



Stellungnahme

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung
im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestags am 14. April 2021**

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des
Berufsrechts der anwaltlichen und
steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften
sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im
Bereich der rechtsberatenden Berufe
([BT-Drucksache 19/27670](#))**

– große BRAO-Reform –

**durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Gasteyer,
Vorsitzender des Berufsrechtsausschusses des
DAV**

**(basierend auf den DAV-Stellungnahmen
[Nr. 18/2021](#) zum Regierungsentwurf und
[Nr. 87/2020](#) zum Referentenentwurf)**

Berlin, im April 2021

Deutscher Anwaltverein

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

Büro Brüssel

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

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der Gesetzesentwurf¹ ist grundsätzlich zu begrüßen. Er trägt dazu bei, die Zukunftsfähigkeit der Rechtsanwaltschaft bei Wahrung ihrer Core Values sicherzustellen. Dabei nimmt er wesentliche Anregungen und Forderungen des Deutschen Anwaltvereins auf.

Diese Stellungnahme konzentriert sich auf zwei Regelungsbereiche. Die Öffnung der Berufsausübungsgesellschaften für die freien Berufe - ohne die vom Bundesrat vorgeschlagenen Einschränkungen - wird befürwortet. Sie trägt früheren Entscheidungen des BVerfG Rechnung und ermöglicht es gerade jüngeren Anwältinnen und Anwälten sowie kleineren Sozietäten, sich weiter zu spezialisieren und im Wettbewerb mit anderen Beratern für Mandanten die erste Wahl zu bleiben.

Das Tätigkeitsverbot wegen sensibler Tatsachen (§ 43a Abs. 4 S.2)² ist in seiner Ausgestaltung als abstrakter Gefährdungstatbestand praxisfern und bedarf insbesondere der Klarstellung, dass eine indirekte Sozietätserstreckung über § 59e Abs. 1 ausgeschlossen ist.

Ergänzend wird auf die früheren Stellungnahmen des DAV zur großen BRAO-Reform verwiesen.

¹ Hierunter wird der Entwurf der Bundesregierung mit ihrer Gegenäußerung ("Gegenäußerung") zur Stellungnahme des Bundesrates verstanden, insgesamt abgekürzt auch "RegE".

² Paragraphen sind solche des RegE, falls nicht anders angegeben.

I. Sozietätsfähige Berufe

1. Zu begrüßen ist, dass der RegE an der Erweiterung der Sozietätsfähigkeit auf die freien Berufe im Sinne des § 1 Abs. 2 PartGG festhält. Eine Einschränkung auf einen (erweiterten) Katalog freier Berufe verstößt gegen Art. 12 GG und die in der Gegenäußerung zitierten Entscheidungen des BVerfG. Vorgebrachte Bedenken aus dem Gesichtspunkt mangelnder Überwachungsmöglichkeit überzeugen nicht. Nach dem RegE ist die für die Berufsausübungsgesellschaft zuständige Rechtsanwaltskammer ("RAK") dazu berufen, Verletzungen von Berufspflichten zu überwachen und zu ahnden, § 74 Abs. 6. Die nicht-anwaltlichen Gesellschafter sind verpflichtet, Berufspflichten der Rechtsanwälte³ zu beachten und zu wahren, § 59d Abs. 1. Die Pflichten gelten für die Berufsausübungsgesellschaft sinngemäß und sie hat die Beachtung organisatorisch sicherzustellen, § 59e. Dies ist ein umfassendes Schutzkonzept. Die Konzentration der Aufsicht bei der RAK genügt, und zwar unabhängig davon, ob die anderen vertretenen Berufe verkammert sind. Der Unterstützung durch andere Kammern bedarf die RAK daher nicht, zumal sie für die Aufsicht über anwaltliche Berufspflichten keine gesetzliche Kompetenz haben.
2. Gegen die Neuregelung wurde zuletzt vorgebracht, es bestehe kein praktischer Bedarf. Diese Frage ist nicht erheblich, denn für die Aufhebung einer grundrechtswidrigen Beschränkung hat eine Bedarfsfeststellung keinen Raum. Sie verkennt aber auch den Reformbedarf. Die Anwaltschaft muss sich in immer stärkerem Wettbewerb behaupten und die Mandanten erwarten zu Recht kompetente und effiziente Unterstützung. Wie in anderen Berufen kann dabei das anwaltliche Arbeitsergebnis davon profitieren, dass das Verständnis für die anstehende Problemlage des Mandanten umfassend ist und dabei der Sachverstand anderer Professionen genutzt wird. Die von der Gegenäußerung zitierte Horn-Entscheidung des BVerfG (Öffnung für Ärzte und Apotheker) ist dafür ein Beispiel. Um in ihrem Spezialgebiet zusätzliche fachliche Kompetenz neben der anwaltlichen nutzen und Rechtssuchende besser beraten zu können, sollten Rechtsanwälte nicht auf die Zuarbeit von Dienstleistern verwiesen werden; diese

³ Das Maskulinum steht stets auch für das Femininum.

teilen ihr eigenes Know-how gerade nicht unbedenklich mit den auftraggebenden Rechtsanwältinnen, weil sie ihr eigenes Geschäftsmodell nicht gefährden wollen.

Anwältinnen sollten in der Lage sein, dieses Know-how in die eigene Berufsausübungsgesellschaft zu integrieren und Nicht-Anwältinnen eine berufliche Heimat und Karriere anzubieten. Welche Kombinationen von Berufen sich in den nächsten Jahren entwickeln werden und ob sie die Rechtsberatung verbessern helfen, sollte die Mandantennachfrage entscheiden, ein de facto auf Jahre geltender statischer Katalog zulässiger Berufe wird das verhindern.

II. Das Tätigkeitsverbot nach 43a Abs. 4

§ 43a Abs. 4 S. 1 (Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache) und die Erstreckung des Tätigkeitsverbots in Satz 2 der Norm auf die in der Berufsausübungsgesellschaft tätigen Kolleginnen und Kollegen sowie gemäß 59e Abs. 1 auf die Berufsausübungsgesellschaft übernehmen im Wesentlichen die Regelung des § 3 BORA. Es ist richtig und notwendig, dass dies unmittelbar auf der Ebene des formellen Gesetzes in der BRAO geregelt wird. In mehrfacher Hinsicht problematisch ist allerdings die vorgesehene Neuregelung in § 43a Abs. 4 S. 2, insbesondere im Fall der Erstreckung nach § 59e Abs. 1.

1. Inhaltlich geht es um die Verwertung von vertraulichen Informationen, bisher also um „Vertraulichkeit“, § 43a Abs. 2 BRAO. Über den Inhalt des Gebots der Vertraulichkeit, eines Kernwerts der Anwaltschaft, gibt es bis auf wenige Ausnahmen eine herrschende Meinung mit umfangreicher Literatur und Rechtsprechung. Missstände sind nicht bekannt und werden im RegE nicht näher bezeichnet. Der RegE adressiert einen Aspekt der Vertraulichkeit (potentielle Verwertung sensibler Informationen) als Problem der Vertretung widerstreitender Interessen. Das ist nicht nur eine rein theoretische Überlegung, sondern sie hat unmittelbare Konsequenzen: Im Rahmen des § 43a Abs. 2 BRAO ist der Mandant „der Herr des Geheimnisses“; das entspricht grundlegend dem anwaltlichen Selbstverständnis. Durch die Einordnung unter „widerstreitende Interessen“ wird dem Mandanten das Recht genommen, durch ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis über die Offenlegung "seiner") Tatsachen zu

entscheiden. Die Zustimmung des späteren (zweiten) Mandanten wird erforderlich, wie auch im Entwurf vorgesehen. Warum diese Verschärfung geboten ist, wird allerdings nicht näher begründet. Sollte es dabei bleiben, bedarf mindestens die Gesetzesbegründung der Klarstellung, dass daraus keine verallgemeinerungsfähigen Schlüsse gezogen werden sollen und die Dispositionsbefugnis der Mandanten nicht generell in Frage gezogen wird.

2. Der Tatbestand des Abs. 4 Nr. 2 wäre auch gegeben, wenn das erste Mandat bereits abgeschlossen und damit die Interessenvertretung beendet ist. Die Vertretung widerstreitender Interessen liegt dann gerade nicht vor, sondern es geht ausschließlich darum, wie der erste (ehemalige) Mandant vor einem nachträglichen Vertrauensbruch geschützt werden kann. Dieses Ziel kann sicherlich unterstützt werden, es trägt aber nicht die folgenreiche Umqualifikation im RegE und jede ihn ergänzende Regelung gehört in den Zusammenhang mit Abs. 2.
3. Das Konzept der „sensiblen Tatsache“ bringt erhebliche praktische Probleme mit sich, die noch ungeklärt sind. Dafür ein Beispiel: Die Syndikusrechtsanwältin S bearbeitet in der Rechtsabteilung eines großen Energiekonzerns dessen Bezugs- und Absatzverträge. Damit verfügt sie unvermeidbar über sensibles Wissen. Die Branche ist eng, die Unternehmen tätigen laufend miteinander Geschäfte. Soll S künftig daran gehindert sein, den Arbeitgeber in der Branche zu wechseln, weil sie in ihrer späteren Tätigkeit sensible Informationen des früheren Arbeitgebers nutzen würde oder dies zumindest in den Raum gestellt werden könnte, um sie aus taktischen Gründen anzugreifen? Bisher ließ sich dieses Problem durch geeignete Maßnahmen zur Vermeidung einer konkreten Gefährdung regeln, auch wenn der bisherige Arbeitgeber nicht kooperativ war. Das ist bei Umsetzung des RegE nicht mehr möglich. Er knüpft das Tätigkeitsverbot an die abstrakte Gefährdung durch Kenntnis sensibler Tatsachen und verlegt deshalb die Eingriffsschwelle nach vorne. Dieser Eingriff in das Grundrecht der S auf freie Aufnahme der Berufstätigkeit, Art.12 GG, ist nicht gerechtfertigt.
4. Auch der Sozietätswechsel durch niedergelassene Rechtsanwälte wird erschwert, sicher nicht im Geiste der Sozietätswechslerentscheidungen des BVerfG. Dazu ein weiteres Beispiel: Der Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft P1 nimmt

ein Mandat an, nachdem er anhand von Mandanten und Gegnerlisten ausgeschlossen hat, dass ein Konflikt nach § 43a Abs. 4 S. 1 vorliegt. Zu einem späteren Zeitpunkt bittet er bei der Bearbeitung einer speziellen Rechtsfrage seine Partnerin P2 um Hilfe, die aus einer anderen Sozietät zu ihm gekommen ist. Bereits bei seinen ersten Worten bittet ihn P2, zu schweigen, denn sie kenne den Gegner und möglicherweise auch sensible Informationen. Durch geeignete organisatorische Maßnahmen wird sichergestellt, dass sie nichts von der Fallbearbeitung erfahren kann. P1 bittet P3 um Hilfe bei der weiteren Bearbeitung.

5. Ob diese Handhabung auch nach dem RegE genügen kann, ist unklar. Das Risiko des Tätigkeitsverbots aus der Vortätigkeit von Sozietätswechslern wäre sehr hoch und würde zu großer Zurückhaltung bei der neuen Sozietät führen. Der Gegenäußerung lässt sich die Absicht entnehmen, die Sozietätserstreckung in diesen Fällen nicht mehr anzustreben. Dem entspricht ein gegenüber dem RefE geänderter Verweis in §43a Abs. 4 S.2, der sich nur noch auf S. 1 Nr. 1 bezieht. § 59e Abs. 1 sieht jedoch für die Berufsausübungsgesellschaft die sinngemäße Geltung des gesamten § 43a vor, und seine (möglicherweise überholte) Begründung führt als verbliebene Alternative aus, dass die einzelnen Partner der Gesellschaft das Mandat übernehmen oder seine Bearbeitung fortführen. Das ist keine praktisch realisierbare Lösung, und im Ergebnis wäre sie – wenig überzeugend – faktisch identisch mit der Mandatsannahme durch die Berufsausübungsgesellschaft unter Tätigkeitsverbot und Kontaktsperre zu der an der Tätigkeit gehinderten Rechtsanwältin P2. Die Haftpflichtversicherung der Berufsausübungsgesellschaft müsste sich von vornherein auf den Fall erstrecken, dass Rechtsanwälte als Einzelpersonen Mandate übernehmen, und ein eventueller rechtsformbedingter persönlicher Haftungsausschluss, etwa im Fall einer Partnerschaftsgesellschaft mbB, wäre obsolet. Als Partei des Mandatsvertrags wären sie (oder eine von ihnen formlos gegründete Gelegenheitsgesellschaft?) Leistungserbringer und müssten selbst die Umsatzsteuer in Rechnung stellen; eine umsatzsteuerneutrale Lösung ist schwer vorstellbar, jdf. ohne Absprachen mit dem Finanzamt. All das kann ohne Verlust effektiven Schutzes des früheren Mandanten vermieden werden, indem in § 59e Abs. 1 der Verweis auf § 4a Abs.4 S.2 ausgenommen wird.

6. Von unzulässiger Verwertung ist die Kenntnis von Usancen und Standards in einer Branche oder bei bestimmten Arten von Rechtsgeschäften oder -handlungen zu unterscheiden. Sie wird nicht nur zulässig erworben, sondern von Mandanten als anwaltliches Know-how besonders geschätzt. Der RegE will das auch nicht verhindern, brauchbare Unterscheidungskriterien liegen aber noch nicht vor. Der Unterschied ist im Einzelfall wohl leicht zu erkennen, aber abstrakt schwer zu definieren. Das Risiko, einen Anwalt in einem Mandat durch den im konkreten Fall überzogenen Vorwurf der unzulässigen Nutzung sensibler Informationen "aus dem Mandat zu schießen" oder ihn aus Vorsichtsgründen die Mandatsannahme ablehnen zu lassen, muss gesehen werden. Es geschieht häufig, dass Mandanten bereits bei dem ersten E-Mail- oder anderem Kontakt wesentliche Informationen preisgeben, manchmal gezielt. Wie diese Problematik zu lösen ist, lassen die Entwürfe und Stellungnahmen offen.

7. Die Praxisferne der Regelung und insbesondere der Sozietätserstreckung liegt in ihrem Ausgangspunkt begründet. Bei Annahme eines Mandats überlegt ein Rechtsanwalt, ob sensible Informationen aus anderen Mandaten vorliegen. Grundlage sind der von dem potentiellen neuen Mandanten meist nur rudimentär erläuterte Sachverhalt und die Angaben zum potentiellen Gegner. Häufig ist aber nicht klar, wer genau der Gegner ist oder sein sollte, oder ob es gar mehrere sind. Der Sachverhalt entwickelt sich in seiner ganzen Breite erst bei der Bearbeitung deutlich nach der Mandatierung, bei Verbrauchern wie bei geschäftlich erfahrenen Mandanten. Auf dieser eingeschränkten Tatsachenbasis erfolgt also die Prüfung und Entscheidung über die Mandatsannahme.

8. Auch auf Seiten des Anwalts ist das Erinnerungsvermögen beschränkt. Die Erinnerung an konkrete Tatsachen wird häufig erst aktualisiert, wenn Assoziationen bei der Bearbeitung und bei Gesprächen angestoßen werden. Ob ein Konflikt im bisherigen Sinn vorliegt, kann bei der Mandatsannahme anhand von Mandanten- und Gegenerlisten geprüft werden. Diese Methode lässt sich auf sensible Informationen nicht übertragen. Man kann sie nicht bei Mandatsbeendigung erfassen, weil sich erst später herausstellt, was sensibel ist. Wäre es aber möglich, würde diese Dokumentation gegen den Grundsatz der Datensparsamkeit und die Lösungsfristen nach Datenschutz verstoßen. Dokumentationen in der Kanzlei

allgemein verfügbar vorzuhalten verstieße auch gegen Grundsätze der berufrechtlichen Vertraulichkeit. Wenn dem Bearbeiter relevante Vorkenntnisse bewusst werden, muss daher die Behebung der abstrakt gegebenen Gefahr für den ersten Mandanten durch geeignete Maßnahmen als das mildere Mittel zulässig sein. Nur soweit dies unmöglich ist, darf ein Tätigkeitsverbot eingreifen.