitberufsentscheidung des BVerfG (BVerfGE 87, 287 = NJW 1993, 317) angemahnt worden war, Berufseinschränkungen an Interessenkollisionen zu binden.

8 BGH NJW 2020, 3451 Rn. 51; OLG Koblenz, NJW-RR 2007, 1003, 1004 (zu § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO); siehe auch *Kleine-Cosack*, BRAO, 8. Aufl. 2020, § 45 Rn. 29, 44; *Kilian*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 7 ff.; *Deckenbrock*, NJW 2015, 522, 523 f.; zurückhaltender *Peitscher*, in: *Hartung/Scharmer, BORA/FAO*, 7. Aufl. 2020, § 45 BRAO Rn. 15.

9 Vgl. BT-Drucks. 12/4993, S. 30: „... soll eine Regelung für alle sonstigen Bereiche treffen...“.

10 So kann man allerdings *Kilian*, in *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 17e verstehen, der ein Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO erst aufgrund der Beendigung der Tätigkeit „Referendar“ verneint.

11 So wohl BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

12 So die inzwischen wohl h.M. AnwG Freiburg, NZM 2006, 447, 448; *Kilian*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 45 Rn. 38; *Bormann/Strauß*, in: *Gaier/Wolf/Goecken, Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl. 2020, § 45 BRAO Rn. 41; *Peitscher*, in: *Hartung/Scharmer* (Fn. 7), § 45 BRAO Rn. 47.

einer Vorbefassung als Referendar für einschlägig erachtet wird,¹³ überzeugt dies nicht.

Die genannten Literaturstimmen versuchen dem Dilemma, in das sie der Rückgriff auf den nicht passenden § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO bringt, durch einen fragwürdigen Rückgriff auf § 3 BORA zu entkommen. Zwar weise § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO die Besonderheit auf, dass das Tätigkeitsverbot nicht (mehr) greife, wenn der der Vorbefassung zugrundeliegende Auftrag bereits beendet ist. Auch sei in den Fällen, in denen ein Nachwuchsjurist zunächst als Referendar mit einer bestimmten Rechtssache befasst war, um sodann anschließend als Rechtsanwalt in derselben in widerstreitendem Interesse tätig zu werden, die Referendartätigkeit zwangsläufig beendet. Diese Ausnahmerechtsfolge des § 45 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 BRAO sei aber nicht von dem in § 3 BORA angeordneten Verweis auf § 45 BRAO erfasst.¹⁴

Dieser Rettungsversuch überzeugt nicht. Es ist schon fraglich, ob über eine Satzungsnorm überhaupt gesetzlich nicht vorgesehene Tätigkeitsverbote angeordnet werden können. Da die Satzungsnorm unmittelbar auf die Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO Bezug nimmt, erfasst sie zudem nach richtiger Auffassung auch die in § 45 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 BRAO geregelte zeitliche Limitierung. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Verweis zwar auf den Befassungstatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO, nicht aber auf dessen Ausnahme erstrecken soll, sind dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen.¹⁵

Zwar erscheint zweifelhaft, ob der Gesetzgeber mit dem Teilsatz „dies gilt nicht, wenn die berufliche Tätigkeit beendet ist“ überhaupt zum Ausdruck bringen wollte, dass ein in anderer Funktion vorbefasster Anwalt später dieselbe Angelegenheit im widerstreitenden Interesse bearbeiten darf. Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser Regelung, die erst nachträglich auf Vorschlag des Rechtsausschusses in die Gesetzesnovelle eingefügt wurde, lediglich einem Anwalt, der etwa als Mitarbeiter in einem Unternehmen ausgeschieden ist, ermöglicht werden, die zuvor in abhängiger Stellung bearbeiteten Fälle anwaltlich weiterzuführen.¹⁶ Danach sollte die zeitliche Begrenzung des Tätigkeitsverbots nur den Fall erfassen, in dem ein Anwalt eine zuvor zweitberuflich bearbeitete Tätigkeit in anwaltlicher Funktion **gleichgerichtet** fortsetzt. Eine Erleichterung für den Anwalt, der nach Beendigung einer zweitberuflichen Tätigkeit gegen den früheren Arbeitgeber oder Auftraggeber, und damit im widerstreitenden Interesse, ein Mandat annimmt, wäre dagegen nicht bezweckt.

Allerdings ist eine solche Differenzierung dem Wortlaut des § 45 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 BRAO nicht zu entnehmen. Angesichts des im Berufsrechts geltenden Analogieverbots darf sie auch nicht in die Norm hineingelesen werden.¹⁷ Festhalten lässt sich, dass eine Verortung der Thematik des vorbefassten Referendars in § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO weder der Gesetzesystematik entspricht noch im Ergebnis ein Tätigkeitsverbot begründen kann.

3. Die Anwendbarkeit des § 43a Abs. 4 BRAO bei einer Vorbefassung als Referendar

a) Prüfungsrelevanz des § 43a Abs. 4 BRAO

Verneint man mit der hier vertretenen Auffassung ein aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO folgendes Tätigkeitsverbot mangels Ausübung eines öffentlichen Amtes, so bleibt die Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen Regelung anwaltlicher Interessenkonflikte in § 43a Abs. 4 BRAO. Für sie könnte sprechen, dass der Referendar im Rahmen der Betreuung eines

Mandats weniger für den öffentlichen Dienst als vielmehr für den ihn ausbildenden Anwalt tätig wird. Damit steht nicht die Rolle als Angehöriger des öffentlichen Dienstes im Vordergrund, sondern vielmehr diejenige als an Weisungen des anwaltlichen Ausbilders gebundenen Nachwuchsanwalts, der schon während des Referendariats ähnlich einem (angestellten) Rechtsanwalt tätig wird. Die Tätigkeit als Referendar in der Anwaltsstation lässt sich auf dieser Argumentationslinie als eine Art Vorstufe zur Anwaltstätigkeit einordnen. Damit wird die Ausbildung in der Anwaltsstation in die unmittelbare Nähe des § 43a Abs. 4 BRAO gerückt.

b) Prinzipielle Notwendigkeit einer anwaltlichen Vorbefassung

§ 43a Abs. 4 BRAO verlangt für die Annahme eines Tätigkeitsverbots, dass ein „Rechtsanwalt“ widerstreitende Interessen vertritt. Hieraus wird verbreitet gefolgert, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nur bei einer zweiseitig anwaltlichen Befassung in derselben Rechtsangelegenheit verletzt sein kann, die Befassung, an welche die Disqualifikation geknüpft wird, also jeweils in der Funktion als Rechtsanwalt erfolgt sein muss. Folge dieses engen Verständnisses ist, dass grundsätzlich alle berufsfremden Tätigkeiten des Anwalts vom Anwendungsbereich des § 43a Abs. 4 BRAO ausgeschlossen sind.¹⁸

Ein beachtlicher Teil der Literatur plädiert dagegen für ein weites Verständnis der Norm und interpretiert die Vorschrift dahin, dass in ihr keine Beschränkung auf ein anwaltliches Tätigwerden bei der Wahrnehmung von widerstreitenden Interessen angelegt sei. Denn dem Wortlaut des § 43a Abs. 4 BRAO lasse sich keine Einschränkung auf eine originäre anwaltliche Vorbefassung entnehmen. Ausreichend für die Anwendbarkeit des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen sei vielmehr, dass er jetzt (im Augenblick des „Zweitmandats“) Anwalt sei.¹⁹ Es besteht allerdings Einigkeit, dass eine lediglich private Vorbefassung nicht ausreicht, sondern eine berufliche Vorbefassung vonnöten ist.²⁰

Zum Teil wird ein weites Verständnis des § 43a Abs. 4 BRAO darüber hinaus mit einer am Normzweck orientierten Auslegung begründet. So soll es der Erstreckung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen auf nicht-anwaltliche

13 Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 3 BORA Rn. 7; Kilian/Koch, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, B Rn. 411; Saenger/Riße, MDR 2006, 1385, 1386; siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006), BRAK-Mitt. 2006, 213.

14 Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 3 BORA Rn. 7; siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006), BRAK-Mitt. 2006, 213. Saenger/Riße, MDR 2006, 1385, 1386 Fn. 9 lassen die Frage, inwieweit die Beendigung des Referendariats zu einem Wegfall des Tätigkeitsverbots führt, offen.

15 Vgl. insoweit nur Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 6; Deckenbrock, AnwBl 2009, 16, 19.

16 BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

17 Deckenbrock, AnwBl 2009, 16, 18.

18 Hierfür etwa Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 43a Rn. 196; Kilian, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 1; Deckenbrock, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 255 ff.; ders., AnwBl 2009, 16, 17; für eine enge Auffassung, allerdings ohne klare Festlegung auch Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 10), § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 15; vgl. ferner zur strafrechtlichen Parallelnorm des § 356 StGB BGHSt 13, 231, 232 = NJW 1959, 2028, 2029; BGHSt 20, 41, 42 = NJW 1964, 2428, 2429; BGHSt 24, 191, 192 = NJW 1971, 1663, 1664; Gillmeister, in: LK/StGB, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 356 Rn. 36.

19 Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 43a Rn. 56; Kleine-Cosack (Fn. 7), § 43a Rn. 175 ff.; Grunewald, AnwBl 2005, 437, 441 Fn. 49; Offermann-Burckart, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 15; dies., AnwBl 2005, 312, 313; dies., AnwBl 2011, 809, 815 sowie (beschränkt auf nicht berufsrechtlich gebundene Zweittätigkeiten) Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 745 ff.; ders., NJW 2005, 6, 8.

20 Vgl. Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 43a Rn. 56; Kleine-Cosack (Fn. 7), § 43a Rn. 175 sowie Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446, 447.

che berufliche Tätigkeiten bedürfen, weil die sonst anwendbaren Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO keine Gewähr für einen ausreichenden Vertrauensschutz böten.²¹ § 43a Abs. 4 BRAO wäre dann als Auffangtatbestand für sämtliche Interessenkollisionsfälle zu verstehen.²² Der Referentenentwurf zur großen BRAO-Reform will das Verhältnis künftig klären und dabei zu Recht deutlich machen, dass § 43a Abs. 4 BRAO kein Auffangtatbestand ist.

Der Gegenansicht ist zu konzедieren, dass der aktuelle Wortlaut des § 43a Abs. 4 BRAO in dieser Frage tatsächlich offen ist. Systematische Erwägungen sprechen gleichwohl dafür, dass das Gesetz jedenfalls im Grundsatz von einem Schlüssellücken ausschließenden Nebeneinander der beiden Tätigkeitsverbote ausgeht, die jeweils unterschiedliche Konstellationen regeln wollen: Auf der einen Seite soll § 43a Abs. 4 BRAO die Vorbefassung als Rechtsanwalt regeln und auf der anderen Seite greift § 45 Abs. 1 BRAO für die Vorbefassung im Rahmen eines nicht-anwaltlichen Zweiterberufs.

Immerhin hat der Gesetzgeber mit § 45 BRAO eine gesonderte Norm für jene Fallkonstellationen geschaffen, in denen eine Person in ihrer Funktion als Rechtsanwalt nur für eine Partei tätig geworden ist, sie zugleich aber in anderer Funktion kollidierende Interessen vertreten hat oder vertritt. Wollte man mit der Gegenansicht in § 43a Abs. 4 BRAO keine berufsbezogene Pflicht sehen, sondern jede Form einer nicht-anwaltlichen Vorbefassung ausreichen lassen, so wäre die Vorschrift des § 45 BRAO weitgehend überflüssig. Als eigenständiger Anwendungsbereich blieben allein jene seltenen Konstellationen, in denen die anwaltliche Unabhängigkeit oder das anwaltliche Ansehen aufgrund der Vorbefassung oder der Anschlussstätigkeit generell in Frage gestellt wäre, ohne dass es auf eine Interessenkollision ankäme. Zudem bestünde die Gefahr, dass die spezielleren Wertungen des § 45 BRAO und die dort normierten zum Teil einschränkenden Voraussetzungen unterlaufen werden, wenn § 43a Abs. 4 BRAO als allgemeine Auffangregelung interpretiert wird, die immer greift, wenn sich ein Tätigkeitsverbot nicht schon aus § 45 BRAO ergibt.

Dies alles spricht dafür, **grundsätzlich** von einem Nebeneinander der Verbotstatbestände des § 43a Abs. 4 BRAO und des § 45 BRAO auszugehen. War der Rechtsanwalt in einer zweiterberuflichen Funktion mit derselben Rechtssache befasst, greift daher – abgesehen von Sondersituationen – § 43a Abs. 4 BRAO grundsätzlich nicht.²³

c) Der Sonderfall der Vorbefassung als Referendar während der Anwaltsstation

Dieser weder von Wortlaut noch Normzweck geforderte, sondern allein aus systematischen Erwägungen hergeleitete Grundsatz schließt es freilich angesichts des weit gefassten Wortlauts nicht aus, in klar umgrenzten Sonderkonstellationen, die eine unmittelbare Nähe zu § 43a Abs. 4 BRAO aufweisen, auf diese Vorschrift zurückzugreifen, obwohl eine nicht-anwaltliche Vorbefassung vorliegt. Die vom Gesetzgeber sehr offen gewählte Fassung des Wortlauts von § 43a Abs. 4 BRAO ermöglicht – auch unter Beachtung des Analogieverbots – ein solch extensives Verständnis der Norm.

Ausnahmekonstellationen sind insbesondere bei solchen nicht-anwaltlichen Vorbefassungen denkbar, die derart eng mit der anwaltlichen Berufsausübung verbunden sind, dass sie der Tätigkeit eines angestellten Rechtsanwalts unmittelbar vergleichbar sind. Die nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich vorzugswürdige These eines Exklusivitätsverhältnisses zwischen § 43a Abs. 4 BRAO und § 45 BRAO geht

von der durch die Gesetzesmaterialien abgesicherten Prämisse aus, dass der Gesetzgeber mithilfe von § 45 BRAO „eine klare Trennung zwischen der anwaltlichen Betätigung und der im Zweiterberuf“ erreichen wollte.²⁴

Problematisch bleibt die Behandlung von solchen juristischen Tätigkeiten, denen ein Rechtsanwalt gar nicht im Sinne eines Zweiterberufs nachgehen kann, deren Ausübung vielmehr voraussetzt, dass der Tätige noch nicht über eine Anwaltszulassung verfügt. Sie sind damit weder nach der Gesetzessystematik noch nach dem Normzweck abschließend dem Anwendungsbereich des § 45 BRAO zugewiesen. Vielmehr weisen sie als Vorstufen zur anwaltlichen Tätigkeit auch unter systematischen Erwägungen eine größere Nähe zu § 43a Abs. 4 BRAO als eine solche zu § 45 BRAO auf. Hierzu zählt – anders als eine bloße Hilfstätigkeit – namentlich die Tätigkeit als Referendar bei einem Rechtsanwalt.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt diese Einschätzung. Nach der Vorläuferregelung in § 45 Nr. 2 und 3 BRAO a.F. durfte der Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache bereits im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten hat (Nr. 2) und wenn er in derselben Rechtssache bereits als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt oder als Angehöriger des öffentlichen Dienstes tätig geworden ist (Nr. 3). Im Rahmen der 1994 erfolgten BRAO-Novelle hat der Gesetzgeber das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zusammen mit den weiteren anwaltlichen core values in § 43a Abs. 4 BRAO geregelt. Inhaltlich sollte die Norm durch diese Neusystematisierung nicht verändert werden. Aus dem Wortlaut des § 45 Nr. 3 BRAO a.F. ergab sich allerdings eindeutig, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen seinerzeit nicht zur Voraussetzung hatte, dass die Erstbefassung als Anwalt erfolgt ist. Gemeint waren in Abgrenzung zu § 45 Nr. 2 BRAO all jene (Vor-)Tätigkeiten, die im Interesse einer Partei – und nicht im Rahmen einer „neutralen“ Funktion als Richter oder Notar – erfolgt sind.

Für das heutige Verhältnis von § 43a Abs. 4 BRAO zu § 45 BRAO muss damit gelten: Immer dann, wenn ein Anwalt zuvor widerstreitende Interessen in der anwaltstypischen Rolle als Parteivertreter wahrgenommen hat, unterliegt er einem Tätigkeitsverbot nach § 43a Abs. 4 BRAO. Es stünde in klarem Widerspruch zum Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Regelungsanliegen, wenn durch die Aufteilung des Regelungsgegenstandes der Vorläuferbestimmung auf zwei Normen nun unregelte Bereiche entstünden, in denen der Mandant schutzlos gestellt würde.²⁵ Nach diesem Verständnis können jedenfalls grundsätzlich solche anwaltstypischen Vortätigkeiten als Mitarbeiter eines Anwalts ein Tätigkeitsverbot zu Lasten des späteren Rechtsanwalts auslösen, die einerseits nicht von § 45 BRAO erfasst werden, andererseits aber dieselben Gefahren mit sich bringen, die auch eine anwaltliche Tätigkeit aufweist. Ist der Rechtsanwalt dagegen zuvor für einen nicht-anwaltlichen Arbeitgeber oder in sonstiger anwaltsfremder

21 *Kleine-Cosack*, BRAO, 7. Aufl. 2015, § 43a Rn. 152 (zurückhaltender jetzt 8. Aufl. 2020, § 43a Rn. 176); ausdrücklich ihm folgend *Offermann-Burckart*, in: *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein* (Fn. 17), § 13 Rn. 15; *dies.*, *AnwBl* 2005, 312, 313.

22 *Saenger/Riße*, BRAK-Mitt. 2007, 97, 98.

23 Vgl. auch *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 43a Rn. 197.

24 So ausdrücklich *BT-Drucks.* 12/4993, S. 29.

25 Vgl. zum Ganzen auch *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 43a Rn. 197.

Funktion tätig geworden, sind ausschließlich die Voraussetzungen des § 45 BRAO zu prüfen.²⁶

d) Referendartätigkeit als (vor)anwaltliche Tätigkeit

Die Tätigkeit des Referendars während der Anwaltsstation kann je nach Ausgestaltung eine besondere Nähe zur anwaltlichen Tätigkeit aufweisen. Wird er unmittelbar in die Mandatsbearbeitung miteinbezogen, kann seine Stellung derjenigen eines angestellten Rechtsanwalts ähneln,²⁷ der uneingeschränkt dem Tätigkeitsverbot des § 43a Abs. 4 BRAO unterworfen ist.

Die Anwaltsstation ist eine notwendige Durchgangsstation auf dem Weg zum Anwaltsberuf ist. Als zwingende Vorstufe zum Anwaltsberuf ist die Referendartätigkeit während dieses Ausbildungsabschnitts damit der anwaltlichen Tätigkeit eng verwandt. Aus Sicht des Mandanten kann es daher nur einen geringen Unterschied machen, ob ein in die Sache intensiv eingebundener Referendar oder ein angestellter Anwalt auf die Gegenseite wechselt.

Vor dem Hintergrund der schutzwürdigen Interessen der Mandanten wäre es nicht nachvollziehbar, wenn die eingehende Vortätigkeit als Referendar als unbeachtlich, aber bereits eine kurzfristige Mitwirkung als (angestellter) Anwalt als schädlich eingestuft würde. Immerhin vergisst der Referendar sein einmal erworbenes sensibles Wissen nicht dadurch, dass er vom Referendar zum Anwalt aufrückt. Mit dem Ausbildungsstatus des Referendars verträgt es sich zudem schlecht, wenn er vor den Mandanten „versteckt“ gehalten werden müsste. In der Praxis kommt es vielmehr immer wieder vor, dass Mandanten Kenntnis von der Mitwirkung eines Referendars haben und diesem Referendar selbstverständlich das gleiche Vertrauen entgegenbringen wie ihrem Rechtsanwalt.

Das durch den Wortlaut gestützte weite Verständnis der Vorschrift wird – für die hier relevanten Konstellationen – auch durch den Normzweck des § 43a Abs. 4 BRAO gestützt. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen schützt neben

- (1) dem Vertrauensverhältnis zum Mandanten auch
- (2) die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und
- (3) die im Interesse der Rechtspflege gebotene Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung.²⁸

Allein unter Rückgriff auf diese gesetzlichen Regelungsanliegen lassen sich die geradezu unzähligen Zweifelsfragen klären, die das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO in der Praxis aufwirft. Eine unbeschränkte Möglichkeit für Referendare nach Beendigung ihrer Ausbildung auch für die Gegenseite tätig zu werden, würde aber in Konflikt zu allen drei Normzwecken stehen.

Im Interesse einer nüchternen Betrachtung empfiehlt es sich, zunächst einmal nicht als Hintergedanke auch die Sozietätskonstellationen mit in den Blick zu nehmen, sondern ausschließlich die Fallkonstellation, um die es bei § 43a Abs. 4 BRAO geht, nämlich die Frage, darf ein Referendar, der ein Mandat während seiner Anwaltsstation betreut hat, der sogar an Gesprächen mit dem Mandanten teilgenommen hat, anschließend im widerstreitenden Interesse für die Gegenseite anwaltlich tätig werden?

Daran, wie die Antwort auf diese Grundsatzfrage lautet, kann es meines Erachtens keinen ernsthaften Zweifel geben. Nicht nur aus der Sicht des Mandanten, sondern auch aus der Perspektive eines geordneten Rechtspflegesystems wäre es schwer erträglich, wenn der ehemalige Referendar das sen-

sible Wissen, das er während seiner Ausbildung in einer bestimmten Rechtssache erlangt hat, nach Beendigung seiner Ausbildung nunmehr als Rechtsanwalt zugunsten der Gegenseite verwenden könnte.

Wäre dies der Standpunkt des geltenden Rechts, dann dürften Rechtsanwaltskanzleien ihre Referendare in größeren, auf längere Zeit angelegten und schwierigen Mandaten, wie etwa größeren Schiedsverfahren und großen M & A-Mandaten, überhaupt nicht mehr einsetzen. Der Referendar könnte etwa Informationen darüber erlangen, wo aus der Sicht der rechtlichen Vertreter des Erstmandanten die Schwachpunkte der rechtlichen Argumentation liegen, wie die Erfolgsaussichten der eigenen Rechtsposition eingestuft werden, welche finanziellen Möglichkeiten vonseiten des Mandanten bestehen und Ähnliches. Dieses Wissen kann für die jeweilige Gegenseite von unschätzbarem Vorteil sein, wenn es etwa um Vertragsverhandlungen oder um den Inhalt einer vergleichswisen Einigung geht.²⁹ Die Anwälte der Ausbildungskanzlei müssten jeweils befürchten, ihren Mandanten durch Einschaltung eines Referendars potenziell zu schädigen. Es würde sich sogar die Frage stellen, ob sich die Ausbildungssozietät nicht gegenüber ihrem Mandanten schadensersatzpflichtig macht, wenn sie einem Referendar im Rahmen der Ausbildung den Zugang zu sensiblen Informationen ermöglicht.

Wollte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der ehemalige Referendar keinem Tätigkeitsverbot als Rechtsanwalt unterliegt, so wäre zum einen die Funktionsfähigkeit unseres Rechtspflegesystems erheblich eingeschränkt. Das Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung in das Rechtspflegesystem wäre empfindlich gestört, wenn die Rechtsordnung nicht dazu in der Lage wäre, die aus einem solch klaren Fall einer Interessenkollision resultierenden Gefahren zu vermeiden. Zum zweiten wäre auch die Effektivität der Ausbildung während der wichtigen Anwaltsstation in Frage gestellt. Der Referendar könnte nur noch in kleineren, sich schnell erledigenden Fällen eingesetzt werden, bei denen eine Kollisionstätigkeit des Referendars nach Abschluss der Zweiten Juristischen Staatsprüfung relativ sicher ausgeschlossen werden könnte. Die daraus folgenden Nachteile für die Referendare gingen deutlich über die Belastungen hinaus, die sich aus dem hier befürworteten Tätigkeitsverbot für den ehemaligen Referendar ergeben.

Angesichts des Gewichts der geschilderten schutzwürdigen Interessen zwingen auch verfassungsrechtliche, aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitete Überlegungen nicht zu einer restriktiven Interpretation des § 43a Abs. 4 BRAO. Zwar ist mit dem Tätigkeitsverbot zweifellos ein gewisser Eingriff in die freie Ausübung des Anwaltsberufs verbunden. Diese Berufsausübungsbeschränkung ist aber durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlerwägungen im Sinne der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gerechtfertigt.³⁰

Bei der Beurteilung des zunächst nur den Referendar selbst treffenden Tätigkeitsverbots geht es nicht darum, die spätere Berufstätigkeit eines Referendars unzumutbar zu erschweren,

26 Ein Tätigkeitsverbot nach § 43a Abs. 4 BRAO bejaht auch *Offermann-Burckart*, AnwBl 2011, 809, 815 für folgenden Sachverhalt: „R1 ist seit Kurzem zur Anwaltschaft zugelassen und wird von Ehemann M mit der Durchführung der Scheidung beauftragt. Die Anwaltsstage hat R1 in der Kanzlei von R2 absolviert. R2 ist schon seit längerem der Anwalt von M's Frau. Als Referendar hat R1 auch an mehreren Gesprächen mit der Frau teilgenommen, die das Scheidungsverfahren betrafen.“

27 Vgl. *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 43a Rn. 197; § 3 BORA Rn. 5.

28 BT-Drucks. 12/4993, S. 27.

29 So schon *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 43a Rn. 197; § 3 BORA Rn. 5.

30 Vgl. statt vieler BVerfGE 125, 260 Rn. 297 = NJW 2010, 833.

sondern um die Sicherstellung einer möglichst effektiven und vielseitigen Juristenausbildung. Das Tätigkeitsverbot belastet den Berufseinsteiger nicht unzumutbar. So kann angesichts der Regelung in § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ja auch kein Zweifel bestehen, dass ein Referendar, der während seiner Zivilstation beim Amts- oder Landgericht in einem großen Verfahren mit einer Rechtssache befasst war, in diesem Verfahren nicht später als Rechtsanwalt auftreten kann. Ähnliches gilt für Fälle, mit denen der Referendar als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft oder während seiner Verwaltungsstation befasst war. Die Einbeziehung der Anwaltsstation rundet diese ohnehin bestehenden Tätigkeitsverbote nur konsequent ab, ohne unzumutbare zusätzliche Hürden für die spätere Berufsausübung aufzustellen.

Ob die Einstellungschancen des jungen Anwalts durch das Tätigkeitsverbot wesentlich geschmälert werden, ist keine Frage des § 43a Abs. 4 BRAO, sondern die davon strikt zu trennende Frage der Sozietätsstreckung, die in dieser Vorschrift gar nicht angesprochen wird. Entscheidend ist, dass ein den Junganwalt persönlich treffendes Tätigkeitsverbot der potenziellen Anstellungssozietät nicht per se die Möglichkeit nimmt, die bisherigen Mandate weiterzuarbeiten. Erst die Erstreckung des Tätigkeitsverbots auf die aufgenommene Sozietät bzw. andere Sozietätsmitglieder könnte damit als verfassungsrechtlich problematischer Eingriff in die freie Berufsausübung qualifiziert werden (dazu unten VI. 3.). Das persönliche Tätigkeitsverbot ist dagegen im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als geeignet, erforderlich und angemessen einzustufen und folglich verfassungskonform.³¹

e) Gesamtwürdigung auf der Grundlage des aktuellen Meinungsstands

Im Interesse einer umfassenden rechtlichen Würdigung der Stellung des Referendars sei im Sinne einer Alternativlösung der Frage nachgegangen, welche Lösung sich auf der Grundlage der hier abgelehnten Gegenansichten ergibt. Führen alle denkbaren Gegenmeinungen ebenfalls zu einem Tätigkeitsverbot, so würde es sich letztlich um für die Praxis bedeutungslose reine „juristische Konstruktionskontroversen“ handeln,³² der Rückgriff auf § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO oder derjenige auf § 43a Abs. 4 BRAO würde jeweils zu identischen Ergebnissen führen.

Bei einer Würdigung der Gegenansichten ist hervorzuheben, dass die restriktiven Auffassungen zu § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zwangsläufig mit einem weiten Verständnis des § 43a Abs. 4 BRAO verbunden sind, soweit sie nicht sogar ein Tätigkeitsverbot aus § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO bejahen. Lässt man mit der gewichtigen Gegenansicht für das Tätigkeitsverbot aus § 43a Abs. 4 BRAO generell eine nicht-anwaltliche Vorbefassung ausreichen (vgl. die Nachweise bei a)), so steht das Tätigkeitsverbot bei einer Vorbefassung als Referendar außer Frage. Vom Standpunkt der Gegenansicht aus betrachtet handelt es sich bei den Referendarsfällen um Sachverhaltskonstellationen, in der sich der Auffangcharakter des § 43a Abs. 4 BRAO gerade bewähren muss. Soweit ersichtlich gibt es keine Stellungnahme im berufsrechtlichen Schrifttum, die sich sowohl für ein restriktives Verständnis des § 45 Abs. 1 Nr. 1 oder 4 BRAO als auch für eine einschränkende Interpretation des § 43a Abs. 4 BRAO ausspricht.

Festzuhalten ist damit, dass sich bei dem hier befürworteten restriktiven Verständnis des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ein Tätigkeitsverbot für mit der Sache anwaltsähnlich befasste Referendare zwingend aus § 43a Abs. 4 BRAO ergibt. Im Er-

gebnis muss damit jede der im berufsrechtlichen Schrifttum vertretenen Auffassungen zu dem Schluss gelangen, dass ein Rechtsanwalt gehindert ist, ein Mandat anwaltlich zu bearbeiten, wenn er zuvor während seiner Referendarausbildung in einer Ausbildungskanzlei in derselben Rechtssache anwaltsähnlich in widerstreitendem Interesse tätig war.³³

4. Die Konkretisierung der gesetzlichen Tätigkeitsverbote durch § 3 Abs. 1 BORA

Ist somit die Reichweite der BRAO-Regeln geklärt, gilt das Augenmerk – angesichts der vorstehenden Ergebnisse der Gesetzesauslegung nur im Interesse der Vollständigkeit – der komplementären Satzungsregelung des § 3 Abs. 1 BORA. Besonderer Erörterung bedarf in diesem Kontext der zweite Halbsatz der Vorschrift, in dem der Satzungsgeber ein Tätigkeitsverbot für den Fall anordnet, dass der Rechtsanwalt zuvor mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise iSd. § 45 BRAO beruflich befasst war. Im berufsrechtlichen Schrifttum wird aus der Einbeziehung anderweitiger Funktionen in das Vertretungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA gefolgert, dass § 43a Abs. 4 BRAO zu einem Qualifikationstatbestand gegenüber § 45 BRAO werde. Dabei gehen die Vertreter dieser Ansicht davon aus, dass die Satzungsversammlung in § 3 BORA lediglich das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen näher regeln wollte, so wie es in § 59b Abs. 2 Nr. 1e) BRAO vorgesehen ist.³⁴ Hieraus wird gefolgert, dass es unter der Geltung des § 3 Abs. 1 BORA für den Tatbestand des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen nicht darauf ankomme, ob der Anwalt als solcher oder in seinem Zweitberuf tätig war. Übernehme der Anwalt ein gegenläufiges Mandat, verstoße er in jedem Fall gegen § 3 Abs. 1 BORA.³⁵

Diese durchaus bedenkenswerte Auffassung ist freilich umstritten. Nach der Gegenauffassung gestaltet § 3 Abs. 1 S. 1 BORA nicht nur das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO, sondern auch die Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO näher aus. Deutlich werde dies anhand der redaktionellen Aufteilung des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA in Alternativen, nämlich die Vertretung widerstreitender Interessen einerseits (Alt. 1) und die Versagung der Berufstätigkeit (Alt. 2) andererseits. Beide würden zwar in der Norm zusammengefasst, aber eben nicht – wie die Unterscheidung in der Überschrift klarstellt – identisch behandelt.³⁶

Bei diesem Verständnis hat die Satzungsversammlung in § 3 Abs. 1 S. 1 BORA nicht nur ihre Kompetenz aus § 59b Abs. 2 Nr. 1e) BRAO, sondern auch diejenige aus § 59b Abs. 2 Nr. 4 BRAO („die besonderen Berufspflichten im Zusammenhang mit der Versagung der Berufstätigkeit“) wahrgenommen. § 3 Abs. 1 S. 1 BORA führt dann zu keiner Erweiterung des Ver-

31 Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip statt vieler BVerfGE 21, 245, 251 = NJW 1967, 971; Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 80ff.

32 Dazu Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, 1968, S. 75.

33 So Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 43a Rn. 197; § 3 BORA Rn. 5, 39, ebenso Hirtz, NJW 2019, 2265, 2269.

34 Ausführlich dazu Eylmann, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 3 BORA Rn. 2; siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung erarbeiteten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006), BRAK-Mitt. 2006, 213: „Die vorstehende Regelung beruht auf § 59b Abs. 2 Nr. 1e) BRAO“; ebenso wohl auch von Wedel, in: Hartung/Scharmer (Fn. 7), § 59b BRAO Rn. 11; Kilian, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 45a; Kilian/Koch (Fn. 11), B Rn. 870 f.; Kleine-Cosack (Fn. 7), § 3 BORA Rn. 3 (trotz Zweifel); ders., AnwBl 2016, 13, 15.

35 Kilian, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 39.

36 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 7, 29; Deckenbrock, in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, M Rn. 148, 154; ders., AnwBl 2019, 16, 21; ders., NJW 2015, 522, 525; ders., AnwBl 2017, 1186, 1188; ders., AnwBl Online 2018, 209, 217; Nitschke, in: Peres/Senft, Sozietätsrecht, 3. Aufl. 2015, § 42 Rn. 84; Offermann-Burckart, AnwBl 2005, 312, 313; Saenger/Riße, BRAK-Mitt. 2007, 97, 100.

bots der Vertretung widerstreitender Interessen, sondern wiederholt lediglich die Tätigkeitsverbote, wie sie in § 45 BRAO verankert sind.

Für die hier zu beurteilende Fallkonstellation ist dieser Meinungsstreit letztlich ohne Bedeutung. Da sich ein Tätigkeitsverbot des Anwalts, der dieselbe Rechtssache zuvor als Referendar im widerstreitenden Interesse anwaltsähnlich betreut hat, je nach Sichtweise entweder aus § 43a Abs. 4 BRAO oder § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ergibt, ist die Satzungsnorm des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA in jedem Fall einschlägig.

Vereinzelt wird allerdings darauf hingewiesen, dass bei der 2006 erfolgten Reform des § 3 BORA in Absatz 1 der Einschub „gleich in welcher Funktion“ gestrichen worden ist. Mit diesem Zusatz sei etwa der Referendar gemeint gewesen, der während seiner Ausbildung bei einem Rechtsanwalt für die eine Partei tätig war und nach seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nun von der anderen Partei in derselben Rechtssache beauftragt wird.³⁷

Diese vereinzelt gebliebene Auffassung überzeugt nicht. Bereits zweifelhaft erscheint, ob die Satzungsversammlung überhaupt die Kompetenz hätte, zu Lasten der Mandanten das gesetzliche Tätigkeitsverbot einzuschränken und damit die gesetzliche Wertung zu konterkarieren. Darüber hinaus entsprach es auch überhaupt nicht dem Willen der Satzungsversammlung, die Vorbefassung als Referendar für bedeutungslos zu erklären. In dem vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA³⁸ heißt es hierzu:

„Die bisherigen Worte ‚gleich in welcher Funktion‘ sind gestrichen worden, weil sie von vornherein jede Einzelfallabwägung eliminieren und jeden auch noch so kleinen Interessenkonflikt etwa durch eine über einige Jahre zurückliegende Gutachtensäußerung eines Referendars einschließen würden, wenn er später einmal als Rechtsanwalt auf der Gegenseite steht. Ein derart strikter Ausschluss der Einzelfallabwägung kann nach der Entscheidung des BVerfG zu § 3 Abs. 2 BORA (BVerfGE 108, 150) nicht mehr aufrechterhalten bleiben. Frühere Beratungstätigkeit durch Referendare oder Rechtsassessoren aus Rechtsabteilungen hindert auch nach der Neufassung diese in ihrer neuen Rolle als Rechtsanwalt, konträren Rechtsrat zu erteilen oder konträre Rechtsberatung bzw. konträre Rechtsvertretung zu betreiben. Der mit der Erstellung der Klage beauftragte Referendar kann also nicht nach erfolgter Anwaltszulassung den Beklagten vertreten.“

Damit wird sogar unmissverständlich klargestellt, dass auch nach der Neufassung des § 3 Abs. 1 BORA eine frühere Tätigkeit als Referendar grundsätzlich ein Tätigkeitsverbot für den nunmehr als Anwalt zugelassenen Berufsträger begründet.³⁹ Im Ergebnis bestätigt damit § 3 BORA das bereits aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 43a Abs. 4, 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO folgende Tätigkeitsverbot bei einer Vorbefassung als Referendar.

5. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass zwar viele Einzelheiten des Verhältnisses von § 43a Abs. 4 BRAO zu § 45 BRAO umstritten sind. Verwertbare Rechtsprechung, die der Praxis Rechtssicherheit bringen könnte, liegt bislang nicht vor. Bemerkenswert ist indes, dass sich das berufsrechtliche Schrifttum trotz mancher Meinungsunterschiede im Ergebnis einig ist: Eine Vorbefassung als Referendar in

derselben Rechtssache muss bei widerstreichendem Interesse zu einem Tätigkeitsverbot für den späteren Anwalt führen. Die Meinungsverschiedenheiten betreffen allein den Begründungsweg und die normative Verankerung dieses Tätigkeitsverbots.

IV. Anforderungen an die „Befassung“ im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA

1. Die Konkretisierung durch § 3 Abs. 1 BORA

Bevor im Folgenden die Sozietätskonstellationen näher beleuchtet werden, bietet es sich im Interesse einer umfassenden Klärung des Sachverhalts an, der bislang offen gelassenen Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen ein Referendar überhaupt als persönlich vorbefasst im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA gelten kann. Auch wenn sich in der Praxis häufig nachträglich nur schwer klären lassen wird, inwieweit ein Referendar in die Bearbeitung eines Großmandats involviert war und inwieweit er sensibles Wissen aus diesem Mandat erlangt hat, so kommt dieser Frage doch zentrale Bedeutung zu.

§ 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BORA untersagt ein „beraten oder vertreten in derselben Rechtssache“ und ist damit im Wortlaut präziser gefasst als die gesetzliche Regelung in § 43a Abs. 4 BRAO. Zudem stellt die Vorschrift klar, dass die Beratung oder Vertretung der widerstreichenden Interessen nicht gleichzeitig stattfinden muss, sondern auch sukzessive erfolgen kann. Im Vergleich mit der kryptisch knappen gesetzlichen Regelung des § 43a Abs. 4 BRAO ist § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BORA für den Rechtsanwender dem Wortlaut nach damit verständlicher und besser nachvollziehbar. Für die hier interessierende Frage hilft die Vorschrift gleichwohl nicht weiter. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jede Tätigkeit in derselben Sache zu einem Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO bzw. § 43a Abs. 4 BRAO führen soll.⁴⁰

In dem vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA wird ein Anwalt schon dann als nicht vorbefasst angesehen, wenn er geheimhaltungsbedürftige Informationen bei einer Urlaubsvertretung oder einer bloßen Befassung mit Teilaspekten des Mandats erfahren hat,⁴¹ anders als etwa bei der gesellschaftsrechtlichen Regelung des § 8 Abs. 2 PartGG, der zufolge Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung für eine persönliche zivilrechtliche Haftung eines Partners nicht ausreichen, fehlt es in § 43a Abs. 4 BRAO – und damit entsprechend auch in § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO – an einer vergleichbaren Einschränkung.⁴² Aus strafrechtlicher Sicht sollen gleichwohl „Handlungen, die in der Vorbereitung sachlicher Dienste stecken bleiben“, noch kein „dienen“ im Sinne von § 356 StGB und damit konsequenterweise auch kein inhaltsgleiches „Vertreten“ im Sinne von § 43a Abs. 4 BRAO darstellen.⁴³ Im berufsrechtlichen Schrift-

37 Hartung, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 6. Aufl. 2016, § 3 BORA Rn. 62; zurückhaltender im Ergebnis jetzt von Falkenhausen, in: Hartung/Scharmer (Fn. 7), § 3 BORA Rn. 67; a.A. Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 4 f.

38 SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213.

39 So im Ergebnis schon Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 5, 39.

40 Vgl. zu § 45 BRAO nur Killian, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 14 f.

41 Vgl. SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213, 215; dem folgend Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 3 BORA Rn. 34.

42 Vgl. Deckenbrock (Fn. 16), Rn. 431; Zuck, NJW 1999, 263, 265 und zu (§ 3 BORA) Maier-Reimer, NJW 2006, 3601, 3604.

43 Zu § 356 StGB Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 356 Rn. 10; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 3563, Gillmeister, in: LK/StGB (Fn. 16), § 356 Rn. 52, Kuhlen, in: NK/StGB, 5. Aufl. 2017, § 356 Rn. 18.

tum ist eine weitere Ausnahme für Auskünfte anerkannt, „die nicht die strittige Rechtssache inhaltlich betreffen, wie zum Beispiel über das zuständige Gericht, Rechtsmittelfristen und Höhe der Kosten“.⁴⁴

An einem Tätigwerden im Sinne einer Befassung fehlt es jedenfalls dann, wenn der Anwalt durch seine Tätigkeit in der Kanzlei zuvor aus dem gegenläufigen Mandat zufällig Informationen erlangt hat, er die Sache aber nicht selbst bearbeitet hat. Allein durch die Erlangung zufälliger Kenntnisse dient ein Anwalt noch nicht einer Partei, wenn er nicht zugleich irgendwelche Aktivitäten zugunsten des Mandats entfaltet.⁴⁵ Das gilt auch dann, wenn die erlangten Informationen sogenanntes sensibles Wissen enthalten, dessen Kenntnis und spätere Verwertung im Kollisionsmandat sich sogar erheblich zum Nachteil des Erstmandanten auswirken können. Das deutsche Recht, das eine „Vertretung“ von Interessen verlangt, ist insoweit enger als das angelsächsische Recht, das jedenfalls zum Teil bereits an die Erlangung „sensiblen Wissens“ anknüpft.⁴⁶

Noch einen Schritt weitergehend sind speziell bei einer Vorbefassung als Referendar all jene Fälle auszuklammern, in denen der Referendar nicht in einer anwaltsähnlichen Funktion in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet war. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Referendare überhaupt nur deshalb und damit auch nur dann unter § 43a Abs. 4 BRAO subsumiert werden können, wenn sie bei ihrer Vorbefassung anwaltsähnlich tätig geworden sind. Auszuklammern sind damit reine juristische Hilfstätigkeiten. Sie liegen vor, wenn der Referendar lediglich Rechtsprechungs- und/oder Literaturrecherchen vorgenommen oder lediglich eine interne, juristische Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen verfasst hat, auch wenn sie für das Mandat bedeutsam waren. Es wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff, wenn solche Tätigkeiten, die sich gerade nicht als anwaltstypische Interessenvertretung darstellen, einer anwaltlichen Vorbefassung gleichgestellt würden. Die Risiken sind hier nicht wesentlich ausgeprägter als bei einer Beschäftigung im Sekretariat oder im Bereich der Verwaltung einer Anwaltskanzlei, die das jeweilige Mandatsverhältnis betraf und die im Einzelfall sogar dazu führen kann, dass der Mitarbeiter deutlich weiterreichende Kenntnisse erhält.

Eine Befassung liegt dagegen nach den geschilderten Normzwecken in jedem Fall dann vor, wenn der Referendar Mandantenkontakt hatte, etwa an Gesprächen mit den Mandanten – sei es auch nur als Zuhörer – teilgenommen hat. In diesem Fall entsteht ein schutzwürdiges Vertrauen des Mandanten, dass diese Person nicht anwaltlich für die Gegenseite tätig wird.

Bei solchen reinen Hilfstätigkeiten reicht wie bei anderen Hilfspersonen der Schutz über die alle Mitarbeiter treffende Verschwiegenheitspflicht aus. Für sonstige Hilfspersonen gilt dies insbesondere seit der Neufassung des § 43a Abs. 2 BRAO, der nunmehr die Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich auf die Mitarbeiter des Rechtsanwalts erstreckt. Der Rechtsanwalt ist zur entsprechenden Belehrung des Beschäftigten verpflichtet und hat außerdem in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinzuwirken (§ 43a Abs. 2 S. 4 und 5 BRAO). Nach § 43a Abs. 2 S. 6 BRAO stehen den von dem Rechtsanwalt beschäftigten Personen grundsätzlich „die Personen gleich, die im Rahmen einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder einer sonstigen Hilfstätigkeit an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken.“

Referendare, die dem Anwalt zur Ausbildung zugewiesen werden, sind dagegen bereits durch die jeweiligen Landesge-

setze über die juristische Ausbildung zur Verschwiegenheit verpflichtet, so dass eine Verpflichtung obsolet ist (§ 43a Abs. 2 S. 7 BRAO). Das gilt nach der Gesetzesbegründung auch dann, wenn sie im Rahmen dieser Tätigkeit ein zusätzliches Entgelt erhalten.⁴⁷ Eine sie betreffende Belehrungspflicht des Anwalts entfällt hingegen nicht, wenn sie bei ihm nicht während der Anwaltsstation oder eines sonstigen Ausbildungsabschnittes, der bei einem Anwalt verbracht werden darf, tätig sind, sondern eine Nebentätigkeit während des Referendariats als Angestellter, freier Mitarbeiter oder Ähnliches ausüben.⁴⁸ In all diesen Fällen ist ein weitreichender Schutz über die Verschwiegenheitspflicht gewährleistet, die bei verfassungskonformer Auslegung dazu führen muss, bei bloßen Hilfstätigkeiten auf eine Berufsausübungsbeschränkung zu verzichten.

2. Zusammenfassung

Die erforderliche anwaltsähnliche Vorbefassung eines Referendars ist bei reinen Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten nicht gegeben. Hat der Referendar lediglich Rechtsprechungs- und/oder Literaturrecherchen vorgenommen oder nur eine interne, juristische Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen verfasst, ohne Einblicke in die Akten und die Mandatsführung zu haben, begründet dies somit keine Vorbefassung, selbst wenn sie für das konkrete Mandat bedeutsam waren. In diesen Fällen reicht der Schutz über die auch den Referendar treffende Verschwiegenheitspflicht aus. Meines Erachtens sollte die Ausklammerung dieser Tätigkeiten auch bei einer gesetzlichen Reform beibehalten bleiben.

Es sei konzediert, dass diese Differenzierung in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann. Sie ist aber unverzichtbar, weil weder die vollständige Ausklammerung noch die vollständige Einbeziehung der Tätigkeit von Referendaren mit Wortlaut und Gesetzeszweck des § 43a Abs. 4 BRAO in Verbindung mit § 3 BORA zu vereinbaren sind. Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind vielmehr eine zwangsläufige Folge des offenen Tatbestands des § 43a Abs. 4 BRAO, sprechen damit nicht gegen den hier entwickelten Lösungsansatz. Sie stellen sich zudem in ähnlicher Form auch bei einer anwaltlichen Vorbefassung.

V. Die Reichweite des Tätigkeitsverbots in Sozietätskonstellationen

1. Überblick

Unterwirft man mit der hier vertretenen und im Schrifttum einhelligen Auffassung einen vorbereiteten Referendar einem Tätigkeitsverbot, so stellt sich die Anschlussfrage, welche Erweiterungen dieses Verbots sich bei einer gemeinschaftlichen

44 Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 43a Rn. 59; Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 43a Rn. 191; von Falkenhausen, in: Hartung/Scharmer (Fn. 7), § 3 BORA Rn. 64 ff.; ähnlich (zum Teil zu § 356 StGB) RGSt 14, 364, 378 ff.; BGHSt 20, 41, 43 f. = NJW 1964, 2468, 2469 („etwa wenn sie Nebensächlichkeiten und nicht den Streitstoff selbst betrifft wie z.B. die Auskunft über eine Rechtsmittelfrist“); Gillmeister, in: LK/StGB (Fn. 16), § 356 Rn. 29, 52; Offermann-Burckart, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein (Fn. 17), § 13 Rn. 17; dies., AnwBl 2008, 446, 447. Siehe auch Kleine-Cosack (Fn. 7), § 43a Rn. 169: „Das ist auch nicht der Fall bei bloßen Formalakten wie z. B. der Unterschrift unter einen von einem Sozium stammenden Schriftsatz oder der Ausstellung eines Empfangsbekennnisses. Auch die bloße Mitwirkung an einer Entscheidung reicht nicht ohne Weiteres“.

45 Deckenbrock (Fn. 16), Rn. 432 (zu § 356 StGB); siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213, 215): „bei zufälliger Kenntniserlangung beim Mittagsgespräch“.

46 Vgl. dazu Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 43a Rn. 201a; ders., NJW 2001, 1521, 1522 f.; Deckenbrock (Fn. 16), Rn. 401 ff.; Kilian, WM 2000, 1366, 1367 f.

47 BT-Drucks. 18/11936, S. 32 unter Bezugnahme auf BSG, Urt. v. 31.3.2015 – B 12 R 1/13 R, BeckRS 2015, 70953.

48 BT-Drucks. 18/11936, S. 32.

Berufsausübung ergeben. Dieses Problem der gemeinschaftlichen Berufsausübung stellt sich in doppelter Hinsicht, nämlich sowohl aufseiten der Ausbildungssozietät, in der der spätere Rechtsanwalt als Referendar tätig war, als auch aufseiten der Sozietät, in der ein Rechtsanwalt nach seiner Ausbildung seinen Anwaltsberuf ausübt. Die entscheidenden zwei Fragen lauten:

- Gilt der Referendar mit der Folge eines Tätigkeitsverbots auch dann als vorbefasst, wenn er zwar nicht selbst mit einer bestimmten Angelegenheit befasst war, wohl aber die Sozietät, in der der Referendar seine Ausbildung absolviert hat?
- Werden in einem Fall, in dem es einem Rechtsanwalt, der aufgrund seiner Tätigkeit während des Referendariats persönlich vorbefasst war oder der zumindest als vorbefasst gilt, verwehrt wäre, selbst im widerstreitenden Interesse tätig zu werden, auch die Mitglieder der aufnehmenden Sozietät von diesem Tätigkeitsverbot infiziert?

2. Die Reichweite eines Tätigkeitsverbots bei fehlender persönlicher Vorbefassung des Referendars

a) Keine Zurechnung über § 3 Abs. 2 BORA

Ob allein eine Vorbefassung anderer Rechtsanwälte der Sozietät, in der ein Rechtsanwalt seine anwaltliche Ausbildungsstation absolviert hat, ausreicht, richtet sich, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht einen Rückgriff auf § 45 Abs. 1 BRAO ablehnt, nicht nach der Sozietätsklausel des § 45 Abs. 3 BRAO. Danach gelten die Verbote des Absatzes 1 und 2 „auch für die mit dem Rechtsanwalt in Sozietät oder in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen oder verbunden gewesenen Rechtsanwälte und Angehörigen anderer Berufe und auch insoweit einer von diesen im Sinne der Absätze 1 und 2 befaßt war“. Diese sehr weit gefasste Vorschrift lässt es für die Begründung eines Tätigkeitsverbots aller Berufsträger genügen, dass ein einziger Anwalt in der ehemaligen Berufsausübungsgesellschaft mit der Sache beruflich befasst war.⁴⁹ Dies gilt sowohl, wenn diese verbundene Person ein Angehöriger eines anderen Berufs ist, als auch, wenn die verbundene Person ein Rechtsanwalt ist, wie dies im Falle der Vorbefassung eines in der Ausbildungssozietät tätigen Rechtsanwalts der Fall ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich ein Tätigkeitsverbot dagegen nur über § 43a Abs. 4 BRAO begründen, so dass für eine Sozietätserstreckung ausschließlich § 3 Abs. 2 und 3 BORA gelten. Diese Vorschrift sieht indes keine Erstreckung bei einem nicht persönlich befassten Referendar vor, der in der Sozietät lediglich zu Ausbildungszwecken tätig ist. Zunächst greift schon der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA hier nicht. Der Referendar ist nämlich nicht ein „mit ihm (d.h. dem vorbefassten Rechtsanwalt) in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft gleich welcher Rechts- oder Organisationsform verbundener Rechtsanwalt“. Da der Satzungsversammlung ausweislich des schon mehrfach erwähnten entsprechenden Protokolls das Problem des Referendars bekannt war, fehlt es insoweit nicht nur einer Regelungslücke, sondern auch an der Voraussetzung für eine extensive Auslegung der Vorschrift. Anders als bei der methodologisch zulässigen Erstreckung des vom Wortlaut her weit gefassten § 43a Abs. 4 BRAO auf Referendare fehlt bei der Interpretation des § 3 Abs. 2 BORA angesichts des eindeutigen Wortlauts der Raum für ein entsprechend weites Verständnis. Während § 43a Abs. 4 BRAO lediglich verlangt, dass der Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertritt und damit offen-

lässt, in welcher Funktion die Vorbefassung erfolgt ist, sofern nur die Tätigkeit im widerstreitenden Interesse eine anwaltliche ist, spricht § 3 Abs. 2 BORA ausdrücklich nur von der Erstreckung auf einen Rechtsanwalt. Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 BORA lässt keinen Zweifel, dass die Infizierung durch den als Anwalt oder in der hier nicht einschlägigen Funktion des § 45 Abs. 1 BRAO befassten Berufsträger nur einen Rechtsanwalt trifft.

Nicht einmal eine Erstreckung auf sonstige verwandte Berufsträger also etwa verbundene Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater lässt § 3 Abs. 2 BORA zu. Hätte die Satzungsversammlung dies gewollt, hätte sie statt des Begriffs Rechtsanwalt den Begriff „Berufsträger“ verwenden müssen. Abgesehen davon, dass die Satzungsversammlung hierzu gar nicht die Kompetenz hatte (unzulässige Erstreckung auf Nichtmitglieder!),⁵⁰ ist dies indes offenbar auch bewusst nicht geschehen. Der klare und völlig eindeutige Wortlaut ist keiner weiten Interpretation im Sinne einer Erstreckung auf andere Berufsträger zugänglich. Personen, die während der Zeit der Zugehörigkeit zur Berufsausübungsgesellschaft oder Bürogemeinschaft keine Anwälte waren, werden damit eindeutig nicht infiziert, können damit auch nicht als vorbefasst angesehen werden. Nach dem Wortlaut ist klar, dass die „infizierte“ Person während ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft Rechtsanwalt gewesen sein muss. Ein späteres Tätigwerden als Rechtsanwalt, nachdem die Gesellschaft bereits verlassen worden ist, reicht nicht aus. Eine Erstreckung der Vorbefassung auf Nichtanwälte kommt daher nicht in Betracht.⁵¹ Damit wird nicht verkannt, dass der Referendar während seiner Ausbildungsstation hochsensibles Wissen auch dann erlangen kann, wenn er selbst mit einer bestimmten Rechtssache nicht unmittelbar befasst war. So können sich die Referendare untereinander über ihre Mandate austauschen. Das ist freilich nicht anders als bei sonstigen Mitarbeitern, etwa angestellten Steuerberater oder Wirtschaftsprüfern, die nach § 3 Abs. 2 BORA ebenfalls als nicht infiziert gelten. Die Satzungsversammlung hat dieses Problem durchaus gesehen, es indes gerade nicht zum Anlass für ein pauschales Tätigkeitsverbot genommen.

Festzuhalten ist, dass einem Referendar, der selbst nicht mit der Angelegenheit befasst war, nicht über § 3 Abs. 2 BORA die Befassung durch Rechtsanwälte der Ausbildungssozietät zugerechnet werden können.

b) Keine Zurechnung über § 3 Abs. 3 BORA

Auch die Vorschrift des § 3 Abs. 3 BORA hilft insoweit nicht weiter. Danach greift ein Tätigkeitsverbot auch für den Fall, dass ein Rechtsanwalt von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft wechselt. § 3 Abs. 3 BORA bezieht sich auf den gesamten Abs. 1 der Vorschrift und damit auch auf die aus § 45 Abs. 1 BRAO folgenden Tätigkeitsverbote, die allerdings vorliegend nicht einschlägig sind. Die Bedeutung des § 3 Abs. 3 BORA liegt in der Erstreckung der gesetzlichen Verbote der §§ 43a Abs. 4, 45 BRAO auf Fälle, in denen lediglich die Rechtsanwälte der Ausbildungssozietät mit derselben Rechtssache vorbefasst, der Sozietätswechsler dagegen selbst in die Mandatsbearbeitung nicht eingeschaltet war, jedoch – sofern er denn Rechtsanwalt ist – nach § 3 Abs. 2 BORA als

49 Vgl. *Bormann/Strauß*, in: *Gaier/Wolf/Göcken* (Fn. 10■), § 45 BRAO Rn. 46.

50 Der Referententwurf zur großen BRAO Reform will daher zu Recht die sozietätswerte Erstreckung nun in der BRAO selbst regeln.

51 So auch *Hirtz*, NJW 2019, 2265, 2269.

vorbefasst gilt. Ist nun die aufnehmende Sozietät in der konfligierenden Rechtssache tätig, so ist jedenfalls der eintretende Anwalt nach § 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 BORA an der Mandatsbearbeitung gehindert. Nach richtigem Verständnis ergibt sich dies nicht bereits aus § 3 Abs. 2 BORA, da dieser nur auf die gegenwärtige Verbindung in derselben Berufsausübungsgesellschaft abstellt.⁵² § 3 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 BORA erfasst grundsätzlich sämtliche Fälle eines Tätigkeitsverbots aus § 43a Abs. 4 BRAO. Insoweit wirkt es sich also nicht aus, dass § 43a Abs. 4 BRAO anders als § 45 Abs. 3 BRAO keine eigene Sozietätsklausel kennt. Diese Lücke wird durch die Berufssatzung verfassungskonform geschlossen.⁵³ Allerdings schränkt § 3 Abs. 3 BORA den Anwendungsbereich gegenüber § 43a Abs. 4 BRAO insofern ein, als die Vorschrift explizit verlangt, dass ein Rechtsanwalt von einer Sozietät zu einer anderen wechselt. Der Fall des Wechsels eines Referendars zu einer anderen Sozietät wird also nicht erfasst, gleichgültig, ob er in der aufnehmenden Sozietät erneut als Referendar oder aber als Rechtsanwalt tätig wird.

Der nicht persönlich vorbefasste ehemalige Referendar ist damit nach geltendem Recht nicht gehindert, in derselben Rechtssache in widerstreitendem Interesse tätig zu werden. Allein die Vorbefassung seiner Ausbildungskanzlei genügt nicht.⁵⁴

3. Folgen der Aufnahme eines nicht persönlich vorbefassten Referendars für die aufnehmende Sozietät

a) Rechtslage bei der Aufnahme eines nicht vorbefassten Rechtsanwalts

Damit ist auch die Frage geklärt, ob und inwieweit ein nicht persönlich vorbefasster ehemaliger Referendar, bei seinem späteren Eintritt in eine andere Kanzlei dort ein Tätigkeitsverbot begründen kann. Ein Tätigkeitsverbot scheidet ganz unabhängig von den Überlegungen unter 2. außerdem schon deshalb aus, weil selbst bei einem nicht vorbefassten Rechtsanwalt eine Infizierung der aufnehmenden Sozietät abzulehnen ist. Während es für die Sozietätsklausel des § 45 Abs. 3 BRAO hierzu an Stellungnahmen in der Literatur fehlt, ist über die Auslegung der satzungsrechtlichen Regelung des § 3 Abs. 2, Abs. 3 BORA für diesen Fall ein heftiger Meinungsstreit entbrannt.

Eine in der Literatur verbreitete Ansicht⁵⁵ bejaht eine generelle Erstreckung des Tätigkeitsverbots auf die aufnehmende Sozietät. Hat diese bereits vor dem Wechsel das gegnerische Mandat bearbeitet, wie dies hier der Fall ist, so müsse sie bei fehlender Zustimmung beider Mandanten dieses Mandat niederlegen. Aus der maßgeblichen Sicht des Mandanten sei der Kanzleiwechsler zum Gegner „übergelaufen“ mit der Folge, dass ein Austausch vertraulicher Informationen drohe. Ähnliches liest man in dem vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung erarbeiteten Begründungstext zu § 3 BORA.⁵⁶ Dort heißt es: „Vorstehendes (d. h. ein Tätigkeitsverbot auf Seiten der aufnehmenden Kanzlei) gilt sowohl für den Kanzleiwechsler, der in dem die Interessenkollision auslösenden Mandat in der abgebenden Kanzlei selbst beraten oder vertreten hat, als auch für den nach Absatz 2 Satz 1 bloß mitverpflichteten Kanzleiwechsler, der das Mandat in der abgebenden Kanzlei nicht bearbeitet hat.“⁵⁷ Einige Zeilen weiter wird die grundsätzliche Erstreckung auf die in der neuen Sozietät mit dem gewechselten Anwalt verbundenen Berufsträger jedoch eingeschränkt: „Auslöser eines Tätigkeitsverbots kann andererseits aber stets nur die konkrete naheliegende Möglichkeit der Erlangung geheimhaltungsbedürftiger Informationen sein.

Wird das die Interessenkollision auslösende Mandat beispielsweise zwischen zwei großen überörtlichen Sozietäten und dort den Büros in Hamburg (Sozietät I) geführt, so steht dem Kanzleiwechsel eines Berufsträgers aus dem Berliner Büro der Sozietät II in das Hamburger Büro der Sozietät I § 3 Abs. 3 BORA nicht entgegen.“⁵⁸

Diese weite Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA überzeugt nicht. Richtigerweise gibt der Wortlaut des § 3 Abs. 3 BORA eine solche Differenzierung, wie sie die „Begründung“ vorschlägt, nicht her. Ebenso wenig kann ihm eine Erstreckung des Tätigkeitsverbots von einem Anwalt, der nur als vorbefasst gilt, auf die Neuzoizen entnommen werden. War der Sozietätswechsler mit der Sache nicht befasst, unterliegt er für die konkrete Rechtssache nicht dem Verbot des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA, darf aber dennoch aufgrund der in § 3 Abs. 2 BORA vorgesehenen Erstreckung – vorbehaltlich der beiderseitigen Mandantenzustimmung – nicht persönlich tätig werden. Dieses Verbot endet – wie gerade bereits gezeigt – auch nicht mit seinem Wechsel in eine andere Kanzlei, wie aus § 3 Abs. 3 BORA folgt. Seine Kollegen in der neuen Sozietät „infiziert“ er jedoch nicht mit einem Tätigkeitsverbot, da für sie nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 BORA erfüllt sind. Sie sind nicht mit einem Anwalt verbunden, der in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten und damit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 BORA verwirklicht hat. Ihre Sozietät hat zu keiner Zeit konfligierende Mandate betreut. Soweit der Sozietätswechsler im Rahmen seiner früheren Tätigkeit für die ihn abgebenden Sozietät sensibles Wissen erlangt hat, ohne dass er gleichzeitig als vorbefasst gilt (zur Abgrenzung siehe V.), werden die Interessen des Mandanten ausreichend durch die Verschwiegenheitspflicht, der auch der Referendar unterliegt, geschützt: Diese verbietet es ihm ausnahmslos, gegenüber seinen neuen Kollegen Informationen irgendwelcher Art zu offenbaren. Da der Wechsler selbst im Kollisionsmandat nicht eingesetzt werden darf, droht auch keine Verwertung dieser geheimhaltungsbedürftigen Informationen. Es ist sehr zu begrüßen, dass der Referendentwurf den Fall des nicht vorbefassten Sozietätswechslers

52 Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 29, 39; Deckenbrock, AnwBl 2009, 170, 175.

53 Die Verfassungsmäßigkeit des § 3 BORA ist heute weitgehend unbestritten, vgl. nur BVerfG 8, 239, 241 f. = NJW 2006, 2409; Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 9; Deckenbrock, AnwBl. 2009, 170, 171; anders allein Kleine-Cosack, AnwBl 2006, 13, 18. Im Übrigen hat das BVerfG (E 108, 150, 160 = NJW 2003, 2520, 2521) in der Sozietätswechslersentscheidung betont, dass § 43a Abs. 4 BRAO trotz des Fehlens einer § 45 Abs. 3 BRAO vergleichbaren Regelung nicht allein auf den Einzelanwalt anwendbar sei: „Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung bedeutet allerdings nicht notwendig, dass eine die Berufsausübung einschränkende Verfügung und eine sie bestätigende Gerichtsentscheidung den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG widersprechen. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass, die Grenzen richterlicher Rechtsauslegung und -fortbildung bei Einschränkungen der freien Berufsausübung allgemein und abschließend festzulegen.“

54 So im Ergebnis auch Hirtz, NJW 2019, 2265, 2269.

55 Vgl. Träger, in: Weyland (Fn. 11), § 3 BORA Rn. 34; Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 10), § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 28 (allerdings unter unkritischem Hinweis [„besonderer Sachverhalt“] auf die Entscheidung des AGH München, NJW 2012, 2596 in Rn. 28a); Dombek, in: Dombek/Ottersbach/Schulze zur Wiesche/Dombek, Die Anwaltssozietät, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 35; Offermann-Burckart, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein (Fn. 17), § 13 Rn. 140 ff.; dies., AnwBl 2011, 809, 823 f.; dies., NJW 2012, 2553, 2555 f.; Saenger/Riß, MDR 2006, 1385, 1388; Quas, NJW 2008, 1697, 1699; auch noch Hartung, in: Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 Rn. 131 ff. (anders jetzt aber von Falkenhausen, in: Hartung/Scharmer [Fn. 7], § 3 BORA Rn. 134 f.).

56 SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213, 215.

57 SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213, 215 (Klammer hinzugefügt).

58 SV-Mat. 12/2006, BRAK-Mitt. 2006, 213, 215.

nun eindeutig im Sinne der hier vertretenen Ansicht lösen will (vgl. § 43a Abs. 4 S. 2 und 3 BRAO-E).

Wer § 3 Abs. 3 BORA eine weiter gehende Bedeutung zu messen möchte, verkennt den Rechtscharakter der Norm. Die Regelung bezweckt nicht, Sonderverbotstatbestände für den Sozietätswechsler zu schaffen, sondern will verhindern, dass ein Anwalt durch den Wechsel von jeglichem Tätigkeitsverbot befreit wird. Mit anderen Worten: § 3 Abs. 2 BORA begründet ein Tätigkeitsverbot für Anwälte, die mit einem unmittelbar nach § 3 Abs. 1 S. 1 BORA disqualifizierten Anwalt in derselben Berufsausübungsgemeinschaft verbunden sind, nur so lange, wie diese Verbindung besteht. Die Erstreckungsnorm erfasst bereits ausweislich ihres Wortlauts nicht den Fall einer ehemaligen Verbindung.⁵⁹ Dafür hätte es der Aufnahme der Worte „oder verbunden gewesen“ in den Tatbestand des § 3 Abs. 2 S. 1 BORA bedurft. Diese Lücke soll mit § 3 Abs. 3 BORA überwunden werden, der insoweit in Form einer bloßen Verweisung § 3 Abs. 1 und 2 BORA für anwendbar erklärt. Dies bedeutet, dass ein Anwalt nach seinem Ausscheiden aus einer Sozietät an das über § 3 Abs. 2 BORA begründete Tätigkeitsverbot gebunden bleibt und selbst in derselben Rechtsache in seiner neuen Sozietät nicht im widerstreitenden Interesse tätig werden darf.

Eine Infizierung von bislang nicht in ihrer Tätigkeit beschränkten Anwälten (nämlich den Anwälten der aufnehmenden Sozietät) ordnet § 3 Abs. 3 BORA nach seinem insoweit klaren Wortlaut nicht an. Vielmehr bedürfte es hierfür einer „doppelten Erstreckung“, die der Satzungsnorm indes nicht zu entnehmen ist. Eine solche Ausweitung der Verbotsvorschrift würde auch unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit eingreifen, da zwischen dem ehemals vorbefassten Sozius der abgehenden Kanzlei und dem Anwalt der aufnehmenden Kanzlei während der jeweiligen Bearbeitungsabschnitte keine persönliche Verbindung bestand, deren Intensität mit derjenigen einer gemeinsamen Sozietät vergleichbar wäre.⁶⁰

Der AGH München hat die hier vertretene Ansicht bereits 2012 bestätigt. Die Vorschriften des § 3 BORA seien im Lichte der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen. Sie erlaubten Einschränkungen derselben daher nur, soweit diese durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt seien. Der AGH weist zutreffend darauf hin, dass bei der vorzunehmenden Abwägung nicht nur ein vermeintlicher Mandantenschutz in Blick genommen werden dürfe, sondern dass auch die Interessen des Sozietätswechslers und der ihn aufnehmenden Sozietät zu berücksichtigen seien.⁶¹ Denn zur von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung gehöre auch das Recht, sich beruflich zusammenzuschließen, und das Recht, einen Arbeitsplatz nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben. Ein Eingriff liege auch vor, wenn die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsnormen die Eingehung von Arbeitsverhältnissen wesentlich erschweren.⁶²

Daran anknüpfend weist der AGH München überzeugend darauf hin, dass eine weite Auslegung des § 3 Abs. 3 BORA „angesichts der heute zu beobachtenden Fluktuation innerhalb der Anwaltschaft dazu führen“ würde, „dass sich Tätigkeitsverbote uneingeschränkt von einer Kanzlei zur nächsten weitervererben würden und dass durch den so eintretenden ‚Schneeballeffekt‘ bereits binnen weniger Jahre weite Teile der Anwaltschaft einer Stadt ... einem Tätigkeitsverbot aus § 3 BORA in einer oder mehreren Rechtssachen unterliegen würden. Dies würde einen Wechsel von Rechtsanwältinnen in andere Kanzleien am selben Ort oder in der näheren Umgebung

erheblich erschweren. Noch dazu – dieser Gesichtspunkt gilt auch und besonders in Großstädten – würden die Verhältnisse praktisch unüberschaubar. Es liegt auf der Hand, dass dies zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Berufsfreiheit führt, wobei die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 2 BORA als Korrektiv nicht ausreicht, um ein verfassungskonformes Ergebnis zu begründen.“⁶³

Diese Grundsätze müssen erst recht gelten, wenn die nur mittelbare Vorbefassung einen ehemaligen Referendar betrifft. Bei einer doppelten Erstreckung sowohl in der Ausbildungssozietät als auch in der aufnehmenden Sozietät würden die Berufsausübungsmöglichkeiten des ehemaligen Referendars erheblich eingeschränkt. Er müsste insbesondere befürchten, dass er bei einer Ausbildung in einer Großkanzlei in seinem Berufsstart erheblich beschränkt wäre, weil kaum eine andere Kanzlei bereit wäre, ihn einzustellen. Die aufnehmende Kanzlei müsste befürchten, lukrative Kollisionsmandate, in die bereits erheblicher Arbeitsaufwand investiert wurde, mit der Folge des § 628 BGB⁶⁴ niederlegen zu müssen. Ein derart weites Verständnis des Tätigkeitsverbots ist vom Normzweck nicht geboten. Um die anwaltliche Gradlinigkeit und Unabhängigkeit sowie die Funktion der Anwaltschaft im System der Rechtspflege zu bewahren, bedarf es keiner kaskadenartigen Erweiterung des Tätigkeitsverbots.

Nur im Interesse der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, dass für die Auslegung der berufsgesetzlichen Grundnorm des § 45 Abs. 3 BRAO nichts anderes gelten kann. Diese sehr weit gefasste Vorschrift spricht zwar Sozietätskonstellationen aller Art an, regelt den Sonderfall des Sozietätswechslers mit seinen spezifischen Problemen aber nicht ausdrücklich. Das Schrifttum diskutiert diese Konstellation daher ausschließlich bei § 3 BORA, der seinerseits auf § 45 BRAO verweist. Die verfassungsrechtlichen Erwägungen, die für ein restriktives Verständnis des § 3 BORA sprechen, lassen sich jedoch unmittelbar auf die Auslegung des § 45 Abs. 3 BRAO übertragen.⁶⁵

b) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt damit auf der Ebene der aufnehmenden Sozietät: War in der Ausbildungssozietät lediglich ein ehemals sozietätsverbundener Rechtsanwalt mit der Sache im widerstreitenden Interesse befasst, trifft bei einem Sozietätswechsel eines nicht vorbefassten Referendars die in der aufnehmenden Sozietät tätigen Rechtsanwältinnen in keinem Fall ein Tätig-

59 Dies räumen auch *Saenger/Riß*, MDR 2006, 1385, 1388, trotz ihrer im Ergebnis abweichenden Auffassung ein.

60 Wie hier *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 36; *von Falkenhausen*, in: *Hartung/Scharmer* (Fn. 7), § 3 BORA Rn. 134; *Kleine-Cosack Kleine-Cosack* (Fn. 7) § 3 BORA Rn. 35, 48 ff.; *ders.*, NJW 2013, 272, 273; *Römermann/Praß*, in: *BeckOK-BORA*, 29. Edition, Stand: 1.6.2020, § 3 Rn. 50; *Nitschke*, in: *Peres/Senft* (Fn. 34), § 42 Rn. 71; *Kilian/Koch* (Fn. 11), B Rn. 854; *Deckenbrock* (Fn. 16), Rn. 589, 647 ff.; *ders.*, in: *Henssler/Streck*, *Handbuch Sozietätsrecht*, 2. Aufl. 2011, M Rn. 122; *ders.*, *AnwBl* 2009, 170, 175 f.; *ders.*, *AnwBl* 2012, 594, 595 f.; *ders.*, *AnwBl Online* 2018, 209, 214; *Deckenbrock/Markworth*, in: *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein* (Fn. 17), § 9 Rn. 131; *Klugmann*, *AnwBl* 2018, 150, 152; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 3601, 3604; *Hirtz*, NJW 2019, 2265, 2268.

61 AGH München, *AnwBl* 2012, 655 = NJW 2012, 2596, 2597 f.

62 Vgl. bereits *BVerfGE* 108, 150, 165 = NJW 2003, 2520, 2522.

63 AGH München, NJW 2012, 2596, 2597 f.

64 Dazu *Henssler/Deckenbrock*, NJW 2005, 1 ff.

65 Allerdings legt BGH NJW 2015, 567 Rn. 14 m. krit. Bespr. *Deckenbrock*, NJW 2015, 522 ff. die Erstreckungsklausel des § 45 Abs. 3 BRAO sehr weitgehend aus; eine Stellungnahme zum Sonderfall des Sozietätswechslers findet sich in diesem Urteil jedoch nicht.

keitsverbot. Die aufnehmende Sozietät ist in diesem Fall somit nicht gehindert, das Mandat weiterzubearbeiten.⁶⁶

4. Folgen der Aufnahme eines persönlich vorbefassten Referendars für die aufnehmende Sozietät

a) Keine Einbeziehung des vorbefassten Referendars in die Mandatsbearbeitung

Wechselt ein persönlich in anwaltsähnlicher Weise vorbefasster Referendar nach Abschluss seiner Ausbildung in eine andere Sozietät, so bleibt er zunächst weiterhin dem dargelegten Tätigkeitsverbot unterworfen. Er darf damit nicht in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet werden.

Wurde der Rechtsanwalt, weil seine Vorbefassung nicht bekannt war, gleichwohl in dem Kollisionsmandat eingesetzt, so muss die Sozietät nach Aufdeckung des Sachverhalts das Mandat zwingend niederlegen. In einen solchen Fall liegt bereits ein Berufsrechtsverstoß vor. Dieser führt zwingend zur Mandatsniederlegung. § 3 Abs. 4 BORA stellt dies unmissverständlich fest. Danach muss das Mandat bereits dann niedergelegt werden, wenn der Anwalt bei Mandatsfortführung einen Berufsrechtsverstoß begehen würde. Die Pflicht zur Niederlegung muss damit erst recht dann gelten, wenn der Berufsrechtsverstoß schon erfolgt, die Gefährdung der Mandanteninteressen bereits eingetreten ist.

Eine Abweichung von diesen allgemeinen berufsrechtlichen Grundsätzen verbietet sich auch dann, wenn der betroffene Anwalt aus der Mandatsbearbeitung ausscheidet. Auf diese Weise kann nämlich das Risiko einer weiteren Tätigkeit zum Nachteil des zu schützenden Erstmandanten nicht vermieden werden. Es besteht vielmehr die naheliegende Gefahr, dass der ehemalige Referendar bei der Mandatsbearbeitung das sensible Wissen, das er im Rahmen seiner Tätigkeit in der ausbildenden Kanzlei erlangen konnte, bereits tatsächlich eingesetzt hat. Selbst nachträglich unternommene organisatorische Vorkehrungen (*chinese walls*) können in diesem Stadium die weitere Verwertung solchen Wissens nicht mehr wirksam verhindern.⁶⁷ Auch über die selbstverständlich weiterhin greifende Verschwiegenheitspflicht kann ein hinreichender Schutz der Gegenseite nicht mehr erreicht werden.

Für vergleichbare Sachverhaltskonstellationen ist ganz allgemein anerkannt, dass ein einmal begangener Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO und § 45 BRAO nachträglich nicht geheilt werden kann. Betreut etwa eine Sozietät (durch verschiedene Anwälte) widerstreitende Mandate, so ist ein Tätigwerden gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 BORA nur zulässig, wenn die betroffenen Mandanten vor der Annahme des Kollisionsmandats eingewilligt haben. Dieses Einverständnis kann weder während noch nach Abschluss des zweiten Mandats eingeholt werden.⁶⁸

b) Kein Tätigkeitsverbot zu Lasten der aufnehmenden Sozietät

Ein Tätigkeitsverbot zu Lasten der Rechtsanwälte der aufnehmenden Sozietät könnte sich im Übrigen nur aus § 3 Abs. 3 BORA ergeben. Wie bereits dargelegt wurde, greift in diese Vorschrift allerdings schon nach ihrem Wortlaut nicht. Der Wortlaut spricht explizit nur den Wechsel eines Rechtsanwalts von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft an. Eine analoge Anwendung scheitert ohnehin an dem bei Berufsausübungsbeschränkungen geltenden Analogieverbot und zudem mangels Regelungslücke. Für eine extensive Auslegung fehlt angesichts des eindeutigen Wortlauts und der unstrei-

tigen Kenntnis der Satzungsversammlung von der Problematik der erforderliche Auslegungsspielraum. Eine uneingeschränkte Erstreckung des Tätigkeitsverbots auf den Wechsel eines Referendars wollte die Satzungsversammlung ersichtlich nicht anordnen und für ein angedachtes zeitlich oder auf bestimmte Fälle einer Vorbefassung begrenztes Tätigkeitsverbot fehlt angesichts des bei Berufsausübungsbeschränkungen zu beachtenden Bestimmtheitsgrundsatzes die hinreichende normative Grundlage.

Im Ergebnis greift damit auch beim Wechsel eines persönlich vorbefassten Referendars grundsätzlich kein Tätigkeitsverbot zu Lasten der aufnehmenden Sozietät. Nur wenn diese den vorbefassten Referendar selbst in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet hat, ist sie verpflichtet, das Mandat niederzulegen.

VI. Folgen für die Praxis

Nach der hier vertretenen Auffassung ist zwar die Problematik in gewisser Weise entschärft. Es bleibt aber das Risiko, dass ein neu aufgenommener Rechtsanwalt trotz eines bestehenden Betätigungsverbots in eine Mandatsbearbeitung eingeschaltet wird. Um diese Risiken auszuschließen, bedarf es allerdings im Vorfeld der Einstellung keiner Abfrage von Mandatstätigkeiten. Es genügt, wenn der neu aufgenommene Berufseinsteiger auf die Problematik hingewiesen und vor der Einbindung in eine Mandatsbearbeitung in einen Conflict Check eingeschaltet wird.

VII. Wissenschaftliche Mitarbeiter und Praktikanten

Die Ausführungen zur berufsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit von Referendaren hat zwar bereits einige Streitfragen geklärt, die sich auch bei anderen nicht-anwaltlichen, aber juristischen Mitarbeitern stellen. Allerdings ist die Rechtslage nicht eins zu eins vergleichbar, bedarf daher im Detail eine eigenständige Beurteilung.

1. Keine Erfassung durch § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO

Die Vorbefassung als wissenschaftlicher Mitarbeiter, studentische Hilfskraft oder Praktikant kann mangels öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ersichtlich von vornherein kein Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO auslösen. Die entsprechende bei Referendaren erörterte Problematik stellt sich mangels Beschäftigung im öffentlichen Dienst nicht.

2. Keine Erfassung durch § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO

Auch ein Rückgriff auf § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO scheidet in den genannten Fällen aus. § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO ist während des Gesetzgebungsverfahrens erheblich verändert worden. Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf sollte die Übernahme eines Mandats immer dann untersagt sein, wenn der Anwalt mit derselben Angelegenheit als Nichtanwalt bereits „geschäftlich, beruflich oder in sonstiger Weise“ befasst war. Der Rechtsausschuss hat eine bedeutsame Einschränkung

⁶⁶ So auch schon für den Referendar Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 39.

⁶⁷ Zu den Anforderungen an ein wirksames screening siehe Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 26; Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 10), § 43a BRAO/§ 3 BORA Rn. 32; Deckenbrock (Fn. 16), Rn. 519, 729 ff.; Kilian, WM 2000, 1366, 1372 ff.

⁶⁸ Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 3 BORA Rn. 17; Deckenbrock, AnwBl 2009, 170, 172; a.A. von Falkenhausen, in: Hartung/Scharmer (Fn. 7), § 3 BORA Rn. 115 (nachträgliches Einverständnis möglich).

vorgenommen, indem er die Auslösung des Tätigkeitsverbots an eine **aktuelle**, also noch nicht beendete **berufliche** Vorbefassung knüpfte.

Unter Beruf ist jede auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung zu verstehen.⁶⁹ Betätigungen, die nur vereinzelt übernommen werden, fallen nicht hierunter. Ihre tatsächliche **Dauer** ist nicht entscheidend; hinreichend, aber auch erforderlich ist, dass sie auf Dauer angelegt und in dieser Absicht ausgeübt wird.⁷⁰

Damit scheiden Praktika und ähnliche primär der Ausbildung dienende Beschäftigungen von vornherein aus, da sie nicht der Schaffung einer Lebensgrundlage dienen. Nicht erfasst sind ferne alle zeitlich begrenzten Tätigkeiten, etwa als studentische Aushilfskraft in den Semesterferien oder während eines Teils der Studienzeit. Auch die Beschäftigung als wissenschaftlicher Mitarbeiter, die etwa nur die Zeit bis zum Beginn des Referendariats überbrücken soll, fällt nicht unter die Vorschrift. Solche Tätigkeiten sind ersichtlich nicht auf Dauer angelegt. Etwas anderes kann ausnahmsweise bei einer wissenschaftlichen Mitarbeit gelten, wenn diese nicht nur für eine Übergangszeit übernommen wird. Das wird in der Praxis aber eher selten der Fall sein.

Wird ein zugelassener Rechtsanwalt in einer Anwaltskanzlei als „juristischer Mitarbeiter“ tätig, so handelt es sich zwangsläufig um eine anwaltliche Tätigkeit, die zur Anwendbarkeit des anwaltlichen Pflichtenprogramms führt. Die Problematik stellt sich damit nur, wenn der Betreffende zwar nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, aber doch in der wissenschaftlichen Mitarbeit eine längere berufliche Perspektive sieht.

Das Tätigkeitsverbot entfällt außerdem dann, wenn die zweitberufliche *Vorbefassung* **beendet** ist. Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser Regelung dem Anwalt, der als Mitarbeiter in einem Unternehmen ausgeschieden ist, ermöglicht werden, die zuvor in abhängiger Stellung bearbeiteten Fälle anwaltlich weiterzuführen.⁷¹

Das deutet zwar darauf hin, dass der Gesetzgeber in erster Linie Fälle gemeint haben könnte, in denen der Rechtsanwalt anschließend im gleichgerichteten Interesse tätig wird. Wie bereits erwähnt, wird von Teilen des Schrifttums versucht, aus diesem Grunde auch eine Referendarstätigkeit trotz der eindeutigen Beendigung unter § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO zu subsumieren.⁷² Eine entsprechende Beschränkung ist indes weder im Wortlaut noch mit hinreichender Deutlichkeit in der Gesetzesbegründung angelegt. Eine Erweiterung des Tätigkeitsverbots und damit einer Beschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit über den klaren Wortlaut hinaus kommt indes schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

In den praxisrelevanten Fällen, in denen der zuvor in anderer Funktion tätige (angehende) Jurist nunmehr als Rechtsanwalt in eine Sozietät eintritt, wird er indes all die genannten Tätigkeiten beendet haben, so dass ein Rückgriff auf § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO ausscheidet.

Im Schrifttum wird die Beendigung der „beruflichen Tätigkeit“ bereits dann angenommen, wenn der Anwalt den Zweitberuf nicht insgesamt aufgegeben, sondern lediglich die Befassung mit der in Frage stehenden Angelegenheit ein Ende gefunden hat.⁷³ Das Tätigkeitsverbot folge nämlich nicht aus dem Zweitberuf allein, sondern nur aus der Befassung mit derselben Rechtssache. Folglich müsse es grundsätzlich ausreichen, dass die Vorbefassung abgeschlossen ist. Wie auch beim Referendar (dazu unter IV.) ist dies aber in allen prak-

tisch bedeutsamen Konstellationen der nicht anwaltlichen Mitarbeit der Fall, so dass nach dieser Auffassung Praktikanten, studentische und wissenschaftliche Mitarbeiter in keinem Fall von § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO erfasst werden.

3. Keine Erfassung durch § 43a Abs. 4 BRAO

Schließlich lassen sich die genannten Fälle einer nicht anwaltlichen juristischen Hilfstätigkeit auch nicht unter § 43a Abs. 4 BRAO fassen. Es wurde eingehend dargelegt, dass die Vorschrift, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang ergibt, grundsätzlich eine anwaltliche Vertretung der widerstreitenden Interessen verlangt. Die Gegenansicht, die auch eine nicht anwaltliche Vorbefassung ausreichen lassen will, muss sich vorwerfen lassen, dass sie nicht nur im Widerspruch zur Gesetzessystematik steht, sondern letztlich auch dazu führt, dass die gesetzliche Wertung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO unterlaufen wird. Nicht-anwaltliche Tätigkeiten sollen nämlich nach dieser klaren Aussage nur dann relevant sein, wenn es sich um berufliche Tätigkeiten handelt, die noch nicht beendet sind.

Von diesem Grundsatz wurde bei einer Vorbefassung als Referendar nur deshalb eine begrenzte Ausnahme anerkannt, weil es sich hier um eine Vorstufe zum Anwaltsberuf handelt und der Ausbildungszweck nur dann erreicht werden kann, wenn der Referendar zumindest teilweise schon wie ein Rechtsanwalt behandelt wird. Auf Praktikanten, studentische und wissenschaftliche Mitarbeiter lässt sich diese Argumentation nicht übertragen. Sie sind nicht anwaltsähnlich, zur intensiven Einbindung in eine anwaltliche Mandatsbearbeitung kommt es hier nicht.⁷⁴

4. Zusammenfassung

Damit lässt sich festhalten, dass Praktikanten, studentische und wissenschaftliche Mitarbeiter nach Beendigung dieser Tätigkeit keinem anwaltlichen Tätigkeitsverbot unterliegen, wenn sie zuvor in eine Mandatsbearbeitung eingeschaltet werden. Sie sind gegenüber Dritten zur Verschwiegenheit verpflichtet, dürfen aber nach geltendem Recht bei einer späteren Zulassung als Rechtsanwalt auch im widerstreitenden Interesse tätig werden.

Mangels eines diese Personen treffenden Tätigkeitsverbots kommt von vornherein eine Erstreckung eines Verbots auf Rechtswälte einer aufnehmenden Sozietät nicht in Betracht. Ergänzend sei auf die Argumentation zur Ablehnung einer sozietätsweiten Geltung des einen Referendar treffenden Tätigkeitsverbots verwiesen. Die hierzu entwickelte Argumentation würde auch dann greifen, wenn man eine Vortätigkeit als Praktikant, studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter entgegen der hier vertretenen Auffassung unter § 43a Abs. 4 BRAO subsumieren wollte.

69 *Kilian*, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 30.

70 BVerfGE 14, 19, 22; BVerfGE 16, 147, 163.

71 BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

72 *Träger*, in: Weyland (Fn. 11), § 3 BORA Rn. 7; siehe auch den vom Ausschuss 4 der Satzungsversammlung gebilligten Begründungstext zu § 3 BORA (SV-Mat. 12/2006), BRAK-Mitt. 2006, 213. *Saenger/Riß*, MDR 2006, 1385, 1386 Fn. 9 lassen die Frage, inwieweit die Beendigung des Referendariats zu einem Wegfall des Tätigkeitsverbots führt, offen.

73 *Kilian*, in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 45 Rn. 38.

74 Der Verfasser gibt insoweit seine gegenteilige in seiner Kommentierung vertretene Auffassung (*Henssler*, in: Henssler/Prütting [Fn. 1], § 43a Rn. 197) auf.

Erst recht als unproblematisch erweist sich danach die Einstellung von Referendaren, studentischen und wissenschaftlichen Mitarbeitern sowie Praktikanten. Sie kann, selbst wenn diese Mitarbeiter zuvor in einer anderen Sozietät tätig waren, von vornherein kein Tätigkeitsverbot von Rechtsanwälten der einstellenden Sozietät begründen.

VIII. Reformbedarf

Die geltende Rechtslage ist ersichtlich unbefriedigend. Auch wenn man sich der hier vertretenen Lösung anschließt und damit bereits nach geltendem Recht zu weitgehend sachgerechten Ergebnissen kommt, so bleibt doch das Problem der Rechtsunsicherheit. Es ist daher zu begrüßen, dass der Referentenentwurf die Thematik aufgreift. Allerdings greift der bisherige Reformvorschlag in § 45 BRAO-E in verschiedener Hinsicht zu kurz. Insbesondere bliebe die wichtige Frage der Folgen einer Vorbefassung im Rahmen der Anwaltsstation oder sonstiger Ausbildungsabschnitte wie der Wahlstation sowie eine sonstige Nebentätigkeit bei einem Rechtsanwalt ungeklärt. Die Tätigkeit während des Referendariats als einem notwendigen Ausbildungsabschnitt vor der zweiten juristischen Staatsprüfung ist keine berufliche Tätigkeit, so dass § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO-E nicht greift. Klärungsbedürftig ist außerdem die Mitarbeit in einer Anwaltskanzlei in sonstigen nicht-anwaltlichen Funktionen und ohne Anwaltszulassung, insbesondere als studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter und als Praktikant.

Folgende Eckdaten müssen für die Neuregelung beachtet werden:

- **Erstens:** Einem persönlich während einer Tätigkeit für einen Rechtsanwalt oder einem Ausbildungsabschnitt bei einem Rechtsanwalt mit einer Rechtsangelegenheit vorbefassten Referendar muss es nach Erwerb der Anwaltszulassung verwehrt sein, in derselben Rechtssache in widerstreitendem Interesse tätig zu werden.
- **Zweitens:** Die Befassung anderer Rechtsanwälte der Ausbildungssozietät mit einem Mandat ist dem Referendar nicht zuzurechnen, begründet damit kein Tätigkeitsverbot.
- **Drittens:** Ausgeklammert bleiben sollten zudem reine Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten, bei denen keine anwaltsähnliche Vorbefassung vorliegt. Hat der Referendar lediglich Rechtsprechungs- und/oder Literaturrecherchen vorgenommen oder nur eine interne, juristische Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen verfasst, ohne darüber hinaus in die Mandatsbearbeitung eingebunden zu sein, begründet dies somit kein Tätigkeitsverbot. In diesen Fällen reicht der Schutz über die auch den Referendar treffende Verschwiegenheitspflicht aus.
- **Viertens:** Die Aufnahme eines persönlich vorbefassten Referendars als angestellter Rechtsanwalt oder Gesellschafter begründet für die aufnehmende Berufsausübungsgesellschaft und die für sie tätigen Rechtsanwälte kein Tätigkeitsverbot. Das Gleiche gilt erst recht, wenn der Betreffende bei der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft nicht als Anwalt, sondern wiederum nur als sonstiger Mitarbeiter bzw. zu Ausbildungszwecken beschäftigt wird.
- **Fünftens:** Sonstige nicht-anwaltliche (studentische und wissenschaftliche) Mitarbeiter und Praktikanten sollten im Falle einer persönlichen Vorbefassung, die mit Akteneinsicht und Einblicken in die Mandatsbearbeitung verbunden ist, entgegen der bisherigen Rechtslage nach ihrer Zulassung zur Anwaltschaft ebenfalls einem Tätigkeitsverbot unterliegen.

Hinsichtlich der sozietätsweiten Erstreckung gilt die für den Referendar vorgeschlagene Regelung entsprechend, sofern die sonstigen Mitarbeiter/Praktikanten – wie jedenfalls in aller Regel – einer auch strafrechtlich sanktionierten Verschwiegenheitspflicht nach § 43a Abs. 2 S. 4 – 7 BRAO⁷⁵ unterworfen sind.

● **Sechstens:** War ein persönlich vorbefasster Referendar, studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter bzw. Praktikant bei der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft – etwa aufgrund von Unkenntnis der Gesellschaft über die Vorbefassung – in ein Kollisionsmandat eingebunden, muss diese Gesellschaft das Kollisionsmandat niederlegen.

Nicht alle diese Aspekte müssen freilich unmittelbar in einem notwendig knappen Gesetzestext vorgegeben werden, da sie sich zum Teil auch aus allgemeinen Erwägungen ergeben. Sie sollten aber zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden und vom Gesetzestext gedeckt sein.

IX. Zusammenfassung

1. Zusammenfassende Thesen zur geltenden Rechtslage

- Die rechtlichen Konsequenzen, die eine Vorbefassung mit einer Rechtssache als Referendar für einen Rechtsanwalt nach sich zieht, sind im berufsrechtlichen Schrifttum bislang nicht abschließend geklärt. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht.
- Die Meinungsverschiedenheiten betreffen allerdings nur den Begründungsweg und die normative Verankerung eines Tätigkeitsverbots. Im Ergebnis sind sich die Vertreter des Schrifttums einig, dass eine Vorbefassung als Referendar im Falle eines Interessenwiderstreits zu einem Tätigkeitsverbot für den späteren Anwalt führen muss.
- Eine überzeugende rechtliche Beurteilung der Referendarproblematik lässt sich nur auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der §§ 43a Abs. 4, 45 BRAO i.V.m. § 3 BORA gewinnen.
- Ein Rechtsanwalt, der als Referendar bei der Betreuung eines Mandats mitgewirkt hat, ist nicht bereits nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO berufsrechtlich gehindert, in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse tätig zu werden. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfasst zwar grundsätzlich den Rollenwechsel zwischen einem in öffentlich-rechtlicher Funktion (Stationen bei Gericht, Staatsanwaltschaft und Verwaltung) tätigen Referendar und einem Rechtsanwalt. Dies gilt jedoch nicht für die Anwaltsstation, da hier das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnis in den Hintergrund tritt.
- Nicht überzeugend ist es, die Thematik des vorbefassten Referendars mit einer in der Literatur vertretenen Auffassung in § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO zu verorten. Bei der Referendarausbildung handelt es um keine Berufsausübung, außerdem ist sie spätestens nach Absolvierung der zweiten Juristischen Staatsprüfung beendet. Selbst diese Literaturstimmen kommen allerdings zu dem Ergebnis, dass es einem Rechtsanwalt verwehrt ist, ein Mandat zu bearbeiten, wenn er zuvor als Referendar bereits im widerstreitenden Interesse für die Gegenseite tätig war.
- Ein Tätigkeitsverbot ergibt sich aus § 43a Abs. 4 BRAO. Diese Norm erfasst aufgrund ihres offenen Wortlauts neben den Fällen einer anwaltlichen Vorbefassung auch solche Fälle,

⁷⁵ Dazu eingehend Henssler in: Henssler/Prütting (Fn. 1), § 43a Rn. 81 ff.

in denen ein Rechtsanwalt bereits in einer anwaltsähnlichen Funktion als Interessenvertreter eines Mandanten mit einer Rechtssache befasst war. Betroffen ist eine Vorbefassung als Referendar bei einem Rechtsanwalt, wenn es sich um einen Teil der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung handelt. Nur diese praktische Ausbildungsphase, nicht dagegen etwa eine Nebentätigkeit während einer Gerichtsstation, ist eine Vorstufe zum Anwaltsberuf, die einer anwaltlichen Tätigkeit bereits stark angenähert ist.

- § 3 BORA bestätigt mit seinem Verweis auf den Gesamtkomplex der §§ 43a Abs. 4, 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO das nach hier vertretener Auffassung aus § 43a Abs. 4 BRAO folgende Tätigkeitsverbot bei einer Vorbefassung als Referendar. Im Ergebnis kommen dementsprechend sämtliche im Schrifttum bislang vertretenen Auffassungen bei einer Vorbefassung als Referendar zu einem Verbot der anschließenden anwaltlichen Tätigkeit in widerstreitendem Interesse.

- Ein den Referendar selbst treffendes Tätigkeitsverbot greift nur bei seiner persönlichen Vorbefassung. Die Befassung anderer Rechtsanwälte der Ausbildungssozietät mit einem Mandat wird nach § 3 Abs. 2 BORA dem Referendar nicht zugerechnet. Die Vorschrift erfasst nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur die Erstreckung auf einen Rechtsanwalt, nicht dagegen eine Erstreckung auf sonstige Personen.

- Der nicht persönlich vorbefasste ehemalige Referendar ist damit nach geltendem Recht nicht gehindert, in derselben Rechtssache in widerstreitendem Interesse tätig zu werden. Allein die Vorbefassung seiner Ausbildungskanzlei genügt nicht.

- Die erforderliche anwaltsähnliche Vorbefassung eines Referendars ist bei reinen Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten nicht gegeben. Hat der Referendar lediglich Rechtsprechungs- und/oder Literaturrecherchen vorgenommen oder nur eine interne, juristische Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen verfasst, ohne Einblicke in die Akten und die Mandatsführung zu haben, begründet dies somit keine Vorbefassung, selbst wenn die Tätigkeiten für das konkrete Mandat bedeutsam waren. In diesen Fällen reicht der Schutz über die auch den Referendar treffende Verschwiegenheitspflicht aus.

- Bei fehlender persönlicher Vorbefassung können damit nach einem Sozietätswechsel die in der aufnehmenden Sozietät tätigen Rechtsanwälte von vornherein keinem Tätigkeitsverbot unterworfen sein. Dieses Ergebnis folgt nach richtiger Ansicht außerdem bereits aus dem Umstand, dass selbst beim Wechsel eines persönlich nicht vorbefassten Rechtsanwalts keine Infizierung der aufnehmenden Sozietät erfolgt.

- War der Referendar persönlich vorbefasst, darf er in der aufnehmenden Sozietät nicht in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse tätig werden. War er gleichwohl – etwa mangels Kenntnis der Vorbefassung – in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet, muss das Mandat nach Aufklärung des Sachverhalts niedergelegt werden. Das bloße Ausscheiden des ehemaligen Referendars aus der Mandatsbearbeitung genügt nicht.

- Ungeachtet der persönlichen Vorbefassung des ehemaligen Referendars werden nach einem Eintritt als Rechtsanwalt die in der aufnehmenden Kanzlei tätigen Rechtsanwälte nicht mit einem Tätigkeitsverbot infiziert. § 3 Abs. 3 BORA, der eine derartige Erstreckung bei einem vorbefassten Rechtsanwalt anordnet, ist nicht anwendbar, da er nach seinem eindeutigen Wortlaut nur den Wechsel eines Rechtsanwalts erfasst. Da der Satzungsversammlung die besondere Situation eines Referendars bekannt war und sie sogar ausdrücklich keine pauscha-

le Erstreckung auf vorbefasste Referendare anordnen wollte, fehlt es mangels Regelungslücke an der Voraussetzung für eine Analogie. Da anderenfalls die für die Auslegung geltende Grenze des objektiven Wortsinnes überschritten würde, ist außerdem kein Raum für eine extensive Auslegung.

- Die Problematik ist damit für die aufnehmende Sozietät in gewisser Weise entschärft. Es bleibt aber das Risiko, dass ein neu aufgenommener Rechtsanwalt trotz eines bestehenden Betätigungsverbots in eine Mandatsbearbeitung eingeschaltet wird. Um dieses Risiko auszuschließen, bedarf es im Vorfeld der Einstellung keiner Abfrage von Mandatsstätigkeiten. Es genügt, wenn der neu aufgenommene Berufseinsteiger/Rechtsanwalt anschließend auf die Problematik hingewiesen und vor der Einbindung in eine konkrete Mandatsbearbeitung in einen Conflict Check eingeschaltet wird.

- Praktikanten, studentische und wissenschaftliche Mitarbeiter unterliegen nach Beendigung dieser Tätigkeit keinem anwaltlichen Tätigkeitsverbot, wenn sie zuvor in eine Mandatsbearbeitung eingeschaltet werden. Sie sind gegenüber Dritten zur Verschwiegenheit verpflichtet, dürfen aber nach geltendem Recht bei einer späteren Zulassung als Rechtsanwalt auch im widerstreitenden Interesse tätig werden.

- Mangels eines diese Personen treffenden Tätigkeitsverbots kommt bei einem Kanzleiwechsel von vornherein eine Erstreckung eines Verbots auf Rechtswälte einer aufnehmenden Sozietät nicht in Betracht. Ergänzend sei auf die Argumentation zur Ablehnung einer sozietätsweiten Geltung des einen Referendar treffenden Tätigkeitsverbots verwiesen. Die hierzu entwickelte Argumentation würde auch dann greifen, wenn man eine Vortätigkeit als Praktikant, studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter entgegen der hier vertretenen Auffassung unter § 43a Abs. 4 BRAO subsumieren wollte.

- Erst recht als unproblematisch erweist sich danach die Einstellung von Referendaren, studentischen und wissenschaftlichen Mitarbeitern sowie Praktikanten. Sie kann, selbst wenn diese Mitarbeiter zuvor in einer anderen Sozietät tätig waren, von vornherein kein Tätigkeitsverbot von Rechtsanwälten der einstellenden Sozietät begründen.

- Eines besonderen Conflict-checks bedarf es bei der Einstellung dieser Personen somit nicht.

2. Zusammenfassende Thesen zum Reformbedarf

- **Erstens:** Einem persönlich während einer Tätigkeit für einen Rechtsanwalt oder einem Ausbildungsabschnitt bei einem Rechtsanwalt mit einer Rechtsangelegenheit vorbefassten Referendar muss es nach Erwerb der Anwaltszulassung verwehrt sein, in derselben Rechtssache in widerstreitendem Interesse tätig zu werden.

- **Zweitens:** Die Befassung anderer Rechtsanwälte der Ausbildungssozietät mit einem Mandat ist dem Referendar nicht zuzurechnen, begründet damit kein Tätigkeitsverbot.

- **Drittens:** Ausgeklammert bleiben sollten zudem reine Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten, bei denen keine anwaltsähnliche Vorbefassung vorliegt. Hat der Referendar lediglich Rechtsprechungs- und/oder Literaturrecherchen vorgenommen oder nur eine interne, juristische Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen verfasst, ohne darüber hinaus in die Mandatsbearbeitung eingebunden zu sein, begründet dies somit kein Tätigkeitsverbot. In diesen Fällen reicht der Schutz über die auch den Referendar treffende Verschwiegenheitspflicht aus.

- **Viertens:** Die Aufnahme eines persönlich vorbefassten Referendars als angestellter Rechtsanwalt oder Gesellschafter

begründet für die aufnehmende Berufsausübungsgesellschaft und die für sie tätigen Rechtsanwälte kein Tätigkeitsverbot. Das Gleiche gilt erst recht, wenn der Betreffende bei der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft nicht als Anwalt, sondern wiederum nur als sonstiger Mitarbeiter bzw. zu Ausbildungszwecken beschäftigt wird.

● **Fünftens:** Sonstige nicht-anwaltliche (studentische und wissenschaftliche) Mitarbeiter und Praktikanten sollten im Falle einer persönlichen Vorbefassung, die mit Akteneinsicht und Einblicken in die Mandatsbearbeitung verbunden ist, entgegen der bisherigen Rechtslage nach ihrer Zulassung zur Anwaltschaft ebenfalls einem Tätigkeitsverbot unterliegen. Hinsichtlich der sozietätsweiten Erstreckung gilt die für den Referendar vorgeschlagene Regelung entsprechend, sofern die sonstigen Mitarbeiter/Praktikanten – wie jedenfalls in aller Regel – einer auch strafrechtlich sanktionierten Verschwiegenheitspflicht nach § 43a Abs. 2 S. 4 – 7 BRAO unterworfen sind.

● **Sechstens:** War ein persönlich vorbefasster Referendar, studentischer oder wissenschaftlicher Mitarbeiter bzw. Praktikant bei der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft – etwa aufgrund von Unkenntnis der Gesellschaft über die Vorbefassung – in ein Kollisionsmandat eingebunden, muss diese Gesellschaft das Kollisionsmandat niederlegen.



Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, des dortigen Instituts für Anwaltsrecht sowie des Europäischen Zentrums für Freie Berufe.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.