

Anwaltsrecht

Das falsche Bild des BGH vom Syndikusanwalt

Besprechung der Entscheidung des Anwaltssenats vom 7.2.2011 – AnwZ (B) 20/10*

Rechtsanwalt Martin W. Huff, Leverkusen

Der Syndikusanwalt hat eine lange Tradition in Deutschland. Die BRAO setzt den Syndikusanwalt in § 46 BRAO schlicht voraus. Er ist der unabhängige Rechtsberater seines Unternehmens. Das ist eine besondere Errungenschaft: Der Syndikusanwalt kann bereits im Unternehmen sicherstellen, dass das Recht beachtet und durchgesetzt wird. Das ist umso wichtiger, je stärker das Recht von Unternehmen als lästiges Übel empfunden wird. Der Anwaltssenat des BGH hat nun in einem aktuellen Beschluss zum Ausdruck gebracht, dass er für Syndikusanwälte wenig übrig hat. Der Autor kritisiert die Entscheidung aus Sicht des deutschen anwaltlichen Berufsrechts.

I. Diskussionen um den Syndikusanwalt

Die Stellung der deutschen Syndikusanwälte ist zurzeit Gegenstand intensiver Diskussionen. Dies nicht nur nach dem heftig umstrittenen Urteil des EuGH vom 14.9.2010¹, das schon der deutschen Rechtsstellung und dem Berufsbild der in Unternehmen beschäftigten Rechtsanwälte überhaupt nicht gerecht wird. Sondern auch in Bezug auf die harte Linie, die die Deutsche Rentenversicherung bei der Befreiung von Unternehmensanwälten nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI und der Beurteilung was unter einer „anwaltlichen Tätigkeit bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber“ zu verstehen ist², vertritt. Auch hier legt die Deutsche Rentenversicherung ähnlich wie der EuGH ein veraltetes Berufsverständnis zugrunde. Wohl erst das Bundesverfassungsgericht oder der Gesetzgeber wird klären, was heutzutage unter einer „anwaltlichen Tätigkeit“ zu verstehen ist. Und jetzt vertritt auch der Anwaltssenat des BGH noch in seinem Beschluss vom 7.2.2011³ die Ansicht, das Syndikusanwälte in dieser Eigenschaft nicht als Rechtsanwälte tätig sind und greift damit eine eigentlich überholt geglaubte Rechtsprechung wieder auf, auch wenn er neuerdings durchaus bei Anwaltszulassungen wohl von einer anwaltlichen Tätigkeit bei einem Verbandsgeschäftsführer ausgeht.⁴

Der Beschluss des BGH – der trotz der Bedeutung erstaunlicherweise vom BGH nicht mit einem Leitsatz versehen wurde – gibt Anlass dazu, sich mit dem Berufsbild des Syndikusanwalts zu befassen und eine Diskussion anzustoßen, um innerhalb der Anwaltschaft zu klären, wie die Stellung der Unternehmensanwälte ist und ob hier gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich sind.

II. Der Beschluss des BGH vom 7.2.2011

In dem Verfahren ging es um die Frage, ob der Antragsteller, ein österreichischer Rechtsanwalt, gem. § 11 EuRAG einen Anspruch darauf hat, in die Rechtsanwaltskammer München

aufgenommen zu werden. Dazu legte er eine Liste von Fällen vor, bei denen die meisten auf seiner Syndikusanwaltstätigkeit bei der deutschen Niederlassung eines internationalen Software-Unternehmens beruhten. Er vertrat dabei die Auffassung, dass diese Fälle zeigten, dass er die dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit im deutschen Recht erbracht habe.

Sowohl die Rechtsanwaltskammer München, der AGH München sowie der BGH sahen dies nicht so und haben dem österreichischen Kollegen die Zulassung verweigert.

Der Anwaltssenat – unter Vorsitz des anwaltskritischen BGH-Präsidenten *Tolksdorf* – begründet im „deutschen Teil“ der Entscheidung⁵ die Nichtzulassung des Syndikusanwalts damit, dass derjenige, „der als ständiger Rechtsberater in einem festen Dienst- oder Anstellungsverhältnis steht (Syndikus) in dieser Eigenschaft nicht als Anwalt tätig wird“. Der BGH verweist dazu auf die Entscheidung des BVerfG vom 4.11.1992⁶ und auf seine eigenen Entscheidungen aus den Jahren 2001⁷ und 2009⁸. Hinweise auf die durchaus umfangreiche Literatur in Kommentierungen und Aufsätzen zu § 46 BRAO finden sich an dieser Stelle erstaunlicherweise nicht.

Dann folgt ein Satz, der für das anwaltliche Berufsbild, gerade auch von angestellten Rechtsanwälten, insgesamt mit großer Skepsis gelesen werden sollte: „Die mit dem Dienst- oder Anstellungsverhältnis verbundenen Bindungen und Abhängigkeiten stehen nicht im Einklang mit den in §§ 1–3 BRAO normierten Berufsbild des Rechtsanwalts als freien und unabhängigen Berater und Vertreter aller Rechtssuchenden“. Der BGH verweist dann auf die Gesetzesbegründung zu der seit 1994 geltenden Fassung des § 46 BRAO⁹, bei der angeblich eine anwaltliche Tätigkeit des Syndikusanwalts nicht gewollt war.

In diesem Fall kam es bei der Zulassung nach § 11 EuRAG nicht auf die Auslegung der EU-Richtlinie 98/5/EG an, sondern auf die deutschen Regelungen. Bei den wohl nachgewiesenen Fällen liegt keine Anwaltstätigkeit vor.

Ganz am Ende seiner Entscheidungsgründe¹⁰ geht der BGH noch kurz darauf ein, dass er bei den Fachanwaltschaften eigentlich schon eine andere Auffassung vertreten hat¹¹. Diese eindeutig abweichende Rechtsprechung wird mit der kurzen Begründung zurückgenommen, dass der Syndikusanwalt ja als Angestellter „bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Weisung seines direkten Vorgesetzten und der Ge-

* In diesem Heft ab Seite 494.

1 Rs C-550/07 P = AnwBl 2010, 796 u.a. m. Besprechung Huff, ZAP 2010, 1135; Mann/Leisinger, AnwBl 2010, 776; Dahns, NJW-Spezial 2010, 670 sowie polemisch und von Sachkenntnis relativ ungetrübt Römermann, NJW-Editorial H. 41/2010, S. 3.

2 S. dazu neuerdings Jung/Horn, AnwBl 2011, 209 und zu den praktischen Erfahrungen Huff, Kammernachrichten der RAK Schleswig-Holstein Heft 1/2011, S. 11 ff. (mit dem Nachweis der jüngsten SG-Urteile) sowie ders.; auf Legal Tribune Online vom 22.7.2010 und 18.2.2011 zu finden über das Stichwort „Unternehmensanwälte“.

3 AnwZ (B) 20/10 = AnwBl 2011, 494 (in diesem Heft)

4 S. dazu soeben BGH, Beschl. v. 21.3.2011 – AnwZ (B) 33/10 – AnwBl 2011, 497 (in diesem Heft). S. dazu nur Prütting, AnwBl 2009, 402 und Huff, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 46 BRAO Rdn. 2.

5 Auf den europäischen Teil geht Kleine-Cosack ein (in diesem Heft).

6 BVerfGE 87, 287.

7 BGH, Beschl. v. 18.6.2001 – AnwZ (B) 41/00 = NJW 2001, 3130.

8 BGH, Beschl. v. 4.11.2009 – AnwZ (B) 16/09 = NJW 2010, 377.

9 s. dazu Huff, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 46 BRAO Rdn. 2 und Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 46 Rdn. 4.

10 Rdn. 27.

11 BGH, Beschl. v. 4.11.2009 – AnwZ (B) 16/09 = NJW 2010, 377.

schäftsführung zu beachten hat.“ Und dann weiter: „Wie bei diesen Vorgaben eine unabhängige anwaltliche Bearbeitung der Fälle sichergestellt sein soll, hat der Antragsteller nicht dargelegt“. Und mit dieser Wendung wird dann entschieden, dass wer Weisungen unterliegt, kein Anwalt sein kann.

III. Kritik der Entscheidung

Es ist schon erstaunlich, mit welcher Leichtigkeit sich der Anwaltssenat des BGH, der ja der Senat der Anwälte sein sollte, über alle Diskussionen zur Stellung und zur Tätigkeit von Syndikusanwältinnen hinwegsetzt und dabei die Wirklichkeit der heutigen Tätigkeiten von Syndikusanwältinnen nicht wahrnimmt. Zudem gibt es ganz erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, ob der BGH mit seiner radikalen Ansicht nicht gegen Art. 12 GG verstößt.

Und der Anwaltssenat erwähnt nicht einmal mit einem Wort, dass es nicht nur angestellte Rechtsanwältinnen in Unternehmen gibt, sondern auch in einem ganz erheblichem Umfang in Anwaltskanzleien selber, die genau den gleichen Bindungen, wenn nicht sogar engeren Bindungen unterliegen, als die Syndikusanwältinnen¹².

Aber im Einzelnen: In Deutschland hat der Syndikusanwalt eine lange Tradition, wenn man ihn als tatsächlichen Rechtsanwalt im Unternehmen versteht, also einen Anwalt, der anwaltlich für seinen Arbeitgeber tätig ist. Für die Definition dieser Tätigkeit kann man gut auf die Merkmale zurückgreifen, die die Deutsche Rentenversicherung mit ihrem Merkblatt zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI entwickelt hat und die auch mittlerweile das LSG Hessen¹³ sowie weitere Sozialgerichte¹⁴ anerkannt haben¹⁵. Danach ist ein Rechtsanwalt dann bei seinem so genannten „nichtanwaltlichen Arbeitgeber“ anwaltlich tätig, wenn er rechtsberatend, rechtsgestaltend, rechtsentscheidend und rechtsvermittelnd tätig wird¹⁶.

Alle vier Merkmale, die in dem Merkblatt der Deutschen Rentenversicherung aus dem Jahr 2005 näher erläutert werden, beschreiben sehr gut, die Tätigkeit eines Anwalts insgesamt und insbesondere auch im Unternehmen.

Und entgegen der Behauptung des Anwaltssenats ist seine Auffassung, dass ein Syndikusanwalt nicht anwaltlich für seinen Arbeitgeber tätig wird, verfassungsgerichtlich nicht abgesichert. Denn die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1992¹⁷ hat zunächst einmal nur entschieden, ob ein Rechtsanwalt neben seiner Anwaltszulassung eine weitere Tätigkeit (§ 7 Nr. 8 BRAO) ausüben darf. Für die verschiedenen Fälle waren es tatsächlich „Doppel-Berufe“ und keine anwaltliche Tätigkeiten. Das BVerfG hat aber 1992 nicht entschieden, ob dies auch für die typische Syndikusanwaltstätigkeit gilt. Darauf ist auch in der Literatur immer wieder hingewiesen worden¹⁸ und man kann heute sagen, dass die Mehrheitsmeinung in der Literatur davon ausgeht, dass der Syndikusanwalt anwaltlich tätig wird. Mittlerweile muss auch Henssler¹⁹ durchaus anerkennen, dass es erhebliche Widerstände gegen seine Ansicht und die Ansicht des BGH gibt.

Entgegen der Auffassung des Anwaltssenats ist der Wortlaut des § 46 Abs. 1 BRAO eindeutig: Der Gesetzeswortlaut geht davon aus, dass es tatsächlich den angestellten Rechtsanwalt gibt. Ansonsten würde die Formulierung des Gesetzgebers keinen Sinn machen. Der Hinweis auf die Gesetzesbegründung greift hier zu kurz.

Zudem ist das Bild, dass der BGH zeichnet, falsch. Denn den Gegensatz zwischen dem abhängigen Syndikusanwalt

und dem freien, unabhängigen Anwalt, egal ob Partner, Angestellter oder freier Mitarbeiter, gibt es so überhaupt nicht.

So stimmt schon das Bild des Unternehmensanwalts nicht, dass der BGH zeichnet²⁰. Der Syndikusanwalt ist vielfältig anwaltlich tätig, wenn er die vier oben beschriebenen Merkmale erfüllt. Warum sich alleine durch den Anstellungsvertrag daran etwas im Gegensatz zum freien Anwalt ändern soll, diese Argumentation bleibt der BGH gerade schuldig²¹. Auch die Behauptung, dass der Unternehmensanwalt aufgrund seines Vertrags besonderen Gefährdungen aufgrund des Weisungsrechts seines Arbeitgebers unterläge, kann nicht überzeugen. Prütting²² und andere weisen zu Recht darauf hin, dass hier ein falscher Vergleichsmaßstab gewählt wird. Denn zu vergleichen ist der Unternehmensanwalt nur mit dem angestellten Rechtsanwalt in einer Kanzlei. Dieser unterliegt den gleichen Gefährdungen wie der Unternehmensanwalt – und kann sich genauso gut oder genauso schlecht dagegen wehren und entsprechende Konsequenzen ziehen. Zudem wären sittenwidrige Weisungen des Arbeitgebers auch ein Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB und kein Anwalt müsste diese befolgen (was auch für Weisungen des Mandanten an seinen externen Anwalt gilt).

Auch *Beulke* hat in seiner lesenswerten Monographie „Unternehmen im Fadenkreuz – Über den Umfang anwaltlicher Privilegien von Syndici/Rechtsabteilungen im Ermittlungsverfahren“²³ deutlich gemacht, dass die Stellung des Syndikusanwalts heute anders als noch vor 10 oder 20 Jahren zu sehen ist.

Und das Bild des BGH vom im Gegensatz zum Syndikusanwalt „freien“ Anwalts stimmt nicht: Er ist als anwaltlicher Vertreter seines Mandanten genauso an die geschäftspolitischen Entscheidungen des Mandanten gebunden, und unterliegt damit Weisungen wie der im Unternehmen angestellte Rechtsanwalt. Dem externen Anwalt bleibt, wenn er diese Geschäftspolitik nicht mittragen will, nur der Weg das Mandat niederzulegen. Das der externe Berater nur reine anwaltliche Tätigkeiten und keine weiteren Beratungen vornimmt, bildet nicht mehr die Wirklichkeit ab. Wirtschaftliche Beratungen, Übernahme von Lobbyismustätigkeiten und

12 S. dazu ausführlich *Huff*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 46 BRAO Rdn. 16.

13 *Urt. v. 29.10.2009 – L 8 KR 189/08 = AnwBl 2010, 214 m. Anm. Esser*, *AnwBl 2010, 215* und *Huff*, *Kammernachrichten der RAK Schleswig-Holstein Heft 1/2011*, S. 11 ff.

14 *SG München, Urt. v. 28.4.2011 – S 30 R 148/11 u. S 30 R 1451/10*; *SG Köln, Urt. v. 5.7.2010 – S 23 R 125/09* und *Urt. v. 29.4.2011 – S 6 R 218/10*; *SG Aachen, Urt. v. 26.11.2010 – S 6 R 173/09* und *SG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2010 – S 52 R 230/09* (gegen die meisten ist die Deutsche Rentenversicherung in die Berufung beim LSG NRW gegangen).

15 S. dazu auch *Jung/Horn*, *AnwBl 2011, 209* und *Prossliner*, *AnwBl 2009, 133*.

16 Ob alle vier Merkmale kumulativ vorliegen müssen, oder ob 3 der 4 Merkmale ausreichend sind, kann hier dahin gestellt bleiben, s. dazu *Huff*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2010, § 46 BRAO Rdn. 32.

17 *BVerfGE 87, 287*.

18 S. nur *Roxin NJW 1995, 17*; *Munte*, *AnwBl 1998, 500*; *Hartung*, in: *Römermann/Hartung, Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 4. Aufl. 2008, § 46 BRAO Rdn. 21; *Kleine-Cosack*, *BRAO*, 6. Aufl. 2009, § 46 Rdn. 5 ff. in aller Deutlichkeit; *Kilger*, *AnwBl 1999, 571*; *Prütting*, *AnwBl 2009, 402*.

19 *Henssler/Prütting/Henssler*, *BRAO*, 3. Aufl. 2010, § 46 Rdn. 19 mit Fußn. 70.

20 Unklar formuliert im *Beschl. v. 21.3.2011 – AnwZ (B) 33/10 – AnwBl 2011, 497* (in diesem Heft). S. dazu *Huff*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2010, § 46 BRAO Rdn. 8 ff.

21 So zu der ähnlichen Argumentation des EuGH in dem Urteil vom 14.9.2010 anschaulich *Creutz*, *Handelsblatt* vom 30.9.2010 mit der Überschrift „Doppelmoral“.

22 *AnwBl 2009, 402*.

23 (Verlag C.F. Müller, 2009).

auch reine unternehmensberatende Tätigkeiten bieten gerade mittlere und große Sozietäten selbstverständlich an, man schaue sich nur einmal die Stellenanzeigen der großen Kanzleien und ihre Selbstdarstellungen in Büchern und auf den Internetseiten an. Und das der externe Anwalt bei einem wichtigen Mandat auch seine eigene wirtschaftliche Seite im Blick hat, ist doch eine Selbstverständlichkeit. Auch das ein lukratives Mandat nicht so ohne weiteres auf das Spiel gesetzt wird, ist die Praxis. Zudem stellt sich die Frage, wann wirklich eine unabhängige Beratung vorliegt. Ist dies noch der Fall, wenn der Rechtsanwalt nur einige wenige Mandate hat, jeder Mandatswegfall also erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen hätte? Bei welchem Umsatzanteil des einzelnen Mandats wäre die Unabhängigkeit gefährdet? Das hehre Bild des externen Anwalts, das der BGH und leider auch der EuGH²⁴ zeichnen, ist schon beeindruckend – aber leider in der heutigen Zeit oft nicht mehr zutreffend. Wolle man diesem Bild folgen, fielen viele – wichtige und notwendige – Beratungsleistungen (etwa zum Thema Compliance, Datenschutz etc.) nicht mehr unter den Schutz der vertraulichen Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant. Dies kann nicht sein und stünde auch im Widerspruch zu den Regelungen der BRAO und der BORA, aber auch des § 203 StGB. Auch ist die Frage zu stellen, was eigentlich den „unabhängigen“ Rechtsanwalt in seinem Begriff auszeichnet. War hier nicht einmal der von aller staatlichen Gewalt unabhängiger Rechtsvertreter gemeint und nicht ein von seinem Mandanten unabhängiger Rechtsanwalt, so wie Prütting es schildert²⁵?

Wenn dann noch der Vergleich mit dem angestellten Rechtsanwalt gezogen wird, der etwa nicht einmal über die Annahme eines Mandats entscheiden, der keinen Schriftsatz ohne Gegen- oder Mitzeichnungen versenden darf, der unter Umständen nur Stellungnahmen formuliert, aber keinen Mandantenkontakt hat, dann fragt man sich, wie der BGH zu seiner Betrachtungsweise kommt, die in der gezeichneten Gegensätzlichkeit nicht stimmt – wahrscheinlich nie gestimmt hat.

Und in diese schon als verzerrend wahrzunehmende Darstellung des BGH fällt auch seine Auseinandersetzung mit seinem eigenen Beschluss vom 4.11.2009²⁶. Denn hier hatte der BGH selber anerkannt, dass dann, wenn ein Syndikusanwalt weisungsfrei Mandate für seinen Arbeitgeber bearbeitet, diese als eigenständige Fälle im Sinne der FAO anerkannt werden können. Er fordert hier nur – und dies zu Recht – eine persönliche Bearbeitung durch den Anwalt. Und als weisungsfrei ist zu verstehen, dass der Anwalt eigenverantwortlich entscheiden kann, wie er einen Fall in der Rechtsabteilung, in der Personalabteilung führt. Im entschiedenen Fall 2009 hatte der BGH die Regelungen im Arbeitsvertrag überhaupt nicht problematisiert.

Hier ist wieder der Vergleich mit dem freien Anwalt zu ziehen: Auch er ist an die Weisung seines Mandanten gebunden, etwa eine einstweilige Verfügung zu beantragen oder

aber eine Abmahnung zu erteilen. Selbstverständlich nach einer entsprechenden Beratung durch den Rechtsanwalt. Es fällt schwer die Gegensätze, die hier der BGH aufbaut, zu verstehen.

Der Anwaltssenat des BGH hätte also in seinem Beschluss gut daran getan, sich intensiv mit der Stellung der Unternehmensjuristen zu befassen.

IV. Ausblick

Nachdem die Ansicht des Anwaltssenats entgegen vieler Hoffnungen wieder bestätigt worden ist, wäre es sinnvoll, dass die Anwaltschaft sich über das Bild des Unternehmensjuristen und aller angestellten Rechtsanwälte – auch im Hinblick auf die Entwicklung hin zu immer mehr Kapitalgesellschaften in der Anwaltschaft, bei denen Anwälte nicht bei Anwälten, sondern bei der AG oder GmbH angestellt sind – nachzudenken. Es wäre an der Zeit entsprechende Änderungen der §§ 45, 46 BRAO vorzunehmen und den Unternehmensanwalt als „Anwalt des Unternehmens“ mit manchen Beschränkungen²⁷ gesetzlich festzuschreiben, um die seit 1994 laufenden Diskussionen zu beenden. Das Urteil des BGH hilft hier niemandem weiter.

Gut wäre es auch, sich auf ein einheitliches Bild des Unternehmensanwalts zu verständigen. Innerhalb der Anwaltschaft sollte zudem eine Diskussion über eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Unternehmens- und externen Anwälten fortgesetzt werden²⁸, nachdem es erste Ansätze gibt. Beide sind aufeinander angewiesen, beide nehmen sich gegenseitig keine Mandate weg²⁹, beide werden in unserer Rechtsordnung benötigt. Dies auch, weil immer öfter ein Wechsel zwischen dem Syndikusanwalt und dem externen Rechtsanwalt stattfindet. Der Rechtsanwalt im Unternehmen, egal wo er tätig ist, ist Bestandteil unseres Rechtssystems und stärkt auch die Anwaltschaft in ihrem Verständnis selber.

24 Rs C-550/07 P m. Besprechung Huff, ZAP 2010, 1135; Mann/Leisinger AnwBl 2010, 776.

25 AnwBl 2009, 402.

26 AnwZ (B) 16/09 = NJW 2010, 377.

27 S. etwa OLG Frankfurt, AnwBl 2009, 452 mit der einschränkenden Auslegung des § 45 BRAO.

28 Auch die im März 2011 erfolgte Gründung des Bundesverbands der Unternehmensjuristen zeigt hier eine Entwicklung auf.

29 Unnötig polemisch leider Römermann, NJW-Editorial H.41/2010, S. 3.



Martin W. Huff, Leverkusen

Der Autor ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer Köln sowie Sprecher des Ausschusses der Syndikusanwälte im Kölner Anwaltverein. Der Autor gibt seine persönliche Auffassung wieder.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.