



Der Syndikusanwalt

In einer modernen Geschichte der Anwaltschaft ist ein besonderes Kapitel dem Syndikusanwalt zu widmen. Der Syndikusanwalt ist vergleichsweise modern, weil er erst etwa 100 Jahre alt ist. Als Rechtsanwalt teilt er die Geschichte der gesamten Anwaltschaft. Wegen der Besonderheiten der Berufsausübung konnten sich die Anwaltschaft und die sonstige Justizöffentlichkeit, die freilich insgesamt der Anwaltschaft eher uninteressiert gegenübersteht, nie vollends mit dem Syndikusanwalt versöhnen. Das liegt an Unkenntnis, „Futterneid“ der in freier Niederlassung praktizierenden Anwälte, ideologisch verklemmt formulierten Berufsbildern des Rechtsanwalts, Desinteresse der Wirtschaft, die sich oft der Bedeutung einer souveränen Rechtsberatung, wie sie gerade der Syndikusanwalt liefert, für die Unternehmensgeschicke nicht bewusst ist. Außerdem gibt es eine Resistenz der staatlichen Justizorgane und deren Justizverwalter, die im Syndikusanwalt oft einen Manipulierer der Klarheit unternehmerischer Sachverhalte sehen, was den Zugriff der Justiz auf die Unternehmen erschwere.

So gibt es zu sehr konkreten Fragen, nämlich der Berufsausübung, dem Anwaltsgeheimnis, der Altersversorgung des Syndikusanwalts, zur Frage, ob der Syndikusanwalt seine Unternehmensfälle für den Erwerb der Fachanwaltschaft gebrauchen darf, seit Jahrzehnten eine quälende dogmatische Diskussion, die teilweise groteske Züge trägt und mit einem selbstbewussten Verständnis eines freien Berufs nichts gemein hat. Der „Syndikusanwalt“ war und ist eigentlich immer umstritten mal mehr, mal weniger. Gegenwärtig gärt es wieder heftiger, weil das Rechtsmittelverfahren Akzo Nobel u.a. gegen Europäische Kommission vor dem EuGH (im Folgenden Akzo Nobel)¹ sein Ende gefunden hat. Im Urteil des EuGH wird, wie schon in den Schlussanträgen der Generalanwältin vom 29. April 2010 und im Urteil des EuG², dem Syndikusanwalt das Anwaltsgeheimnis abgesprochen, weil er, obwohl Rechtsanwalt, nicht frei von jeder dienstvertraglichen Bindung und somit nicht unabhängig sei. Das Anwaltsgeheimnis sei von vornherein für solche Rechtsanwälte nicht gedacht. Das europäische Wort ist wohl nicht vollständig auf die nationale Situation übertragbar, weil es auf das Europäische Kartellverfahren zugeschnitten ist, aber es hat Gewicht.

In der nationalen und teilweise auch in der europäischen Literatur³ hatte sich im Lauf der Zeit die Auffassung gebildet, dass jedenfalls die Anstellung des Syndikusanwalts bei einem nicht anwaltlichen Dienstherrn als solche dessen Unabhängigkeit nicht hindert. Hinter diese Ausgangsposition sind der EuGH, die Generalanwältin und der EuG zurückgefallen, so

¹Akzo Nobel Chemicals Ltd. u.a. gegen Europäische Kommission Rechtssache C – 550/07 P, Urt.v. 14.9.2010, umfangreich abgedruckt in AnwBl 2010, 796 bis 798.

² Urteil vom 17. September 2007, Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals gegen Europäische Kommission (T – 125/03 und T – 253/03, Slg. 2007, II – 3523).

³ Die Literatur zum Syndikusanwalt ist umfangreich nachgewiesen von *Henssler* in *Henssler/Prütting*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 3. Auflage 2010, § 46.

dass die endlos fruchtlose Diskussion, was denn die Unabhängigkeit des Anwalts sei, wieder neu anheben wird..

Dem Syndikusanwalt das Anwaltsgeheimnis absprechen kann man nur mit der Behauptung, er sei nicht unabhängig wegen eines bestehenden Dienstverhältnisses. Diese Behauptung hat überdies den Vorteil, dass sie kein Wort der Begründung braucht. Sie ist selfexecuting, wie der EuGH und die Generalanwältin klar erkennen.

Außerdem muss man freilich den Begriff des Rechtsanwalts neu gestalten, indem man die Gleichsetzung Rechtsanwalt und Anwaltsgeheimnis auflöst und Rechtsanwälte mit und ohne Anwaltsgeheimnis kreiert. Der EuGH und die Generalanwältin befinden sich mit diesen Verschiebungen im Begriff des Rechtsanwalts in bester Gesellschaft.⁴ Trotz klarer und eindeutiger Fixierung des Berufstyps in der BRAO geben sich die Sozialversicherungsträger damit nicht zufrieden, sondern forschen bei zugelassenen Anwälten, dem übrigen Sozialversicherungsrecht entsprechend, nach „tatsächlicher“ anwaltlicher Tätigkeit, um sie den Versorgungswerken zu entreißen. Das Sozialversicherungsrecht kennt weithin keine Berufsbilder, die das Forschen nach „tatsächlichen“ Verhältnissen erübrigen. Diese Verschiebungen im Berufsbild der Rechtsanwälte durch Dritte, die dessen gesetzliche Fixierung bis hin zur Überflüssigkeit schwächen, nimmt die Anwaltschaft kommentarlos hin.

Die durch die Entscheidung des EuGH in Sachen Akzo Nobel erneut akzentuierte Gemengelage des Syndikusanwalts soll im Folgenden aufgehellert und geordnet werden durch einige historische Hinweise, die Gesetzgebungsgeschichte, eine Skizze der dogmatischen Auseinandersetzungen und eine Geschichte der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte. Diese ist die einzige Berufsvertretung der Syndikusanwälte und hat, getragen vom Deutschen Anwaltverein mehrfach Positionen und Vorschläge zur Lösung der offenen Probleme des Syndikusanwalts vorgelegt.

I. Zur Geschichte der Institution des Syndikusanwalts

1. Allgemeine Beschreibung des Syndikusanwalts

Der Syndikusanwalt als gelebte und geläufige Institution des deutschen Rechtslebens ist zu Anfang des 20. Jahrhunderts entstanden. Diese Art der anwaltlichen Tätigkeit ist bedingt durch das Entstehen neuer großer Wirtschaftsunternehmen, die Ausbreitung der Industrialisierung, die Expansion von Banken, Versicherungen und Verbänden. Das Wirtschaftsleben wurde immer vielgestaltiger, verschränkter und differenzierter und in dieser Folge auch immer mehr verrechtlicht. Es entstand der Bedarf für Unternehmen und Institutionen, ständig kompetenten Rechtsrat zur Verfügung zu haben. Das führte zur Einführung von Rechtsabteilungen, in großen Unternehmen mit vielen oder mehreren Mitarbeitern, in kleinen Unternehmen in Gestalt eines einzigen Verantwortlichen. Natürlich ist es das Anliegen und die Aufgabe der Rechtsabteilung, für das Recht im Unternehmen und in seinen Außenbeziehungen zuständig zu sein, es für die Anwendung im und durch das Unternehmen aufzubereiten und es durchzusetzen. Entsprechendes gilt für Verbände und andere größere und kleinere Handlungseinheiten im Wirtschaftsleben. Das in der Rechtsabteilung versammelte, von ihr verlangte und von ihr ausgehende Recht ist in seiner

⁴ Ein weiteres Beispiel für die fremdbestimmte Prägung des Rechtsanwaltsbegriffs ist das Notarrecht. Danach kann zum Notar nur bestellt werden „ein in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber seit fünf Jahren, am Ort der Bestellung seit drei Jahren hauptberuflich tätiger Rechtsanwalt“ (§ 7 Abs.2 BNotO in der ab 1.5. 2011 geltenden Fassung). In § 3 Abs. 2 BNotO steht nur Rechtsanwalt.

Komplexität, Verfeinerung, temporären und anwendungsbereiten Konsistenz von außen nicht oder nur mit ganz unverhältnismäßigem Zeit- und Finanzaufwand beschaffbar. Da kompetente Auseinandersetzung mit dem Recht und seine Durchsetzung, sieht man von der Justiz, der öffentlichen Verwaltung und der Wissenschaft ab, nur dann stattfindet, wenn sie nach anwaltlicher Art und gebunden an deren seit jeher bestehenden Rechte- und Pflichtenkatalog in Angriff genommen wird, lag es nahe, dass Unternehmen und Institutionen Rechtsanwälte für die Rechtsabteilung suchten, und Rechtsanwälte in dieser Tätigkeit eine berufsausfüllende Tätigkeit erkannten. Der Syndikusanwalt war geboren.

2. Perspektiven aus Anwalts- und Wirtschaftsgeschichte

An den skizzierten wirtschaftlichen und anwaltsgeschichtlichen tatsächlichen Grundlagen hat sich bis heute kaum etwas geändert. Sie sind freilich nur abstrahiert aus den literarischen Beiträgen, in denen Aufzeichnungen zur Geschichte des Syndikusanwalts zu finden sind.⁵ Eine historische Ableitung gibt es nicht, auch nicht in den Werken zur Anwaltsgeschichte.⁶ Das ist in engerer anwaltsgeschichtlicher Sicht nicht verwunderlich. Der Syndikusanwalt ist Rechtsanwalt und eben Teil auch der geschichtlichen Entwicklung dieses Berufs. Die Besonderheiten, die im Rahmen der Gesetzgebungsgeschichte oder aus Anlass von gerichtlichen Verfahren immer wieder diskutiert werden, haben, historisch gesehen, wenig Gewicht. Sie behandeln nämlich je nach Standpunkt nur eine Modalität der anwaltlichen Berufsausübung oder eine nichtanwaltliche, rechtsberatende Tätigkeit durch einen zugelassenen Rechtsanwalt.⁷ Die Abgrenzung ist nur formell und wenig hilfreich. Materiell handelt es sich bei Anwaltsgeschichte, darin die Geschichte des Syndikusanwalts, stets um die Geschichte der effizienten, Mandanten schützenden, rechtsstaatlich gebotenen Rechtsberatung.⁸

Auf einem anderen Blatt steht, welchen Beitrag der Syndikusanwalt zur Wirtschaftsgeschichte leistet. Modernes Wirtschaften und moderne Unternehmen sind ohne verfassungsrechtlich gebotene und entfaltete rechtliche Rahmenbedingungen undenkbar. Die gestaltende sowie experimentierende Wirkung des Rechts ist allenthalben gefordert. Der Syndikusanwalt ist es, der das Recht in die Wirtschaft trägt und durch seinen rechtlichen Rat das Wirtschaftsleben mitgestaltet. Der frei praktizierende Anwalt ist mehr ein nachträglich Kollisionen vermeidender und besänftigender Akteur. Es wäre eine lohnende Forschungsaufgabe zu ermitteln, in welcher Weise eine kompetente Rechtsberatung und Rechtsgestaltung durch Syndikusanwälte das Wirtschaftsleben mitbestimmen. Welchen Stellenwert das Recht in der Wirtschaft einnimmt, wie

⁵ *Börtzler*, „Der Syndikusanwalt, Ehrengabe für Bruno Heusinger 1968, 119, 121 f.; *Skouris*, Die Diskriminierung des Syndikusanwalts aus verfassungsrechtlicher Sicht, BB 1975, 1230, 1231; *Kolvenbach*, Die Tätigkeit der Syndikusanwälte im Unternehmen und ihre Zusammenarbeit mit frei praktizierenden Anwälten, JZ 1979, 458, 459; *Prütting*, in Hommerich/Prütting, Das Berufsbild des Syndikusanwalts 1998, 27-30 (= Beilage zu AnwBl 11/ 1997, 5,6); *Neumann*, Hausanwalt oder Rechtsabteilung?, AnwBl 1987, 404, 405, vgl. auch die Hinweise zur Historie bei Henssler/Prütting, Fn.3, § 46, Rn.1-4; ferner Hassemer, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, wistra 1986, 1, 5 f..

⁶ Vgl. nur die punktuellen, knappen Hinweise bei *Ostler*, Die deutschen Rechtsanwälte 1871 – 1971, 2. Aufl.1982, 56, 194 f. 324, 350 f., 493 A 20, 393, die sich inhaltlich mehr um den „Feierabendanwalt“ drehen als um den Syndikusanwalt; ebenso gestrafft und wenig aussagend *Busse*, Deutsche Anwälte, 2010, 284 f., 548.

⁷ Sic! Beim Lesen wird der Unsinn solcher Sicht offenbar.

⁸ Wäre allgemein einsichtig, dass sich anwaltliche und nicht anwaltliche Rechtsberatung materiell nicht unterscheiden lassen, sondern unterscheidbar nur sind durch den formellen Zulassungsakt zur Rechtsanwaltschaft, auf dem anwaltliche Beratung ruht, wäre manche dogmatische und sonstige argumentative Drehung nicht nur bei den Syndikusanwälten ganz überflüssig.

kompetentes rechtliches Wägen und Argumentieren Unternehmen, Banken und Versicherungen zum Wohl der Allgemeinheit aus Wirtschafts- und Finanzkrisen heraushält. Das ist bisher, soweit ich sehe, nicht im Zusammenhang erforscht⁹ und kann auch hier nicht geschehen. Stattdessen gibt es aber einige Erkenntnisse über die tatsächlichen, wenn man so will, die soziologischen Grundlagen der Arbeit der Syndikusanwälte¹⁰. Es gibt Aussagen darüber, wer der Syndikusanwalt ist, wie er sich und seine Arbeit organisiert, was er tut. Diese Aussagen ergeben noch keine historische Linie, bilden davon aber eine Vorstufe. Sie sollen im Folgenden knapp referiert werden¹¹.

3. Zahlen

Verlässliche Zahlen über die Syndikusanwälte gibt es bisher nur aus der Studie von Hommerich/Prütting aus dem Jahr 1998¹². Diesen Zahlen liegt eine die gesamte Anwaltschaft abdeckende Strukturerhebung zu Grunde. Sie wäre jeweils, um zu neueren verlässlichen Zahlen zu kommen, erneut anzustellen, weil die Verzeichnisse der Rechtsanwaltskammern und das seit 2007 von der Bundesrechtsanwaltskammer zu führende Gesamtverzeichnis (§ 31 BRAO) die Syndikusanwälte nicht ausweisen. 1998 machten die Syndikusanwälte 6 % bis 7 % der gesamten Anwaltschaft aus. Dabei sind in den großen Städten und den Ballungszentren von Wirtschaft und Industrie¹³ höhere Prozentsätze anzunehmen.¹⁴ Die 1998 ermittelten Zahlen lagen deutlich unter den Angaben, die zuvor auf bis zu 20 % bis 30 % der Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen geschätzt wurden¹⁵. Es ist anzunehmen, dass die Zahl der Syndikusanwälte auf Grund der weiter verdichteten Rechtsberatungstätigkeit und der Intensivierung der Wirtschaft eher zugenommen als abgenommen hat. Neuere, allerdings ebenfalls geschätzte Angaben sprechen von 10 % bis 12 % als Anteil der Syndikusanwälte¹⁶. Bei 154.018 Berufsangehörigen per 1. Januar 2010¹⁷ wären demnach 15.400 bis 18.500 Syndikusanwälte in der Bundesrepublik Deutschland tätig.

4. Erkenntnisse über Status und Tätigkeit der Syndikusanwälte

a) Wer ist der Syndikusanwalt?

Die Syndikusanwälte sind durchweg in fester Anstellung tätig.¹⁸ Ihre Tätigkeit in eigener Kanzlei hält sich in engen Grenzen¹⁹. Die Syndikusanwälte sind gut ausgebildet, verfügen

⁹ Die neue Errungenschaft „Compliance“ soll neben vielem Anderen solche übergreifenden nachhaltigen Zusammenhänge stiften.

¹⁰ Hommerich, in Hommerich/Prütting, Fn. 5, 53, 107 ff.

¹¹ Die folgende Darlegung ist auf den im Unternehmen tätigen Syndikusanwalt zugeschnitten. Sie gilt indessen auch in etwa für den Syndikusanwalt im Verband. Dessen Lage ist aber oft durch das Rechtsdienstleistungsgesetz, z.B. §§ 6,7 (Drittberatung im Auftrag der Anstellungsinstanz) anders gestaltet.

¹² Vgl. Fn. 5

¹³ Diese Zentren sind nach wie vor keine Fixpunkte der Organisation von Justiz und ihr folgend der Anwaltschaft.

¹⁴ Hommerich/Prütting, Fn. 5, 19.

¹⁵ Vgl. Koch, welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe usw.?, AnwBl 1990, 577, 583 m.w. N.; Kolvenbach, Die Tätigkeit der Syndikusanwälte im Unternehmen und ihre Zusammenarbeit mit freipraktisierenden Anwälten, JZ 1979, 458 berichtet von einer Umfrage des DIHT, die am 1. Januar 1978 5.359 in Unternehmen angestellten Volljuristen, von denen 1.614 Rechtsanwälte waren. Damals gab es ca. 30.000 Rechtsanwälte. Die Bandbreite von Schätzungen und Feststellungen ist also erheblich.

¹⁶ Gaier/Wolf/Göcken – Huff, Anwaltliches Berufsrecht, Kommentar 2010, § 46 Rn. 5; Schmucker, STAR: Die Berufssituation von Syndikusanwälten, AnwBl 2003, 65.

¹⁷ BRAK – Mitt. 2010, 58.

¹⁸ Schmucker, Fn. 16, AnwBl 2003, 67.

über überdurchschnittliche gute Examina und haben eine höhere Promotionsrate als andere Anwälte. Sie verstehen sich auf dem gesamten Gebiet des Zivil- und Wirtschaftsrechts, ihrem vorgegebenen Arbeitsgebiet, eher als Generalisten denn als Spezialisten für ein bestimmtes Rechtsgebiet. Die von den Unternehmen als unabdingbar angeforderte Anwaltsfunktion, die hervorragende Know-How-Plattform, der feste, die berufliche Selbstbestimmung stimulierende Anstellungsvertrag und schließlich ein angemessenes Einkommen sind Elemente der unabhängigen Berufsausübung. Dabei ist den Syndikusanwälten trotz dieser hilfreichen Zurüstungen selbst klar, dass Unabhängigkeit entscheidend eine Frage der Persönlichkeit ist.²⁰.

b) Wie organisiert sich der Syndikusanwalt?

Der Syndikusanwalt ist bestrebt, die Rechtsabteilung oder seine Arbeit, sofern eine Rechtsabteilung wegen der Größe des Unternehmens fehlt, abgegrenzt, mit dem gebotenen Eigengewicht in Anforderungsprofil und Leistungsspektrum klar konturiert in das Unternehmen auf oder im unmittelbaren Kontakt mit der Leitungsebene zu platzieren²¹. Wichtig ist ihm, die vertraglichen und organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er eine unabhängige Rechtsberatung leisten kann. Er will der Geschäftsleitung und den nachgeordneten Abteilungen und Einheiten als jederzeit ansprechbarer Gesprächspartner zur Verfügung stehen, der frühzeitig in die Abläufe eingebunden ist und in intimer Kenntnis der Planungen und Ziele die unternehmerischen Geschicke aus der Perspektive des Rechts kreativ und verantwortungsvoll mitsteuert. Hierzu sind im Rechtsbereich z.B. das Kartellrecht, das Wettbewerbsrecht, das Gesellschaftsrecht einschließlich der steuerrechtlichen Implikationen, das Immobilienrecht, das Arbeitsrecht, das Bankrecht, das Kapitalmarktrecht, das Produkthaftungsrecht je nach unternehmerischer Bedarfslage in Breite und Tiefe abgedeckt.²² Darüber hinausgehende Rechtsberatungsbedarfe werden von den Syndikusanwälten bei frei praktizierenden Anwälten eingekauft. Dabei kommt es darauf an, diese Kooperationsbeziehungen synergetisch und problemlos zu gestalten, indem die hierfür erforderliche Organisation bereit steht²³. Große und kleine Unternehmen haben Organisationsmodelle und Arbeitshinweise für die Rechtsabteilung entwickelt,²⁴ die untereinander kommuniziert werden. Sie stehen vor allem auch bei der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte regelmäßig auf den Syndikusanwaltstagen zur Diskussion²⁵. Erst kürzlich hat die Arbeitsgemeinschaft eine Vortragsreihe „Die kleine Rechtsabteilung“ auf den Weg gebracht²⁶.

c) Was tut der Syndikusanwalt?

¹⁹ Hommerich/Prütting, Fn. 5, 20, 144 f.; vgl. auch Biermann, Der Syndikusanwalt im neuen Berufsrecht, AnwBl 1990, 420.

²⁰ Zu dem Kaleidoskop dieser Aussagen vgl. vor allem die Ermittlungen von Hommerich, in Hommerich/Prütting Fn.5, 18 – 21, 109 – 117, 156; Biermann, Fn. 19, AnwBl 1990, 423; Kolvenbach, Fn. 15, JZ 1979, 459.

²¹ Vgl. vor allem Neumann, Die Rechtsabteilung im Unternehmen, AnwBl 1991, 630 ff.; Kolvenbach, Fn. 15, JZ 1979, 459

²² Zu diesem und anderen Katalogen vgl. Hommerich, in Hommerich/Prütting, Fn. 5, 56 – 60; Kolvenbach, Fn.9, JZ 1979, 460.

²³ Näher Neumann, Fn. 5, AnwBl 1987, 404 ff.; Kolvenbach Fn. 15, JZ 1979, 461 .

²⁴ Vgl. z.B. Ulmer, Effizienzkriterien der Unternehmens-Rechtsabteilung, WiB 1996, 473.

²⁵ Vgl. die Veranstaltungslisten der Arbeitsgemeinschaft, komplett im Archiv des DAV, in Auszügen jeweils auf der Web-Seite der AG: www.syndikus-anwaelte.de

²⁶ Michael Scheer (Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte) u.a. in regelmäßigen Veranstaltungsankündigungen.

Der Syndikusanwalt berät sein Unternehmen in allen rechtlichen Angelegenheiten und gestaltet die Unternehmensgeschichte mit. Er verhandelt. Dabei ist seine Arbeit vorausschauend und vorsorgend konzipiert. Es geht um das Erkennen und Vermeiden problematischer rechtlicher Konstellationen, die vorweggenommene Konfliktlösung ebenso wie die Beseitigung entstandener Konflikte mit allen in Betracht kommenden Streiterledigungsmitteln bis hin zum Prozess. Dazu muss er sich kundig machen, um die jeweils sinnvollste Bereinigung vielfach unter Hinzuziehung externen Anwaltsrats in Angriff zu nehmen. Aus seiner intimen und unverzichtbaren Erkenntnis des Unternehmens kann er die Konfliktherde bestens für die rechtliche Beurteilung aufbereiten, und, so es nötig ist, nach außen gegenüber externen Anwälten und Streiterledigungsgremien präsentieren. Der Syndikusanwalt wacht auch im Ganzen über die Rechtskonformität der Gestalt, der Struktur und der Arbeit des Unternehmens. Er ist insoweit dessen (rechtliches) Gewissen und Wahrer der Unternehmenskultur.²⁷ Neuerdings hat dieser Aspekt eine weit über das Rechtliche hinausreichende Dimension in Gestalt der „Compliance“ gewonnen²⁸. Diese strebt durch organisatorische, inhaltliche und kontrollierende Maßnahmen danach, das Unternehmen komplett mit allen rechtlichen, auch ethischen, naturwissenschaftlich-technischen, finanzwirtschaftlichen und steuerlichen je unternehmensbezogenen Anforderungen innerlich und äußerlich in Übereinstimmung zu bringen. Das ist eine geborene Aufgabe, die der Syndikusanwalt in leitender, nicht in allen Details ausführender Funktion übernehmen sollte.

II. Gesetzgebungs- und Diskussionsgeschichte

1. Begriffliches

Das Wort „Syndikusanwalt“ ist in den in Deutschland jeweils geltenden Rechtsanwaltsordnungen von 1878 bis heute nicht enthalten. Nur im Rechtsanwaltsgesetz vom 13. September 1990 für die ehemalige DDR (RAG)²⁹ fand sich in § 41 eine Regelung für die Syndikusanwälte, die aber im Zuge der Rechtsangleichung zusammen mit dem Rechtsanwaltsgesetz selbst am 9.9.1994 (Berufsrechtsreform) obsolet wurde.³⁰ Die Vorschrift definierte die Syndikusanwälte als Rechtsanwälte, die nicht als Beamte oder im öffentlichen Dienst, sondern arbeitsvertraglich tätig sind (Abs. 1), verlangte die ausdrückliche Zustimmung des Dienstherrn sowie eine vom Ort des Arbeitsverhältnisses getrennte Kanzlei (Abs. 2, 3) und schloss in Abs. 4 mit dem Vertretungsverbot vor Gerichten und Schiedsgerichten in der damaligen Fassung des § 46 BRAO. In den bis 1987 verwendeten Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts war das Wort „Syndikusanwalt“ in § 40 Abs. 2 Satz 2 enthalten, mit der Maßgabe, dass der Syndikusanwalt das Wort nicht im Schriftverkehr für einen Dienstherrn gebrauchen dürfe.³¹

²⁷ Vgl. dazu und zu den vorangegangenen Ausführungen besonders *Kolvenbach*, Der Syndikusanwalt und das Anwaltsrecht, Festschrift Quack, 1991, 715, 722; *Neumann*, Fn. 21, AnwBl 1991, 630-633; *Hommerich* in *Hommerich/Prütting* Fn. 5, 87-93.

²⁸ Vgl. dazu z.B. *Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645; *Göpfert/Mertens/Siegrist*, Mitarbeiter als Wissensträger (Compliance), NJW 2008, 1703; für die Tätigkeit der AG der Syndikusanwälte auf diesem Gebiet *Hamacher*, Compliance: Was machen Bosch und Siemens?, AnwBl 2010, 498, vgl. auch *Hommerich*, Professionals in Organisations – oder: Vom Sinn des Syndikusanwalts, AnwBl 2009, 406, 408; *Klindt*, Nichtbörsliches Compliance- Management als zukünftige Aufgabe der Inhouse-Juristen, NJW 2006, 3399 f.; *Dann*, Compliance Untersuchungen: Herausforderung für den Syndikus, AnwBl 2009, 84 ff.

²⁹ GBl I Nr. 61 S. 1504, Becksche Textausgabe BRAO, RAG 1992 Nr. 3, 105.

³⁰ *Busse*, Fn. 6, 520

³¹ *Prütting*, Berufsbild Beilage, Fn. 5, 5.

Der „Syndikusanwalt“ ist eine eigene Wortprägung, die (griechisch: syndikein) das Zusammen-(mit dem Mandanten) Für- und Vorsprechen der anwaltlichen Tätigkeit aufgreift. Im angelsächsischen Raum entspricht dem, auf Wirtschaftsunternehmen bezogen, der corporate lawyer, in – house counsel oder company lawyer.³² Die Begrifflichkeit des Syndikusanwalts ist nicht eindeutig, der Bereich des Syndikusanwalts reicht über die Tätigkeit im Unternehmen hinaus und erfasst z.B. auch die Tätigkeit in Verbänden. Kern des Begriffs ist die Bindung des Rechtsanwalts, der Syndikusanwalt ist, in einem Dienstverhältnis. Man definiert also zweckmäßig. Der Syndikusanwalt ist ein Rechtsanwalt, der seiner beruflichen Tätigkeit in einem regelmäßig durch Dienstvertrag (Anstellungsvertrag) geordneten Beschäftigungsverhältnis mit einem ständigen Auftraggeber nachgeht³³.

2. Gesetzliches bis 1959

In der RAO von 1878 findet sich keine Regelung zum Syndikusanwalt.³⁴ Die von Henssler³⁵ als mittelbare Regelung herangezogenen Versagungsgründe für die Zulassung (§ 5 Abs. 4 RAO, heute § 7 Nr. 8 BRAO) betreffen nicht nur den Syndikusanwalt, sondern jeden Rechtsanwalt. Es geht hier um Inkompabilitäten mit der anwaltlichen Tätigkeit. Der Syndikusanwalt, der Rechtsberatung im Unternehmen betreibt, übt nun gerade keine mit der anwaltlichen Arbeit unvereinbare Tätigkeit aus. Das ist anders bei einem Syndikusanwalt, der im Unternehmen kaufmännische oder organisatorische Aufgaben erfüllt. Er ist ein Zweitberufsanwalt und sollte nicht Syndikusanwalt heißen. Die Begrifflichkeiten sind nach wie vor unscharf und nicht geklärt. Der Begriff „Syndikusanwalt“ könnte sogar entbehrlich sein, wenn man ihn als das sieht, was er in der Realität (freilich nicht in der Dogmatik) ist, nämlich ein Rechtsanwalt, der seinen Beruf in einer bestimmten Modalität ausübt. Von solchen Modalitäten der Berufsausübung gibt es in der Anwaltschaft inzwischen viele, z.B. den Anwalt, der allein oder in kleiner Sozietät oder in einer großen oder internationalen Sozietät arbeitet, den Anwalt, der in einer sog. Boutique oder hoch spezialisiert wirkt. Diese Varianten unterscheiden sich vom „herkömmlichen“ Berufsbild ebenso viel oder ebenso wenig wie der Syndikusanwalt. Sie lassen sich alle aber nach wie vor in einem konsentierten Selbstverständnis des Berufs, das auf die Höhe der Zeit fortentwickelt ist, erfassen.³⁶ Modalitäten begründen keine Inkompabilitäten.

Nachdem sich der Syndikusanwalt als Anwaltstypus nach dem Ersten Weltkrieg durchgesetzt, und auch die Ehrengerichte ihn anerkannt hatten, kam es in den 30-iger Jahren des vergangenen Jahrhunderts zu der Berufsausübungsregelung, die im Kern durch § 46 BRAO bis heute gilt. Im Vorfeld der gesetzlichen Regelung wurde diskutiert, die Rechtsprechung der Ehrengerichte schwankte³⁷. Die Erörterungen kreisten um die Fragen,

³² Henssler, in Henssler/Prütting, Fn.3, § 46 Rn. 53; näher: Kolvenbach, Die Rechtsstellung der Syndikusanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, AnwBl 1987, 211 ff. mit einem Überblick über die Lage in den europäischen Ländern.

³³ Hamacher, Der Syndikusanwalt, DAV-Ratgeber 2008, 193; ähnlich Henssler, in Henssler/Prütting, Fn.3, § 46 Rn. 1, der aber zu unrecht schon Elemente der sog. Zwei-Berufe-Theorie in die Definition aufnimmt; vgl. ferner Huff, Fn. 16, Rn. 3; Kleine-Cosack, Syndikusanwälte zwischen Tabuisierung und Legitimierung, BB 2005, 239 m.w.N.

³⁴ Zur Geschichte im Überblick Börtzler, Fn. 5, 119, 121 bis 123; Isele, Bundesrechtsanwaltsordnung 1976, § 46 I; Bissel, Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit 1996, 22 ff.

³⁵ Henssler, in Henssler/Prütting Fn. 3, Rn. 2

³⁶ Vgl. nur Rabe, Vom regulierten Prozeßagenten zum selbstbestimmten Dienstleister, AnwBl 2004, 65, 68,

70

³⁷ Nachweise bei Börtzler, Fn. 5, 119, 121, 124

ob man in einem Unternehmen auf der Basis einer festen Anstellung überhaupt anwaltlich arbeiten dürfe, wie es sich mit der dem Anwaltsbild zugewiesenen Unabhängigkeit verhalte, ob nicht die wirtschaftliche Not der Anwaltschaft es gebiete³⁸, „den Syndikusanwalt“ nicht zu gestatten. Das wird mit kleineren, hinzugetretenen Arabesken bis heute besprochen. Es setzte sich die Auffassung durch, dass ein Anstellungsverhältnis mit dem Anwaltsberuf vereinbar sei.³⁹ Schon früh war klar, dass der Anwalt für das Unternehmen, das ihn angestellt hatte, keine Prozesse führen dürfe.⁴⁰ Im Übrigen konnte der Anwalt im Unternehmen auch anwaltlich wirken. Da anwaltliche Tätigkeit damals im Wesentlichen als Prozessführung und Prozessvorbereitung angesehen wurde, war das Konkurrenzproblem (wirtschaftliche Not) entschärft. Gerechtfertigt wurde die dem Syndikusanwalt auferlegte Beschränkung mit der ihm aufgrund des Dienstvertrags angeblich fehlenden Unabhängigkeit. Verständlich. Für Einschränkungen der Berufsfreiheit braucht man gemeinwohlrelevante Erwägungen. Die Zielrichtung war es, den Syndikusanwalt „faktisch“ zu verbieten, indem man ihm die damals klar dominierende anwaltliche Arbeit untersagte. Die beratende Tätigkeit der Rechtsanwälte steckte noch in den Kinderschuhen; sie war aber gerade die Domäne der Syndikusanwälte.

Durch Gesetz vom 20. 12. 1934⁴¹ wurde die Rechtsanwaltsordnung in dem Punkt der Syndikusanwälte geändert. Diese Änderung wurde dann nach Paragraphenumstellung von § 31 auf § 32 in die Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21. 2 1936 übernommen⁴². Im Zuge der Vorschriften zur Inkompabilität heißt es seitdem in § 32 der Reichsrechtsanwaltsordnung nach den Versagungsgründen: pflichtwidrige Handlung(Ziff.1), widerstreitende Interessen (Ziff.2), vorherige Richtertätigkeit (Ziff.3) in Abs. 2 ganz unsystematisch: „In bürgerlichen Streitverfahren einschließlich schiedsgerichtlicher Verfahren, in Strafsachen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat der Rechtsanwalt ferner seine Berufstätigkeit als Prozessbevollmächtigter zu versagen, wenn er zu seinem Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht.“⁴³

Die Vorschrift wurde nach dem Zweiten Weltkrieg unverändert in die Rechtsanwaltsordnung für die Britische Zone übernommen.⁴⁴ Die Bundesländer lösten die Problematik des Syndikusanwalts uneinheitlich.⁴⁵ Rechtseinheit gab es erst 1959 durch § 46 BRAO, der das Prozessführungsverbot in eine Regelung der Berufsausübung fasste, die von den allgemeinen Versagungsgründen abgekoppelt war.⁴⁶ Obwohl es den Syndikusanwalt schon längst gab, kann man dennoch in § 46 BRAO die Anerkennung der Institution des Syndikusanwalts sehen.⁴⁷

³⁸ Seit 1911 erschallte stets der Ruf nach einem numerus clausus *Gaier/Wolf/Göcken-Wolf*, Fn. 16, Einl. Rn. 82; vgl. im übrigen *Tornier*, Der Syndikus-Rechtsanwalt, JW 1935, 2340, 2341 (die teilweise nationalsozialistische Grundierung des Beitrags entwertet ihn in dieser Sache nicht): vgl. auch EGH, Urt. v. 28. 11. 1925 E Bd XX, 13, 16 – auch heute ist das noch ein Thema vgl. *Haas*, Tellermine, BRAK-Mitt. 1993, 1; *Redeker*, der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt, NJW 2004, 889; *Kolvenbach*, Der Syndikusanwalt und das Anwaltsrecht, FS Quack 1991, 715, 718

³⁹ *Ostler*, Fn. 6, 56 f., 256; *Bissel*, Fn. 34, 26; EGH, Urt. v. 6. 11.1926, E Bd. XX, 15, 18.

⁴⁰ *Börtzler*, Fn. 5, 119, 121; *Bissel*, Fn. 34, 22.

⁴¹ RGBI 1934 I, 1258, zit. nach *Henssler*, in *Henssler/Prütting* Fn. 3, § 46 Rn. 2 Fn. 8.

⁴² *Henssler*, a.O. Fn. 41, Fn. 12, Fn. 9; *Isele*, Fn. 34, § 46 I B; *Bissel*, Fn. 34, 23.

⁴³ Text nach *Noack*, Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl. 1937, 132; *Isele*, Fn. 34, § 46 I B.

⁴⁴ *Isele*, Fn. 34, § 46 I C; *Börtzler*, Fn.5, 119.

⁴⁵ *Börtzler*, Fn. 5, 119, 122 m.w.N.; vgl. auch *Henssler*, in *Henssler/Prütting* Fn. 3, § 46 Rn. 3; *Bissel*, Fn. 34, 23, 24.

⁴⁶ anders *Huff*, Fn. 16, Rn. 1; die dort genannten Vorschriften 7, 14, 45 der BRAO gelten für alle Rechtsanwälte; s. hierzu auch *Bissel*, Fn. 34, 131.

⁴⁷ *Börtzler*,Fn. 5, 119, 123; vgl. zur Entstehungsgeschichte von § 46 BRAO BT-Drucks. 3/120 vom 8.1.1958, S. 77, li. Sp. (= Begründung zu § 58 – heute § 46 – des Entwurfs einer Bundesrechtsanwaltsordnung)

3. Von 1959 bis 1994

a) Überblick

Das in der Vor- und Nachkriegszeit entwickelte Prozessführungsverbot des Syndikusanwalts für den ständigen Dienstherrn formuliert die Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959⁴⁸ in § 46 folgendermaßen: „Der Rechtsanwalt darf für einen Auftraggeber, dem er aufgrund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und –kraft überwiegend zur Verfügung stellen muss, vor Gerichten oder Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden.“ Aus dem Text ist eine mittelbare Anerkennung⁴⁹ des Syndikusanwalts zu entnehmen, denn wenn es nicht gibt, dem braucht man nichts zu verbieten. Die Norm vermeidet den Begriff und enthält gegenüber § 32 Reichsrechtsanwaltsordnung außer dem Wort „überwiegend“ keine neuen Aspekte. Das Wort „überwiegend“ soll darauf hindeuten, dass dem weniger – als – 50% - Syndikusanwalt auch die Prozessführung für seinen Dienstherrn als Rechtsanwalt gestattet sein soll.⁵⁰ Erstaunlich ist, dass die doch recht inhaltlose⁵¹ Norm bis 1994 und eigentlich bis heute regiert. Die Berufsrechtsreform 1994 brachte nichts Neues, sondern neues Verwirrtes. Bemerkenswert sind die andauernden Rechtsprechungs- und Literaturvolumina, die dennoch keine plausiblen Erklärungen und Ergebnisse gezeitigt haben. Sie umranken, ohne wirkliche Stütze im Wortlaut des Gesetzes, den § 46 BRAO wie die Hecke das Dornröschen, dem das Akzo- Urteil des EuGH aus September 2010 ein weiteres Schlafmittel verabreicht hat. Das ist so, weil der Gesetzgeber und große Teile der Anwaltschaft nicht wollten, was sie sollten. Man kann an der Zweitberufsfreiheit des sog. Volljuristen zur Rechtsanwaltschaft nicht rütteln, deklariert den Syndikusanwalt zum Zweitberufler, der er nun gerade nicht ist. In dieser Konstellation darf der Syndikusanwalt im Unternehmen zwar wirken, aber eben nicht anwaltlich, was zu der erhofften Zurückdrängung des Syndikusanwalts führen soll. So manövrierte man sich in eine unwirtschaftliche Lage, in der nichts klar ist, aber stets Anlass, sich trefflich zu streiten.⁵² Warum der Syndikusanwalt nicht gewollt ist, bleibt, abgesehen von irrelevanten Gründen des Konkurrenzschutzes, unklar. Denn es gibt inzwischen eine große Zahl von Rechtsanwälten, die beschäftigungsgleich mit Syndikusanwälten in Kanzleien tätig sind. Die Zahl nimmt ständig zu.⁵³ Es soll unter dem Segel einer freilich missverstandenen Unabhängigkeit um das „reine“ Anwaltsbild gehen, das sich freilich deutlich verändert hat⁵⁴

b) § 46 BRAO: Wortlaut

Der Wortlaut des § 46 BRAO ist klar. Er handelt nicht von der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Hierfür ist im hier diskutierten Sachbereich, wie für alle Rechtsanwälte, § 7 Nr. 8 BRAO maßgebend. § 46 BRAO beschränkt die Berufsausübung des Syndikusanwalts und lässt dessen Qualifikation als Rechtsanwalt unberührt. Wäre der

⁴⁸ BGBl I 1959, 565.

⁴⁹ *Brandt*, Der Syndikusanwalt, NJW 1961, 360; *Prütting*, Die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts, AnwBl 2009, 402.

⁵⁰ *Bissel*, Fn. 34, 24, 25; vgl. *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 26.

⁵¹ *Prütting*, in *Hommerich/Prütting*, Fn. 5, 32.

⁵² Vgl. *Prütting*, Fn. 49, AnwBl 2009, 402 ff.; *Redeker*, Fn. 38, 889 ff.

⁵³ Vgl. *Redeker*, Fn. 38, 889, 890; *Hommerich/Kilian*, Strukturwandel und wirtschaftliche Situation der Anwaltschaft, AnwBl 2010, 277; im Überblick zu angestellten Rechtsanwälten in der Kanzlei siehe auch *Eggert*, BRAK- Mitt. 2010, S. 2 ff.

⁵⁴ Vgl. nur *Hommerich/Kilian*, Fn. 53, 277: Die neuen Tendenzen und der Strukturwandel signalisieren „eine deutliche Veränderung des Berufsbild der Anwälte, das bislang stark durch Freiberuflichkeit im Sinne einer selbständigen Tätigkeit in eigener Kanzlei geprägt war.“; vgl. auch *Prütting*, Beilage Berufsbild, Fn. 5, 7.

Syndikusanwalt in seiner Tätigkeit für den Dienstherrn nicht Rechtsanwalt, gäbe es die in § 46 BRAO angenommene Regelungskompetenz nicht. Grundlage für das Prozessführungsverbot für den ständigen Auftraggeber, gegen das erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden⁵⁵, ist die dem Syndikusanwalt wegen des Dienstvertrags angeblich fehlende Unabhängigkeit im Vergleich zu dem in freier Praxis tätigen Rechtsanwalt. Das Kriterium wird außerdem dazu benutzt, dem Syndikusanwalt contra legem die Qualifikation als Anwalt im Dienstverhältnis mit dem Auftraggeber zu versagen. Das Verbot wirkt als faktische Zugangssperre zum Beruf, obwohl die im § 7 Nr. 8 angesprochene „Unabhängigkeit“, die seit 1994 als Kompatibilitätsregel an die Stelle des „Ansehens der Rechtsanwaltschaft“ getreten ist, gerade keine generelle Voraussetzung für die Zulassung ist, schon gar nicht in der stereotyp aufgerufenen Kombination mit dem Dienstvertrag des Syndikusanwalts. Das kann im Einzelfall einmal so sein. Ist die Zulassung des Syndikusanwalts zur Rechtsanwaltschaft erfolgt, gibt es aus § 46 keinen Grund, ihm die Tätigkeit als Rechtsanwalt für einen ständigen Auftraggeber zu versagen.⁵⁶

c) § 46 BRAO: Interpretationsgrundlagen

Diese klare Rechtslage wird allerdings auch unter der Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959 von der Rechtsprechung und Teilen der Lehre nicht geteilt.⁵⁷ Sie haben Interpretationsgrundlagen⁵⁸ entwickelt, die auf der Grundlage der „gedanklichen Voraussetzung des Syndikusanwalts“ in § 46 BRAO⁵⁹ dessen Status und Bild fixieren. Dazu gehört insbesondere die sog. Doppelberufstheorie⁶⁰. Ansatz für die Interpretationsgrundlage ist das Berufsbild 1959, das sich freilich nicht in der BRAO findet. Das Gesetz definiert weder ein Berufsbild noch die anwaltliche Tätigkeit. Es beschreibt den Rechtsanwalt nur in einigen Elementen, nämlich als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO), als Angehörigen eines freien und eben nicht gewerblichen Berufs (§ 2 BRAO). Als weiteres tritt hinzu die Beschreibung als berufener unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1, 2 BRAO), welche letzterer Charakterisierung die Zuerkennung an den Bürger korrespondiert, jederzeit nach freier Wahl einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragen zu dürfen. Dieses Wahlrecht des Bürgers enthält selbstverständlich die Option, auch den in eigenen Diensten stehenden Rechtsanwalt zu benennen, zu dem eine von Vertrauen getragene Basis von vornherein besteht, also nicht erst wie zu dem frei praktizierenden Rechtsanwalt aufgebaut werden muss..

d) Berufsbild 1959

Das Berufsbild 1959 ist aufgerufen in den Gesetzesmaterialien zur Bundesrechtsanwaltsordnung. Zum „allgemeinen Berufsbild“ wird darin festgehalten, dass der „Rechtsanwalt als solcher in der Beratung und Vertretung unabhängig und objektiv sein (muss)“⁶¹ Mehr nicht. Dann heißt es zum Fragenkreis des Syndikusanwalts: „In den letzten Jahrzehnten ist nicht mehr in Zweifel gezogen worden, dass der Syndikusanwalt Mitglied der Anwaltschaft sein kann. Hiervon geht auch der vorliegende Entwurf aus. Es

⁵⁵ Vgl. *Kleine-Cosack*, Kommentar zur BRAO, 6. Aufl. 2009, § 46 RN. 5, 9; *Skouris*, Fn. 5, 1230, 1233, 1234.

⁵⁶ BGHZ, 33, 276 ff.

⁵⁷ Siehe die Nachweise bei Henssler, in Henssler/Prütting, Fn. 3, § 46 Rn. 19

⁵⁸ Zum Wort siehe *Henssler*, in Henssler/Prütting Fn. 3, § 46 vor Fn. 11.

⁵⁹ *Kleine-Cosack*, Fn. 55, § 7 Rn. 66

⁶⁰ BGHZ 33, 276 ff.

⁶¹ BT Drucks. 3/120 vom 8.1.1958, S. 57 (= Begründung zu § 19 Nr. 8, jetzt § 7 Nr. 8, des Entwurfs einer Bundesrechtsanwaltsordnung).

handelt sich jetzt lediglich darum, die Grenze zwischen dem Dienstverhältnis des Syndikus und seiner anwaltlichen Tätigkeit zu ziehen⁶²..... „Der Syndikusanwalt entspricht bei seiner Tätigkeit als Syndikus für seinen Dienstherrn nicht dem allgemeinen anwaltlichen Berufsbild, wie es in der Vorstellung der Allgemeinheit besteht. In das Berufsbild des Anwalts, das sich von ihm als einem unabhängigen Organ der Rechtspflege geformt hat, lässt sich nur die Tätigkeit einfügen, die der Syndikus als Anwalt außerhalb seines Dienstverhältnisses ausübt. Dagegen sind bei der Tätigkeit, die er als Syndikus für seinen Dienstherrn leistet, die typischen Wesensmerkmale der freien Berufsausübung, die das Bild des Rechtsanwalts bestimmen, nicht gegeben ...Die Scheidung zwischen beiden Aufgabenbereichen, in denen der Syndikusanwalt in seiner Doppelstellung tätig wird, ist im Interesse der geordneten Rechtspflege insbesondere dann beizubehalten, wenn er vor Gericht auftritt“.⁶³ Nach dieser, später so genannten Doppelberufstheorie⁶⁴ übt der Syndikusanwalt zwei voneinander geschiedene Berufstätigkeiten aus. Für Mandanten, die ihm als frei praktizierender Rechtsanwalt zuwachsen, arbeitet er als solcher. Für den durch ein Dienstverhältnis mit ihm verbundenen ständigen Auftraggeber bleibt er zwar auch Rechtsanwalt, wird aber für ihn nicht als Anwalt tätig, sondern, wie es seit 1994 in § 46 Abs.2 BRAO heißt als „sonstiger Berater“. Das ist nach dieser Theorie auch dann so, wenn der als sonstiger Berater fingierte Syndikusanwalt genau das tut, was ein Rechtsanwalt treibt, nämlich Rechtsberatung und Rechtsgestaltung⁶⁵. Wir haben also einen Rechtsanwalt vor uns, der im genuinen Arbeitsbereich eines Rechtsanwalts dennoch nicht anwaltlich arbeitet. Das ist schon kurios, wenn nicht gar abwegig.⁶⁶ Die wegen der kritisierten Theorie kompliziert verwickelten Tätigkeitsbereiche des ausgreifenden Syndikusanwalts sind schwer zu durchschauen⁶⁷.

e) Befestigung des Berufsbilds 1959 und Reformüberlegungen

Dieses Konzept liegt bis heute der Rechtsprechung des BGH zugrunde. Es wird ohne jede Begründung außer dem unreflektierten Hinweis auf die Unabhängigkeit bis in das Gesetzgebungsverfahren 1994 verfolgt. Bei einzelnen Fragen der Berufsausübung (Anwaltsgeheimnis, Berufspflichten, Fachanwaltschaften) hat es freilich Retuschen gegeben, weil die Widersprüche und Ungereimtheiten im theoretischen Gebäude zu offensichtlich waren.

Zwischen 1950 und 1960 gab es mangels eines bundeseinheitlichen Anwaltsrechts auch keine oberstgerichtliche Rechtsprechung⁶⁸. Seit 1960 hat dann der Anwaltssenat des BGH eine umfangreiche Rechtsprechung entfaltet. Darin bilden die Entscheidungen zum Zweitberuf und der damit oft fälschlich verbundenen Problematik des Syndikusanwalts einen Schwerpunkt⁶⁹. Diese Rechtsprechung auf der Grundlage der Doppelberufstheorie⁷⁰, soweit es den Syndikusanwalt betraf, versuchte die generalklauselartigen Formulierungen in § 7 Nr. 8 BRAO „Vereinbarkeit mit dem Beruf“ und „Ansehen der Rechtsanwaltschaft“ (Gesetzesfassung bis 1994) für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu konkretisieren.

⁶² BT Drucks. 3/120, Fn. 61, S. 77 li. Sp. (=Begründung zu § 58 jetzt § 46, des Entwurfs)

⁶³ BT Drucks. 3/120, Fn. 61, S. 77 re. Sp. (=Begründung zu § 58, jetzt § 46 des Entwurfs)

⁶⁴ S. Fn. 60 sowie *Henssler*, in *Henssler/Prütting* Fn. 3, § 46 Rn. 11.

⁶⁵ BGHZ 33, 276, 279.

⁶⁶ Es ist eben nicht so, wie die Gesetzesmaterialien meinen, dass eine anwaltliche Tätigkeit im Anstellungsverhältnis nicht möglich ist. Wieso nicht? Die Behauptung ist Fiktion ohne Begründung und lebensfremd.

⁶⁷ Vgl. *Henssler* in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 20, 21

⁶⁸ Vgl. *Prütting*, *Anwaltliches Berufsrecht*, FS Fünfzig Jahre Bundesgerichtshof, 2000, 839, 841.

⁶⁹ Vgl. *Prütting*, Fn. 68, 844.

⁷⁰ BGH NJW 1961, 219 = BGHZ 33, 276.

Dabei entwickelte sie später starr angewandte Kriterien, wie „gehobene Stellung“⁷¹, „Willen zur Berufsausübung und Möglichkeiten dazu“⁷², keine „kaufmännisch-gewerbliche Tätigkeit“⁷³, „GmbH-Geschäftsführer“⁷⁴.

In der Zweitberufsentscheidung⁷⁵ hat das Bundesverfassungsgericht 1992 diese Rechtsprechung zu großen Teilen verworfen und festgehalten, dass eine Unvereinbarkeit des Zweitberufs nur vorliege, wenn die Ausübung des Anwaltsberufs faktisch unmöglich sei und Tätigkeiten im Zweitberuf ausgeübt würden, die zu Interessenkollisionen führen (Makler, Versicherungsagent). Deshalb findet sich auch in dieser Entscheidung keine Auseinandersetzung mit der Doppelberufstheorie. Das Zweitberufsurteil berührt die Syndikusanwälte nach richtiger Auffassung im Kern nicht, da sie den Anwaltsberuf anstreben und nach ihrer Zulassung auch Anwälte sind. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass sich auch das Bundesverfassungsgericht auf dem Boden der Doppelberufstheorie bewegt⁷⁶.

Ungeachtet des vom BGH vertretenen Konzepts war es in der Literatur weitgehend anerkannt, dass der Syndikusanwalt auch für die Tätigkeit im Dienstverhältnis den Berufspflichten unterlag⁷⁷ und für ihn die Anwaltprivilegien gelten. Der Syndikusanwalt genieße im Mandatsverhältnis mit dem ständigen Auftraggeber das Zeugnisverweigerungsrecht⁷⁸ und das Beschlagnahmeprivileg⁷⁹. Diese Rechtsauffassung, die sich mehr und mehr durchsetzte, hatte sich aus der Überlegung entwickelt, dass der Syndikusanwalt auf dem außergerichtlichen Feld durchaus für den ständigen Auftraggeber als Rechtsanwalt arbeite, denn § 46 BRAO verbot ihm nur die forensische Betätigung.⁸⁰ Es versteht sich, dass die Position vor allem auch von den Syndikusanwälten selbst, aufgrund ihrer Erfahrungen in den Unternehmen entwickelt und vertreten wurde⁸¹.

f) Reformvorschlag des DAV und der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte

Die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die zur Neugestaltung des anwaltlichen Berufsrechts führten, haben an der Position der Syndikusanwälte nichts geändert. Sie ergab sich nicht aus den 1987 (BVerfG AnwBl 1987, 598 ff.) als Rechtsquellen für unanwendbar erklärten Richtlinien, sondern sie beruht auf dem Gesetz selbst. Auch die Zweitberufsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die Syndikusanwälte allenfalls mittelbar berührt, denn sie befasst sich mit Inkompabilitäten (§ 7 Nr. 8 BRAO) bei denen der Syndikusanwalt genauso wie jeder andere Anwalt ins Spiel

⁷¹ BGH BRAK – Mitt. 1981, 410.

⁷² BGH AnwBl 1980, 380; BGH BRAK Mitt. 1984, 1994

⁷³ BGH AnwBl 1980, 268; BGH AnwBl 1981, 410

⁷⁴ Vgl. *Brandi*, Fn. 49, 360; *Prütting*, Fn. 68, 844, 856; *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 5 ff.; *Kleine-Cosack* NJW 1994, 2249, 2250, 2254; *Kolvenbach*, Fn. 38, 715, 716; *Pfeiffer*, *Der Syndikusanwalt in der Rechtsprechung*, FS Oppenhoff 1985, 249, 253 ff.

⁷⁵ BVerfG AnwBl 1993, 120 bis 129.

⁷⁶ *Prütting*, *Berufsrechtsbeilage*, Fn. 5, 9

⁷⁷ *Kleine-Cosack*, Fn. 55, § 46 Rn. 3, § 7 Rn. 7; BGHZ 33, 219; *Redeker*, Fn. 38, 890 m.w.N.; vgl. dazu mit Nachweisen für und gegen *Henssler*, Fn. 3, § 46 Rn. 14 bei Fn. 61.

⁷⁸ *Roxin*, *Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts*, NJW 1992, 1129 ff.; *Prütting*, *AnwBl* 2001, 313, 315.

⁷⁹ *Roxin*, *Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung*, NJW 1995, 17 ff.

⁸⁰ Vgl. *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 2, 5; *Hassemer*, *Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts*, *Wistra* 1986, 1 ff.; *Prütting*, *Beilage Berufsrecht*, Fn. 3, 9 m.w.N.

⁸¹ vgl. nur *Kolvenbach*, Fn. 28, *Festschrift Quack* 1991, 715 m.w.N.

kommt.⁸² Schon zuvor und vor allem im Hinblick auf die aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche und vorbereitete Berufsrechtsreform hatte die Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV im Auftrag des DAV einen Gesetzgebungsvorschlag erarbeitet, den der DAV im Gesetzgebungsverfahren für die Berufsrechtsreform 1994 vorgetragen hat.⁸³

Dieser Vorschlag sollte die Position der Syndikusanwälte in Übereinstimmung mit der weit verbreiteten Meinung in der Literatur durch eine Neufassung des § 46 BRAO so klarstellen, dass der Syndikus auch im ständigen Dienstverhältnis als Anwalt tätig wird, allerdings nicht vor Gericht auftreten darf⁸⁴. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtspflege sollte der Standort des Syndikusanwalts klarer definiert und die Integration der Syndikusanwälte in die Anwaltschaft gefördert werden. § 46 BRAO sollte in der Neufassung lauten: „Der Rechtsanwalt, der seinen Beruf in einem ständigen Dienst – oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis ausübt, darf für seinen Auftraggeber vor Gerichten oder Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden.“ Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass das Anstellungsverhältnis als solches das Postulat anwaltlicher Unabhängigkeit nicht berühre. Sie könne im Dienstverhältnis garantiert werden und sei durch das Berufsrecht, das insoweit das Dienstrecht verdränge, geschützt. Weisung mit Bezug auf den zu erteilenden Rechtsrat sei, da in Widerspruch zur BRAO stehend unverbindlich. Rechtswidrige Weisungen verbiete außerdem das Dienstrecht. Das immer komplexer werdende Wirtschaftsrecht könne ohne die im Unternehmen tätigen Syndikusanwälte nicht wahrgenommen, geschweige denn umgesetzt werden. Dabei sei es wichtig für die Rechtspflege, dass das Recht im Unternehmen durch Syndikusanwälte, die dem anwaltlichen Berufsrecht und einer ordentlichen Handhabe der Rechtspflege verpflichtet seien, bearbeitet werde.⁸⁵

g) Ablehnung durch den Gesetzgeber in der Berufsrechtsreform 1994

Der Vorschlag ist vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages in der Anhörung vom 1.12.1993 abgelehnt worden.⁸⁶ Er wurde außerdem von der Bundesrechtsanwaltskammer bekämpft⁸⁷. Dissens in der Anwaltschaft ist, auch wenn er polemisch ist, beim Vortrag von Anliegen des Berufs schädlich, denn dann machen „die anderen“, was sie wollen. Die angetragene Neuerung wurde nicht recht erwogen und wohl auch nicht recht verstanden, sondern durch den „Donnerschlag“ der Unabhängigkeit des Anwalts, wie meist unreflektiert ins Feld geführt, erledigt. Der Vorschlag verfolgte gerade nicht die Doppelberufstheorie, sondern den Gedanken einer einheitlichen Berufstätigkeit des Rechtsanwalts⁸⁸. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages rief nahezu wortgleich das Berufsbild 1959 auf, indem er ausführte: (dass) „das in den §§ 1 bis 3 BRAO normierte Berufsbild des Rechtsanwalts, wie es sich auch in der Allgemeinheit von ihm als unabhängigem Organ der Rechtspflege gebildet hat, mit der Tätigkeit unvereinbar ist, wenn

⁸² § 7 Nr. 8 betrifft nur solche Syndikusanwälte, die im Unternehmen auch außerjuristisch tätig sind, so mit Recht *Kleine-Cosack*, ZIP 1991, 1337, 1345.

⁸³ *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn 3, § 46 Rn. 19; *Kleine-Cosack*, Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 1994, 2250, 2254; *Roxin*, Fn. 79, 19.

⁸⁴ *Biermann*, Der Syndikusanwalt im neuen Berufsrecht, AnwBl 1990, 420; *Prütting*, Beilage Berufsrecht Fn. 3, 9.

⁸⁵ Vorschlag des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV, August 1993, DAV-Archiv und Archiv des Verfassers.

⁸⁶ BT-Drucks. 12/7656, 49.

⁸⁷ Vgl. *Kleine-Cosack*, Fn. 83, 2249, 2254; *Roxin*, Fn. 79, 17, 19; *Haas*, Fn. 38, „DAV- Vorschlag zu § 46 BRAO kann für die frei berufliche Anwaltschaft zu Einkommensverlusten in Milliarden Höhe führen.“

⁸⁸ Vgl. *Prütting*, Beilage Berufsrecht, Fn. 3, 8 f.

der Syndikus im Rahmen seines Dienstverhältnisses als Anwalt auftritt.“ Es fehlten „die durch das Gesetz der freien Advokatur gekennzeichneten typischen Wesensmerkmale der freien Berufsausübung...“.⁸⁹

4. 1994 bis heute

a) Diskussion der Neuerungen in § 46 BRAO

So war denn die alte Lage der Syndikusanwälte, was ihre anwaltliche Tätigkeit im Anstellungsverhältnis angeht, wie schon in den 45 Jahren zuvor, ohne jede Begründung⁹⁰ neu hergestellt.

Im normativen Feld gab es aber Neuerungen durch die Berufsrechtsreform 1994. Zunächst bei den alle Rechtsanwälte treffenden Regeln zur Versagung der Zulassung. In § 7 Nr. 8 BRAO wurde „das Ansehen der Rechtsanwaltschaft“ gestrichen und der Beruf zweimal mit „unabhängig“ ausgestattet. Es heißt nun: (Tätigkeit ausübt), „die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann.“ Die Konkretisierung von Inkompabilitäten ist dadurch neu gestaltet. Das war aufgrund der Zweitberufsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nötig. Sie hatte die Inkompabilitäten im Wesentlichen aus dem Bereich der Zulassung in den der Berufsausübung verwiesen, zum Zweck der möglichst ungehinderten Zweitberufsfreiheit.⁹¹ Ob die neuen Wörter hilfreicher für die Prüfung sind als das antiquierte „Ansehen der Anwaltschaft“, ist nicht klar. Sie sind aber verfassungsgemäß und lassen „verhältnismäßige“ Entscheidungen zu.⁹² Unberührt bleibt der bei der Berufsausübung denkbare Kollisionsbereich „weniger gewichtiger Pflichtenkollisionen“⁹³ der sehr problematischen neuen Regeln der §§ 45, 46 BRAO. Die „Unabhängigkeit“ passt als Erwägungsgrund nicht in die Analyse der §§ 45, 46 BRAO vor allem nicht als typisierend (z.B. Dienstvertrag hindert Unabhängigkeit) angewandtes Kriterium. Das widerspräche der Verhältnismäßigkeit.⁹⁴ Denn es käme zu einer faktischen aber dennoch wirksamen Zugangssperre. Sie lautet: Rechtsberatung eines Rechtsanwalts im Anstellungsverhältnis ist keine Anwaltstätigkeit. Eine Zugangssperre gehört aber selbst nach den unklaren Regeln für den Syndikusanwalt nicht zum Regelungsgegenstand des § 46 BRAO.

Im Übrigen greifen die Inkompabilitätsregeln der §§ 45, 46 BRAO nicht ins Zentrum der unabhängigen, unbeeinflussten, sachgerechten anwaltlichen Rechtsberatung. Sie schaffen vielmehr funktionale Ordnung, indem sie von Tätigkeiten sprechen, die (Richter, Notare, sonstige Berater) nun nichts mit der anwaltlichen Tätigkeit zu tun haben und von ihr abgetrennt werden müssen.

Im sonst unveränderten § 46 BRAO, seit der Reform als § 46 Abs. 1 BRAO geführt, wurde das Wort „überwiegend“ gestrichen. Das ist angesichts der bisherigen Gesetzesentwicklung als einfache Wortrückung nur so zu verstehen, dass der Syndikusanwalt im Anstellungsverhältnis jetzt außerforensisch als Anwalt anzusehen ist, und zwar auch dann,

⁸⁹ BT Drucks. 12/7656, 49

⁹⁰ Der nur schlagwortartige Hinweis auf die „Unabhängigkeit“ ist nun wirklich keine solche.

⁹¹ Vgl. *Kleine-Cosack*, Fn. 55, § 7 Rn. 32 ff.

⁹² *Kleine-Cosack*, Rn. 55, § 7 Rn. 35, 36; vgl. auch *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 7 Rn. 80, 83; *Gaier/Wolf/Göcken-Schmidt-Räntsch*, Fn. 16, § 7, Rn. 64.

⁹³ *Kleine-Cosack*, Rn. 55, § 7 Rn. 44.

⁹⁴ Vgl. *Kleine-Cosack*, Rn. 55, § 7 Rn. 36; dazu auch *Henssler*, Fn. 3, § 7 Rn. 79.

wenn er ausschließlich in Anstellung arbeitet.⁹⁵ Die Gesetzesmaterialien passen noch weniger zum Gesetzestext wie das Berufsbild 1959 zu den Gesetzesmaterialien 1958.

Die Ergänzung des § 46 BRAO um die Absätze 2 und 3 ist problematischer. Sie verwirrt allerdings die Lage weiter. Die Regelungen standen zunächst im Gesetzentwurf der Regierung in § 45 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 2⁹⁶ und wurden vom Rechtsausschuss in den § 46 BRAO transportiert. Weshalb, weiß man nicht. Die Regelungen sind veranlasst durch die Zweitberufsentscheidung⁹⁷. Sie erging, als die Vorbereitungen für die Gesetzgebungsarbeiten schon weitgehend abgeschlossen waren. Die Stelle der starr gehandelten Zulassungskriterien, die das Bundesverfassungsgericht gerügt hatte, musste ausgefüllt werden. Das führte auf der Berufsausübungsebene zu den angesprochenen Vorschriften⁹⁸. Die Regeln der §§ 45 und 46 Abs. 2, 3 BRAO sind überschießend. Zu § 45 hat der DAV entsprechende Änderungsvorschläge unterbreitet.⁹⁹ § 46 Abs. 2 BRAO ist nicht an den Syndikus adressiert.¹⁰⁰ Es ist lebensfremd, einen Rechtsanwalt, der das tut, was ein Rechtsanwalt gewöhnlich tut, als sonstigen Berater zu kennzeichnen. § 46 Abs. 2, 3 BRAO ist, im Anwendungsbereich verfassungskonform reduziert¹⁰¹, nur auf Interessenkollisionen anzuwenden und könnte überflüssig sein, weil § 43 a Abs. 4 BRAO die Interessenkollision für alle Rechtsanwälte regelt. Das „hintereinander“ Tätigwerden, also der Funktionswechsel der Berufe (Rechtsanwalt, Steuerberater, sonstiger Berater und umgekehrt) die dann jeweils „in die gleiche Richtung“ beraten, begründet keine Interessenkollision. Hier geht es nur darum, „unter welchem Hut“ gearbeitet wird. Das muss klargemacht werden. Ein generelles Verbot ist eine unzulässige Beschränkung der Berufsfreiheit.

b) Unklarheit wegen mangelnden Reformwillens

Die Rechtslage der Syndikusanwälte bleibt ungeklärt und umstritten. Sie wird sogar als durch die Berufsrechtsreform 1994 verschlechtert dargestellt, weil durch die Ablehnung des DAV-Vorschlags und das Zitat des Rechtsausschusses zum Berufsbild sich die Interpretationsgrundlagen verändert hätten.¹⁰² Das wird mit Recht bestritten und es bleibt bei der immer wieder geäußerten Kritik an der Doppelberufstheorie.¹⁰³ Der wortgleiche Aufruf des Berufsbilds 1959 durch den Rechtsausschuss zur Abwehr eines eben so lang diskutierten Vorschlags ändert an der Interpretationsgrundlage nichts. Sie bleibt, wie sie ist. Die Diskrepanz zum Wortlaut der Norm ist offenkundig. Er erlaubt nach wie vor den Umkehrschluss, dass der Syndikusanwalt außerforensisch als Rechtsanwalt für seinen Dienstherrn tätig ist.¹⁰⁴ § 46 Abs. 2, 3 BRAO gebietet keine andere Sicht. Zusammen mit §

⁹⁵ *Biermann*, Zur Neufassung des § 46 BRAO, AnwBl 1994, 562, 563.

⁹⁶ BT Drucks. 12/4993, 6.

⁹⁷ BVerfGE 87, 287, 315 ff.; JZ 1993, 466 m. Anm. Zuck.

⁹⁸ BGH AnwBl 1999, 554, 555 f.

⁹⁹ AnwBl 2007, 679, 684, 691 bis 693.

¹⁰⁰ a.A. *Henssler*, Fn. 3, § 46 Rn. 22.

¹⁰¹ *Kleine-Cosack*, Fn. 55, § 46 Rn. 36; vgl. OLG Frankfurt am Main, AnwBl 2009, 452; vgl. *Bartosch – Koch*, Beschränkung der Tätigkeit der Syndikusanwälte im Fall von Interessenkollisionen, AnwBl 2010, 237 ff.

¹⁰² *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 4, 19; BGH AnwBl 1999, 554, 555 m. krit. Anm. Hamacher; *Kleine-Cosack*, Fn. 33, BB 2005, 239.

¹⁰³ *Prütting*, in *Hommerich/Prütting*, Fn. 3, 37 f.; *ders.*, Das Anstellungsverhältnis des Syndikusanwalts, AnwBl 2001, 311, 315, 318; *ders.*, Die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts, AnwBl 2009, 402, 404; *Roxin*, Fn. 79, NJW 1995, 17, 20; *Biermann*, Zur Neufassung des § 46 BRAO, AnwBl 1994, 562; *Munte*, Der Syndikusanwalt im Konzernunternehmen, AnwBl 1998, 500, 501, 508; *Kleine-Cosack*, Fn. 83, NJW 1994, 2249, 2254; *ders.*, BB 2005, 2309, 2311.

¹⁰⁴ *Prütting*, a.a.O. Fn. 103.

46 Abs. 1 BRAO handelt es sich um Berufsausübungsregeln, die sämtlich im Einzelfall anwaltswidrige Tätigkeit verhindern sollen. § 46 Abs. 2 BRAO ist, wie ausgeführt, verfassungskonform zu beschränken auf Fälle echter Interessenkollision¹⁰⁵, die man freilich auch als durch § 43 a Abs. 4 BRAO schon geregelt ansehen kann.¹⁰⁶

c) Kritik am Bestehenden als Grundlage für die erforderliche Reform

Die Doppelberufstheorie, in der sich die Rechtsprechung und die literarischen Vertreter dieser Auffassung festgefahren haben, blockiert eine vernünftige Betrachtung der Problematik des Syndikusanwalts nach geltendem Recht. Das ist misslich, weil über die Schwierigkeiten, die dogmatische Verhärtungen stets bewirken, hinaus wichtige Aspekte des realen beruflichen und wirtschaftlichen Lebens ausgeblendet bleiben.¹⁰⁷

Der Blick auf die Dienstverhältnisse von Rechtsanwälten mit anderen Rechtsanwälten wird bei der Fixierung auf das Anstellungsverhältnis des Syndikusanwalts getrübt. Die Strukturen sind verwandt, in der Vertikale, wie bei der Arbeit. Das Dienstverhältnis des Syndikusanwalts ist nicht besonders aussagekräftig für die Versagung der Anwaltseigenschaft. Durch die Blickverengung wird eine angemessene berufsrechtliche und berufspolitische Auseinandersetzung erschwert mit den durchaus in Weisungsstrukturen und Arbeitsbedingungen nicht unproblematischen Anstellungsverhältnissen von Rechtsanwälten bei Rechtsanwälten. Die Brücke von hier zum Berufsbild 1959 ist nicht einfach zu schlagen.

Das Konzept ist auch nicht leicht mit Art. 12 Abs. 1 GG und der dadurch garantierten Freiheit der Berufswahl zu vereinbaren. Dazu sollte die Freiheit des Rechtsanwalts gehören, seinen Beruf in einem dauerhaften Anstellungsverhältnis auszuüben. Dieser Aspekt wird auch getragen durch das Konzept der Freiheit der Advokatur, das nach § 1 BORA nicht nur die Freiheit des Rechtsanwalts begründet, frei und unreglementiert darüber zu befinden, wie, in welcher Konstellation und was er arbeitet, sondern auch die Beziehung zum Mandanten erfasst, der seinerseits auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG darüber entscheidet, mit welchem Rechtsanwalt er ein vertrauensvolles Mandatsverhältnis begründet¹⁰⁸, das sodann einen Beitrag zu einer wohlgeordneten und zweckvollen Rechtspflege leistet.¹⁰⁹

Das Mandatsverhältnis und das Recht des Mandanten, frei den Rechtsanwalt zu wählen, gehört auch zum Schutzbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Es spricht viel für die Annahme, dass die Beschneidung des Syndikusanwalts um die Stellung als Rechtsanwalt und um das Anwaltsgeheimnis eine Verletzung der Rechte des ständigen

¹⁰⁵ Vgl. auch *Koch/Kilian*, Anwaltliches Berufsrecht 2007, Rn. 690.

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Horn*, Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici, BRAK-Mitt. 2009, 155 m.w.N.; vgl. auch *Deckenbrock*, Tätigkeitsverbote bei nicht anwaltlicher Vorbefassung, AnwBl 2009, 16, 18.

¹⁰⁷ Vgl. zum folgenden *Prütting*, in *Hommerich/Prütting*, 40 ff.; *ders.*, AnwBl 2001, 313 ff.; *ders.*, AnwBl 2009, 402; *Redeker*, NJW 2004, 890; *Hommerich*, Professionals in Organisations – oder: Vom Sinn des Syndikusanwalts, AnwBl 2009, 406; *Koch/Kilian*, Rn. 690 ff.; *Kolvenbach*, FS Quack, 715; *ders.*, Die Tätigkeit der Syndikusanwälte im Unternehmen und ihre Zusammenarbeit mit frei praktizierenden Anwälten, AnwBl 1979, 331; *ders.*, Der Unternehmensjurist und das Legal Professional Privilege, FS für Werner 1984, 405 ff.; *Neumann*, Die Rechtsabteilung im Unternehmen, AnwBl 1991, 630; *Beusch/Decker*, Der Syndikusanwalt – diesseits und jenseits des Atlantiks, FS Stiefel 1987, 17 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Skouris*, Fn. 5, BB 1975, 1230, 1234.

¹⁰⁹ Zur Freiheit der Advokatur vgl. *Redeker*, Freiheit der Advokatur – heute, NJW 1987, 2610, 2613; *Friese*, Die Freiheit der Advokatur in Deutschland, 1989, 18 ff.; *Busse*, Fn.6, 36 f.; *ders.*, AnwBl 2001, 130, 133, 136; *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2009, 95; *Kilger*, Freie Advokatur International, FS Busse 2005, 203, 204 f.

(Auftraggebers) Unternehmers aus Art. 8, Art. 10 i.V.m. Art. 6 EMRK ist.¹¹⁰ Es sind keine Belange der Rechtspflege ersichtlich, die generell verbieten sollten, dass der Mandant (Unternehmer) seinen Syndikusanwalt, zu dem er schon ein Vertrauensverhältnis hat und nicht erst aufbauen muss wie bei einem frei praktizierenden Anwalt, mit der Vertretung seiner Interessen beauftragt. Vor unzulässigen Beeinträchtigungen des Mandatsverhältnisses schützen Berufs- und Arbeitsrecht. Der Mandant (Unternehmer) weiß, worauf er sich einlässt, und er will diese Konstellation, worüber der Gegenpart des Mandanten seinerseits voll im Bilde ist. Wenn alles klar ist, gibt es keinen Mangel an Vertrauen.

Das Anstellungsverhältnis selbst schafft keine Abhängigkeit des Syndikusanwalts, die mit der anwaltlichen Tätigkeit im Widerspruch gerät. Zur Klarstellung ist das Dienstverhältnis ausdrücklich mit „einem Rechtsanwalt“ abzuschließen. Dem Syndikusanwalt ist vertraglich zuzusichern, dass er in der Sache des Rechts weisungsfrei arbeiten kann. Diese Zusicherung ersteht sich schon von selbst, denn es ist unsinnig jemanden um Rechtsrat anzusuchen, dem man den Rechtsrat vorgibt. Das ist vergeudetes Geld und verlorene Zeit. Die Vorgabe von Unternehmenszielen ist selbstverständlich unschädlich. Vor Kollisionen mit den Belangen der Rechtspflege bewahrt das Berufsrecht. Schließlich weicht die Weisungslage bei Diensten höherer Art, wenn überhaupt, nur marginal vom „Direktionsrecht“ des Mandanten an den frei praktizierenden Anwalt ab.

Das unternehmerische Handeln wird immer verknüpfter und komplexer. Die Verrechtlichung der Wirtschaft schreitet auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene beständig fort. Es ist unabweisbar, dass die Unternehmen den wachsenden Rechtsberatungsbedarf, zu dem neuerdings „Compliance – Bedarf“ hinzutritt, durch in das Haus selbst integrierte Mitarbeiter von Rechtsabteilungen abdecken. Hierfür sind Syndikusanwälte nötig, weil sie nach Professionalität und Status Garanten dafür sind, dass der interne Rechtsrat dem Qualitätsniveau der sonstigen anwaltlichen Beratung entspricht. Die Syndikusanwälte sichern dem Recht im Unternehmen den ihm gebührenden Rang. Sie ermöglichen durch vertrauensvolle und geschützte rechtliche Beratung am Maßstab des Rechts gemessene exzellente unternehmerische Entscheidungen. Auch das ist ein beträchtlicher Beitrag zur Verwirklichung des Rechtsstaats. Das Konzept kann nicht durch juristische Mitarbeiter oder externen Anwaltsrat substituiert werden.

Nur Syndikusanwälte können in sachgerechter Weise auf Augenhöhe mit externen Rechtsanwältinnen die oft festgestellte und geschilderte treffliche Zusammenarbeit organisieren. Im internationalen Geschäft können nur Syndikusanwälte mit den Rechtsanwältinnen der Unternehmen aus dem angelsächsischen Bereich auf Augenhöhe konferieren und handeln. Dort ist ein in-house-Anwalt selbstverständlich.

Das Ganze trägt zur Integration und zum Zusammenhalt der Rechtsanwaltschaft bei. Außerdem ist es ein Beitrag zu einer Rechtspflege außerhalb der staatlichen Rechtspflege auf dem angemessenen Niveau.

¹¹⁰ Gaier/Wolf/Göcken-Schmahl, Fn. 16, EMRK Rn. 40; Eichler/Peukert, in Vertraulichkeit der Rechtsberatung durch Syndikusanwälte und ERMK, AnwBl 2002, 189, 193 – 198; Spielmann, Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rechtsprechung des EGMR, AnwBl 2010, 273 ff; Mann, Gleichstellung des Syndikusanwalts beim Vertraulichkeitsschutz, AnwBl 2010, 87, 89 f.

d) Der erneuerte Reformvorschlag des DAV und der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte

Für die rechtspolitisch erwünschte Klärung der Problematik des Syndikusanwalts¹¹¹ hat der DAV mit seiner Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte den seinerzeit ausgearbeiteten Vorschlag aufgegriffen und überprüft. Er ist eingestellt in die Vorschläge des DAV zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung (Stand: September 2007)¹¹². In der Gesetzesfassung des § 46 BRAO ist der Vorschlag unverändert¹¹³, weil er nach wie vor die eleganteste Lösung zur Gestaltung der Rechtsstellung der Syndikusanwälte ist. Er enthält auch alternative Anregungen, möglicherweise eine gesonderte Zulassungsnorm für die Syndikusanwälte zu schaffen. Der Vorschlag setzt im Übrigen, wie das geltende Recht, den Syndikusanwalt voraus. Er hält an der Einheit des Berufs des Rechtsanwalts fest und vermeidet eine normative Spaltung des Anwaltsberufs in frei niedergelassene und angestellte Rechtsanwälte. Die Regelungen der BRAO seien flexibel genug, in diesem Fall, wie auch sonst, den verschiedenen Berufsausübungsmodalitäten, die der Anwaltsberuf kennt, Rechnung zu tragen. Soweit die rechtstechnische Seite, die ergänzt wird durch eine Begründung zur nötigen und sinnvollen Beratung der Wirtschaft durch einen in das Unternehmen integrierten Rechtsanwalt.¹¹⁴

III. Die dogmatische Auseinandersetzung um den Syndikusanwalt und ihre Folgen

1. Unabhängigkeit

Die dogmatische Auseinandersetzung um den Syndikusanwalt wird im Berufsrecht¹¹⁵ vor allem geprägt durch die leidenschaftliche Diskussion um dessen Unabhängigkeit.¹¹⁶ Sieht man von diffusen und weitgehend überholten Vorstellungen zum Berufsbild und von Unkenntnis und Unverständnis der Tätigkeit des Syndikusanwalts ab, ist die Unabhängigkeit das einzige Kriterium, das zum Kampf gegen die Anwaltstätigkeit im Anstellungsverhältnis herangezogen wird.¹¹⁷ Dabei erstaunt es, dass die ständig wiederholte Behauptung, dem Syndikusanwalt fehle gegenüber seinem eigenen Arbeitgeber die Unabhängigkeit, nie wirklich begründet wird.¹¹⁸

Der gegen den Syndikusanwalt gerichteten Tendenz liegt indessen ein unrichtig verstandener Begriff der Unabhängigkeit zugrunde. Das Kriterium wird auch nicht zutreffend angewendet.

Zunächst ist festzustellen, dass die Unabhängigkeit kein Selbstzweck ist, sondern eine dienende Funktion hat. Bei Gericht sichert sie die erforderliche Unparteilichkeit. In der weiteren Rechtspflege hilft sie dazu, dass mit dem Recht sachgerecht, insbesondere frei von sachfremden Einflüssen und in geeigneter Weise zur Wahrung einer geordneten

¹¹¹ Vgl. nur *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, Fn. 3, § 46 Rn. 50 bis 52; *Kleine-Cosack*, Fn. 55, § 7 Rn. 81.

¹¹² *AnwBl* 2007, 679 ff., 679: „Das Thema der Syndikusanwälte schwelt seit Jahrzehnten vor sich hin“, 684: Gesetzgebungsvorschlag, 693, 694: Begründung.

¹¹³ siehe oben S. 13.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch das ausführliche Textzitat des Vorschlags und der Begründung bei *Koch/Kilian*, Fn. 105, Rn. 691 bis 693.

¹¹⁵ Es ist einflussreicher als eine aufgeschlossene Berufspolitik, vgl. *Schwung*, *AnwBl* 1996, 182.

¹¹⁶ *Kleine-Cosack*, Rn. 55, § 7 Rn. 67 m.w.N.

¹¹⁷ Vgl. zum Thema Unabhängigkeit vor allem *Prütting*, *AnwBl* 2009, 402 f.; ders., *AnwBl* 2001, 313, 316 bis 318; *Redeker*, *NJW* 2004, 889, 891; *Koch*, Anwaltliche Unabhängigkeit und widerstreitende Interessen, FS Busse 2005, 227; *Skouris*, *BB* 1975, 1230.

¹¹⁸ *Prütting*, *AnwBl* 2009, 402.

Rechtspflege umgegangen werde. Die dienende Funktion steht einer blockhaft kategorischen Anwendung von Unabhängigkeit schon von Anfang an entgegen. Sinn von Prinzipien ist es, seien sie teleologisch oder funktional konzipiert, bei unabdingbarem Kern den Stoff um sich herum zu versammeln, dessen sinnreiche Bearbeitung brauchbare praktische Ergebnisse zeitigt. Schon hier: Das Dienstverhältnis als solches, gleich welchen Inhalts, erreicht den Kern der Unabhängigkeit nicht. Die Unabhängigkeit hängt nicht von statuarischen und formellen Bedingungen ab¹¹⁹, sondern sie ist ein inhaltliches Prinzip. Deshalb ist sie auch nicht Kriterium für die Zulassung, sondern dient nur im Einzelfall dazu, die Zulassung zu versagen. Der Rechtsanwalt soll unabhängig agieren. Mit dieser Aussage und in der Zusammenschau der Bestimmungen, in denen „Unabhängigkeit“ in der BRAO angesprochen wird (§§ 1, 3 Abs.1, 7 Nr. 8, 14 Nr. 8, § 43 a Abs.1, 59 b Abs.2 Zif.1 lit. b), ist freilich der konstituierende und überragende Grundsatz des Anwaltsberufs aufgegriffen. Bis heute ist es nicht gelungen, aus den genannten Vorschriften eine Definition der anwaltlichen Unabhängigkeit oder wenigstens eine Konturierung des Begriffs mit justitiablem Inhalt zu schaffen.¹²⁰Sicher ist, dass Unabhängigkeit des Rechtsanwalts Staatsunabhängigkeit meint. Sie ist in einem langen Prozess erkämpft worden und heute unter den obwaltenden Umständen unangefochten. An ihr hat der Syndikusanwalt uneingeschränkt Anteil. Um diese Unabhängigkeit geht es aber in der Diskussion um den Syndikusanwalt nicht sondern um eine „Unabhängigkeit“, die sich bisher einer brauchbaren Konturierung entzieht und der Natur der Sache nach auch weiter entziehen wird.

Ins Feld geführt werden insoweit die Aspekte „vertragliche Unabhängigkeit vom Auftraggeber“, „Weisungsunabhängigkeit vom Auftraggeber“, „finanzielle Unabhängigkeit“. All das soll beim Syndikusanwalt nicht vorliegen und dessen anwaltliche Dienstleistung für den ständigen Dienstherrn disqualifizieren. Im weiteren Rahmen ist zur Unabhängigkeit ausgeführt worden, sie bedeute Unabhängigkeit gegenüber Staat, Wirtschaftsmacht und Ideologien.¹²¹ Man wird aber nicht sagen können, der Rechtsanwalt, der in ein Anstellungsverhältnis geht, sei allein deshalb von Wirtschaftsmacht abhängig. Die unbefangene Betrachtung der genannten gegen die Syndikusanwälte angeblich streitenden Gesichtspunkte demonstriert, dass es schon und allein der Dienstvertrag ist, der den Syndikusanwalt als Rechtsanwalt gegenüber seinem Auftraggeber disqualifiziert.¹²² Betrachtet man dagegen die Eigenverantwortlichkeit des Rechtsanwalts als den Aspekt, der die anwaltliche Unabhängigkeit ausfüllt¹²³, so sieht man dass die Unabhängigkeit und der Dienstvertrag als solche wenig aussagekräftig sind, denn die zuvor angeführten angeblichen Defekte in der anwaltlichen Präsentation des Syndikusanwalts lassen sich ohne große Schwierigkeit durch eine entsprechende Vertragsgestaltung ausräumen.¹²⁴ Entscheidend sind schließlich der Charakter und der Wille des Syndikusanwalts, den Versuchungen, die es natürlich wie bei jedem Anwalt gibt, zu widerstehen, um sich sachgerecht mit dem Recht auseinanderzusetzen. Die Praxis zeigt, dass Syndikusanwälte sehr kritischen Rechtsrat geben. Nicht umsonst werden sie deshalb eher als „Bremser“ denn als willfähige Rechtsraterteiler angesehen.

Die Konturierung der Unabhängigkeit allein durch das Vorhandensein eines Dienstvertrags ist eine ähnlich normgleich angewendete Verhärtung, wie es früher die normgleich

¹¹⁹ Diese können sie freilich begünstigen.

¹²⁰ Koch, Fn. 117, 227, 228; ders., in Henssler/Prütting, Fn. 3, § 1 Rn. 38.

¹²¹ Rabe, Fn. 36, AnwBl 2004, 65, 70.

¹²² So Henssler, in Henssler/Prütting, Fn. 3, § 46 Rn. 16 m.w.N., Rn. 23, § 43 a Rn. 12; ähnlich Gaier/Wolf/Göcken-Wolf, Fn. 16, § 2 Rn. 52, 55.

¹²³ Redeker, Fn. 38, NJW 2004, 889, 892.

¹²⁴ Vgl. Redeker, a.a.O.; Prütting, AnwBl 2001, 316 ff. und AnwBl 2009, 402 ff.; Bissel, Fn. 34, 68 ff.

angewandten Kriterien, etwa „der gehobenen Stellung“ oder „kommerziellen Berufsausübung“ waren. Das Bundesverfassungsgericht hat sie in der Zweitberufsentscheidung mit Recht kassiert.

2) Folgen

Die an der fehlenden Unabhängigkeit festgemachte Versagung der Anwaltseigenschaft an den Syndikusanwalt im Dienstverhältnis hat gravierende praktische Auswirkungen. Zur Illustration sollen kurz das Anwaltsgeheimnis, die Fachanwaltschaften und die Sozialversicherung angesprochen werden, bevor zum Abschluss dieses Teils auf die europäische Diskussion eingegangen wird, in der ebenfalls die Unabhängigkeit und der Dienstvertrag die zentralen Aspekte sind.

a) Anwaltsgeheimnis

Unterstellt man, dass der Syndikusanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit für den ständigen Auftraggeber nicht anwaltlich tätig ist, führt das dazu, dass er sich auf anwaltliche Privilegien nicht berufen kann. Das Rechtsgespräch mit dem Unternehmer und der Rechtsrat an ihn sind nicht geschützt und im Rahmen des sonst bei Dienstverhältnissen Üblichen offen. Diese Annahme raubt dem Syndikusanwalt eine elementare Grundvoraussetzung seiner Berufsausübung (§ 43 a Abs. 2 BRAO). Es gibt keinen Anwalt ohne Anwaltsgeheimnis. Das Anwaltsgeheimnis in Gestalt der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts ist die Basis des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Dem Unternehmer wird der Schutz seiner privaten und unternehmenswichtigen Sphäre, die dem Syndikusanwalt anvertraut worden ist, versagt. Diese gravierenden Folgen können nicht aufgrund einer bloßen Interpretationsgrundlage und einer Theorie verursacht werden, die letztlich zum Zweck des Konkurrenzschutzes erfunden und fehlsam an einem rein formalen Begriff der Unabhängigkeit orientiert ist. Die Doppelberufstheorie nimmt auf das Recht des Mandanten, seinen Anwalt frei zu wählen, keinerlei Bedacht. Das gründet auch auf der einseitigen Orientierung des anwaltlichen Geschehens am subjektiven Recht des Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs.1 GG statt an dem Grundverhältnis des Mandanten zum Rechtsanwalt. Dessen Privilegien sind schließlich Mandanten (Bürger) Privilegien. Aus den genannten Gründen werden weitgehend in der Praxis dem Syndikusanwalt, weil es ja nur eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit Recht gibt, als Rechtsanwalt für seine gesamte Tätigkeit das Anwaltsgeheimnis und die weiteren Anwaltsprivilegien zuerkannt.¹²⁵

Die Wiederholung eines alten Zitats im neuen Kleid durch den Rechtsausschuss hat an diesem seit langem bewährten Verständnis nicht geändert, zumal das Zitat weder Grundlage noch Konsequenz im Gesetzestext gefunden hat¹²⁶

Die Instanzrechtsprechung war früher eindeutig in der Zuerkennung der Anwaltsprivilegien, in der jüngeren Zeit ist sie unsicher. Das Beschlagnahmeverbot wird in der Entscheidung des LG Bonn¹²⁷ versagt wegen einer Differenz über die Eigenschaft eines Schriftstücks als Verteidigungsunterlage, insbesondere darüber, wann ein Schriftstück dazu wird. Die Syndikusproblematik wird zwar angesprochen, es fehlen hier aber schon die von dem Syndikusanwalt und dem Unternehmen zu erbringenden Sicherungen, damit der Schutz

¹²⁵ *Roxin*, Fn. 79, NJW 1995, 17 ff., 18, 19; *Redeker*, Fn. 38, NJW 2004, 889, 890 m.w.N.;

Gaier/Wolf/Göcken-Huff, Fn. 16, § 46 Rn. 13 bis 15, 17; *Prütting*, AnwBl 2001, 313, 315 f. und AnwBl 2009, 402; *Hassemer*, Fn. 80, wistra 1986, 1, 7 bis 11: a.A. *Henssler*, Fn. 3 § 46 Rn. 19 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

¹²⁶ Vgl. *Huff*, Fn. 125, § 46 Rn. 14.

¹²⁷ Vom 29.9.2006, 37 QS 27/05, WuW 2006, 1037.

greifen kann. Nicht ganz widerspruchsfrei gegenüber den inhaltlichen Ausführungen heißt es in Leitsatz 4 des Abdrucks: „Bei im Gewahrsam eines Syndikusanwalts aufgefundenen Unterlagen besteht nur dann Beschlagnahmefreiheit, wenn er mit typischen anwaltlichen Aufgaben befasst, mithin nur wenn Unterlagen betroffen sind, die er als Rechtsanwalt zur Erbringung von anwaltlichen Leistungen gegenüber Dritten erstellt“.¹²⁸ Der Begriff des „Dritten“ ist unklar. War es ein in freier Praxis betreuter Mandant, ist der Satz überflüssig. Außerdem werden insoweit keine Papiere beim Syndikusanwalt, sondern beim Rechtsanwalt gefunden. Ist der „Dritte“ der Partner oder der Gegner des ständigen Dienstherrn, was eine vernünftige Annahme ist, gibt es kein Problem.

b) Fachanwaltschaft

Bei den Fachanwaltschaften geht es um die Frage, ob die im Anstellungsverhältnis des Syndikusanwalts bearbeiteten Fälle für die Verleihung als Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen gemäß § 2 Abs.1 Fachanwaltsordnung (FAO) verwertet werden dürfen. Bekanntlich findet diese Beurteilung durch Abzählen dargestellter Fälle statt, deren Zahl für die einzelnen Fachanwaltschaften variiert und von 50 Fällen bis 160 Fällen reicht (§ 5 FAO). Der BGH hat die gestellte Frage zunächst grundsätzlich verneint.¹²⁹ Begründet wurde das mit der lapidaren Feststellung, die Tätigkeit des Syndikusanwalts sei keine anwaltliche. Außerdem stand das Wort „selbstständig“ in § 5 FAO, mit welchem Modus die Fallbearbeitung zu erfolgen hatte, hinderlich im Wege. Im Lauf der Zeit erkannte man aber auch beim BGH, dass die Verwertung von in Syndikusanwalts-Tätigkeit bearbeiteten Fällen keine Einspeisung berufsfremder Erfahrungen¹³⁰ darstellt, sondern dass es bei der Fachanwaltschaft um die praktischen Erfahrungen, also um die Sache geht und nicht um das formale Kleid. Eine Besserung in der Judikatur ergab sich durch Änderung des § 5 FAO im Jahr 2002. Die Satzungsversammlung ersetzte das Wort „selbstständig“ durch die Wörter „persönlich und weisungsfrei“.¹³¹ Nun machte das Wort „weisungsfrei“ noch Probleme für die Syndikusanwälte.¹³² Es gibt eine Reihe von Judikaten¹³³, in der zwar die Doppelberufstheorie nicht aufgehoben, aber doch anerkannt ist, dass die als Syndikusanwalt für den Dienstherrn bearbeiteten Fälle nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben können. Ungeklärt ist, in welchem Verhältnis und ob überhaupt die „Syndikus-Fälle“ zu den frei praktizierten erarbeiteten Fällen stehen sollen.¹³⁴

Das ist schon aus lebenspraktischen Gesichtspunkten ein schwer zu verstehender Kurs. Dahinter steht vielleicht eine Vorstellung, nach welcher ein Syndikusanwalt in seiner Rechtsabteilung tätig ist wie aufgabenbeaufsichtigtes Schulkind. Wie verhält es sich wohl in Anwaltskanzleien, in denen Anwälte und Anwältinnen monate-, wenn nicht jahrelang keine oder nur eine im Einzelfall genehmigte Unterschrift unter das selbst Erarbeitete setzen dürfen.?

c) Rentenversicherungspflicht

¹²⁸ A.a.O., Fn. 127, 1037.

¹²⁹ BGH AnwBl 2000, 628.

¹³⁰ So der BGH a.a.O. Fn. 129.

¹³¹ Vgl. *Offermann/Burckart*, in Henssler/Prütting, Fn. 3, § 5 FAO Rn. 4.

¹³² *Offermann/Burckart*, a.a.O., Fn. 131, Rn. 20.

¹³³ BGH NJW 2003, 883; BGH NJW 2006, 1516; BGH NJW 2007, 599.

¹³⁴ Vgl. zuletzt BGH BRAK-Mitt. 2010, 27, 29 m.w.N.; vgl. auch *Quaas*, Die Rechtsprechung des Senats für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs im Jahr 2009, BRAK-Mitt. 2010, 42, 46 f. m.w.N.; *Dahns*, NJW-Spezial 2007, 94 f.; *ders.*, NJW-Spezial 2005, 479.

Bei der Rentenversicherung ist fraglich, ob der Syndikusanwalt von der allgemeinen Versicherungspflicht zugunsten des Versorgungswerks zu befreien ist.¹³⁵ Nach § 6 Abs.1 Nr.1 SGB VI wird der als“ Beschäftigter und selbstständig Tätiger für Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit, wegen der sie aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe sind... und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind“, von der Versicherungspflicht befreit.

Der Sozialversicherungsträger und Teile der sozialgerichtlichen Gerichtsbarkeit entnehmen aus dem Gesetzestext in eigenwilliger und nicht recht verständlicher Interpretation die Befugnis, bei einem Rechtsanwalt im Anstellungsverhältnis (Syndikusanwalt) zu prüfen, ob dieser eine berufsspezifische Tätigkeit ausübt. Das ist eine Tätigkeit, die für den jeweiligen Berufsstand typisch ist.¹³⁶ Diese Überprüfung findet nur bei Rechtsanwälten statt, die bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber tätig sind, nicht hingegen bei solchen Anwälten, die bei einem anderen Rechtsanwalt tätig sind. Hier gilt offenbar die Fiktion der BRAO, die den Zulassungsakt zur Berufsbegründung erklärt und sich im Übrigen einer Definition oder Beschreibung berufsspezifischer Tätigkeit enthält.

Befreit von der Rentenversicherung wird man aufgrund einer mittels eines Beurteilungsspielraums getroffenen Entscheidung. Rechtsanwalt und somit auch Syndikusanwalt wird man allein aufgrund des Zulassungsakts zur Rechtsanwaltschaft ohne Beurteilungsspielraum. Man ist auch nicht wegen einer Beschäftigung Mitglied der Rechtsanwaltskammer oder des Versorgungswerks, sondern allein wegen des Zulassungsakts zur Rechtsanwaltschaft. Die beiden Rechtsbereiche passen methodisch nicht zusammen. Es kollidieren Sozialversicherungsrecht und Berufsrecht. Der Zulassungsakt zur Rechtsanwaltschaft und die damit verbundene Fiktion des Berufs des Rechtsanwalts interessiert das Sozialversicherungsrecht nicht; in den Bereichen, wo es gesetzlich definierte Berufe nicht gibt, ist das verständlich. Bei den Syndikusanwälten nicht. Nach Berufsrecht wäre jeder zugelassene Anwalt zu befreien. Die Konfliktlage müsste, wenn gesetzlich geordnete Berufstypen einen Sinn auch im Sozialversicherungsrecht haben sollen, so gelöst werden, dass die Sozialversicherung dem Rechtsanwalt nachweisen muss, dass er keiner ist, wenn sie nicht befreien will. Die gegenwärtig frei geschöpfte und als Kompromiss gehandelte Umkehrung der Darlegungslast, die den Rechtsanwalt anhält darzutun, er sei „rechtsberatend, rechtsentscheidend, rechtsgestaltend, rechtsvermittelnd“ tätig, ist unglücklich. Es wird sogar erwogen, die eben zitierten Wörter in einem § 46 Abs.4 BRAO (neu) zu formulieren.¹³⁷

Die Formel-Lösung ist aus berufsrechtlicher Sicht deshalb bedenklich, weil die BRAO aus gutem Grund keine Definition der anwaltlichen Tätigkeit gibt und auch keinen entsprechenden Nachweis für die Zulassung verlangt. Die viel beschworene Freiheit der Advokatur gebietet es, dass der Zugang zur Rechtsanwaltschaft strikt nach gesetzlich exakt

¹³⁵ Zum Thema vgl. *Kleine/Cosack* Fn. 55, § 7 Rn. 80 m.w.N.; *Kilger*, Berufsspezifische Tätigkeit von Rechtsanwälten, AnwBl 1999,571, insbesondere zur Kollision von Sozialversicherungsrecht und Berufsrecht; *Prossliner*, Syndikusanwälte und gesetzliche Rentenversicherung, AnwBl 2009, 133; *Kilger/Prossliner*, Die Rechtsprechung zum Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2004, NJW 2006, 3108, 3110 f.; *dies.*, Die Rechtsprechung ..., Fn. 134, seit dem Jahr 2008, NJW 2010, 3137, 3140, alle mit eingehender und kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Sozialgerichte; vgl. auch *Huff*, Fn. 16, § 46 Rn. 30.

¹³⁶ Vgl. *Kilger/Prossliner*, a.a.O., Fn. 135, NJW 2007, 3110 r. Sp.

¹³⁷ Die BRAK hat die Formel im Jahr 1005 durch Beschluss der Hauptversammlung akzeptiert, *Offermann/Burckart*, a.a.O., Fn. 3, § 5 FAO Rn. 24; der DAV hat sie in seinem Vorschlag zur Änderung der BRAO verarbeitet, vgl. a.a.O. Fn. 112.

definierten Vorgaben (ohne Beurteilungsspielraum) und als Formalakt geschehe. Diese Stellung des Rechtsanwalts ist auf dieser Grundlage ungeschmälert zu erhalten. Inhaltliches Geschnüffel danach, ob und was der Anwalt tut, verletzt den Grundsatz der freien Advokatur. Zumindest nachdenken sollte man darüber bei der gesetzlich und administrativ unnötig kompliziert gemachten Gestaltung „eigentlich“ relativ einfacher Vorgänge.

3. Syndikusanwalt in Europa

a) Allgemeines

Auch in der europäischen Szene spielt die Problematik der Syndikusanwälte eine Rolle. Die Diskussion ist geprägt von der Erörterung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und der Wirkung des Anstellungsverhältnisses auf diese. Entsprechend dem erweiterten Horizont wird die Diskussion allerdings nicht unter dem Begriff „Syndikusanwalt“ geführt, der in Europa unbekannt ist, sondern unter dem des legal professional privilege (LLP), das im Kernbestand in der Europäischen Union und in allen Mitgliedstaaten geläufig ist. Legal professional privilege wird hier verwendet als Kennzeichnung für das Anwaltsgeheimnis oder den Vertraulichkeitsschutz des Beratungsverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant.¹³⁸ Es wird nicht weiter inhaltlich definiert oder auf die unterschiedliche Reichweite und Konkretisierung des Prinzips in den einzelnen Mitgliedstaaten eingegangen. Zentrale Frage ist in unserem Zusammenhang im europäischen Recht, ob das LLP auch dem Rechtsanwalt zusteht, der im Unternehmen angestellt ist (in-house counsel), ob mit anderen Worten die Vertraulichkeit des Verhältnisses des in-house counsel und des Unternehmens sowie die darauf bezogene interne und externe Kommunikation geschützt sind.¹³⁹

b) Stellung des Syndikusanwalts

Soweit es um die Stellung des Rechtsanwalts in Anstellung geht, sagen die Regeln der EU in der Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte¹⁴⁰ in Art. 8 nur, dass der im Aufnahmestaat als Rechtsanwalt unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragene Rechtsanwalt nur dann als „Syndikusanwalt“ (abhängiger Beschäftigter eines anderen Rechtsanwalts, eines Zusammenschlusses von Rechtsanwälten oder einer Anwaltssozietät oder eines öffentlichen oder privaten Unternehmers) tätig sein kann, wenn der Aufnahmestaat dies „seinen“ Rechtsanwälten gestattet. Der Begriff „Syndikusanwalt“ passt natürlich nicht für alle hier versammelten abhängig Beschäftigten. Bemerkenswert ist, dass alle diese Modalitäten der Berufsausübung in einer Regelung zusammengefasst sind, vermutlich wegen der strukturellen Verwandtschaft.

Da nicht abhängig beschäftigte Rechtsanwälte nach vollzogener Niederlassung im Aufnahmestaat „alles“ dürfen (Art. 10 RiLi) ist festzustellen, dass es in Europa tausende von Rechtsanwälten 2. Klasse gibt. Nach 10 Jahren ist die Wirkung der Richtlinie zu überprüfen (Art. 15 RiLi). Sie kann auch geändert werden. Die Arbeitsgemeinschaft der

¹³⁸ Zum Grundsatz vgl. *Dolmans/Eichler/Müller-Ibold*, Die Sicherung des legal privilege im Gemeinschaftsrecht, AnwBl 1999, 493; *Eichler/Peukert*, AnwBl 2002, 189, 190 f.

¹³⁹ Zum Thema gibt es eine weit gespannte Literatur, vgl. etwa die Autoren in der vorgenannten Fußnote und *Edward*, der Schutz des Anwaltsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaften, AnwBl 1980, 45 ff.; *Rethorn*, „legal privilege“ zwischen nationalem Landesrecht und europäischen Verfahrensrecht, FS Söllner 2000, 893 ff.; *Kolvenbach* Fn. 32, AnwBl 1987, 211 ff.; *ders.*, Fn. 38, FS Quack 1991, 715; *ders.*, der Unternehmensjurist und das legal professional privilege, FS Werner 1984, 405; *Sixt*, Attorney – Client Privilege für Unternehmensjuristen – ein rechtsvergleichender Beitrag 2009, 74 ff.

¹⁴⁰ Richtlinie 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs vom 16. Februar 1998 – ABL 77/36 = Sartorius II Nr. 182.

Syndikusanwälte vertritt die Auffassung, dass in Europa eine Regelung gelten solle, die der von der Arbeitsgemeinschaft erstrebten Neufassung des § 46 BRAO entspricht.¹⁴¹

c) Legal professional privilege

Das legal professional privilege selbst ist im europäischen Recht nicht durch Kodifikation geregelt. Nur in der Verfahrensordnung des EuGH finden sich in Art. 32 (§ 2) und Art. 33 entsprechende Bestimmungen. Sie gelten nur in einem Verfahren vor dem Gerichtshof. Das Institut gilt aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Europäischen Union.¹⁴²

d) Kartellverfahren

In der europäischen Praxis spielt das Thema vor allem im Kartellverfahren eine Rolle. Die ursprüngliche Verordnung zur Regelung des Kartellverfahrens Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962¹⁴³ ist nach ausführlicher streitiger Diskussion als Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002¹⁴⁴ neu gestaltet worden. Die einschlägigen Verfahren für das legal professional privilege, also AM & S 1982¹⁴⁵ und auch Akzo Nobel 2010¹⁴⁶ und die vorausgegangene Entscheidung des EuG vom 17. September 2007¹⁴⁷ sind noch nach der alten Verfahrensordnung 1962 abgewickelt worden.

Das Kartellverfahrensrecht gehört zu den wenigen Bereichen der Union, auf denen die Kommission unmittelbar Unionsrecht ausführt. Es ist seit jeher zum Schutz des überragenden Grundsatzes eines fairen Wettbewerbs auf Effizienz ausgerichtet. In der neuen Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ist diese Tendenz durch die Neufassung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission in Art. 17 bis Art. 22 noch verstärkt worden¹⁴⁸. Verteidigungsrechte der Betroffenen sind in solchen Verfahrensgängen schwächer entwickelt. In der Vorbereitung der neuen Verordnung hat es, auch durch Mitwirkung der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte¹⁴⁹ mit Rücksicht auf die Verschärfung der Vorschriften des Zugriffs auf Unternehmen durch die Kommission Bestrebungen gegeben, die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen auch durch Zuerkennung des LLP an die bei Unternehmen angestellten Rechtsanwälte und Counsels zu verbessern. Das Parlament hatte diese Anregung aufgegriffen und entsprechend beschlossen¹⁵⁰. Sie ist

¹⁴¹ Vgl. oben Fn. 112.

¹⁴² Vgl. EuGH AM & S, Urt. v. 18. Mai 1982 – Rs 155/79 Slg 1982, 1575, 1610, 1611, Tz 18, 21; EuGH Akzo Nobel, Fn. 1, Tz 40; vgl. im übrigen *Edward*, Fn. 139, AnwBl 1980, 45; *Dolmans*, Attorney-Client Privilege for in-house counsel: a European Probosal, 4 Col. Journal of European Law 1998, 125, 131; *Marchandise*, The Confidentiality of the Company Lawyer a Privilege? New Liabilities & Challenges for Industry in Europe 1994, 173, 182 f.; *Eichler/Peukert*, Fn. 138, AnwBl 2002, 189, 190 f.; *Wolf/Hasenstab*, Der grenzüberschreitende Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Europa, BRAK-Mitt. 2010, 150; *Kolvenbach*, Fn. 139, FS Werner 1984, 405, 406.

¹⁴³ BGBl – 1962 – II 2022; ABl. EG Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204.

¹⁴⁴ ABl. EU Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1 = Sartorius II, Nr. 165.

¹⁴⁵ Fn. 142.

¹⁴⁶ Fn. 1.

¹⁴⁷ Fn. 2.

¹⁴⁸ Vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 70; zum Verfahren vgl. auch *Mann*, Gleichstellung des Syndikusanwalts beim Vertraulichkeitsschutz, AnwBl 2010, 87, 88; *Eichler/Peukert*, Fn. 138, AnwBl 2002, 189 f.; *Dolmans*, Fn. 142, 127, 134; *Kapp/Schröder*, Legal Privilege des EG-(Kartell-)Verfahrensrechts, WuW 2002, 555, 557 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Positionspapier zum Weißbuch der Kommission der EG über die Modernisierung des europäischen Kartellrechts und das Anwaltsgeheimnis des Syndikusanwalts, Stand 30.7.1999, DAV-Archiv und Archiv des Verfassers.

¹⁵⁰ „Communications between an client and outside or in-house counsel containing or seeking legal advice shall be given priority (sc. legal privilege), provided that the legal counsel is properly qualified and complies

jedoch im weiteren Verlauf nicht in die Verordnung aufgenommen worden. So bleibt es im Grunde bei den schon in den VO Nr. 17 (1962) enthaltenen Vorschriften zu „Anhörung Beteiligter und Dritter“ (Art.19) sowie „Berufsgeheimnis“ (Art.20), die indessen in der neuen Verordnung (EG) Nr. 1/2003 unter der Bezeichnung „Anhörung der Parteien, der Beschwerdeführer und sonstiger Dritter“ (Art.27) sowie „Berufsgeheimnis“ (Art.28) geschärft wiederkehren. Ein genauer Blick auf die Bestimmungen zeigt, dass diese mehr auf die zügige Durchführung des Verfahrens, auf die Organisation der daran zu Beteiligten und auf die Wahrung der Belange der Kommission abzielen als auf die Begründung einer Verteidigungsposition der betroffenen Unternehmen. Freilich ist der Rechtsweg zu den Instanzen der Europäischen Gerichtsbarkeit eröffnet, was auch in der alten Verordnung der Fall war. Gegen die dort angeordnete Untersuchung mit allen Folgerungen nach Art.14 VO Nr. 17 war nur die Klage vor dem Gerichtshof gegen die gesamte Anordnung der Untersuchung gegeben (Art. 14 Abs.3 Satz 2). Einzelne Akte der Untersuchung, wie etwa die Beschlagnahme von Schriftstücken, waren und sind nicht isoliert anfechtbar. Das mindert den Rechtsschutz, weil auch keine aufschiebende Wirkung erreichbar ist, beträchtlich. Was man gelesen hat, hat man eben gelesen, auch wenn man es „nachträglich“ nicht durfte.

Die Ausführungen der Instanzen der Europäischen Gerichtsbarkeit zum legal professional privilege sind mutmaßlich nicht unbeeinflusst geblieben von der Kompromisslosigkeit des Verfahrens in Kartellsachen und von der rigiden Positionierung der Kommission in diesem Verfahren.¹⁵¹ Deshalb könnte man die das Anwaltsgeheimnis für die Syndikusanwälte ablehnenden Entscheidungen des EuGH in den Sachen AM & S und Akzo Nobel auf das Kartellrecht beschränkt ansehen. Sie wären dann nicht als eine Aussage für das gesamte Europarecht zu qualifizieren. Wichtig genug und einflussreich bleiben die Entscheidungen freilich allemal.

e) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat den Syndikusanwälten und ihren Mandanten das legal professional privilege (Anwaltsgeheimnis) versagt, sofern und soweit die Syndikusanwälte im Unternehmen angestellt sind und das Unternehmen rechtlich beraten. Zur Grundlage dieser Entscheidungen schafft der Gerichtshof eine generelle Definition zu Inhalt und Reichweite des Anwaltsgeheimnisses, aus der die Syndikusanwälte von vornherein eben herausfallen. Weniger in den Blick gerät bei der Würdigung der Gerichte, dass Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant vertraulich sein müssen, weil der Rechtsanwalt alle relevanten Tatsachen kennen muss, um einen Mandanten ordnungsgemäß beraten, verteidigen oder vertreten zu können.¹⁵² Der Mandant muss sich voll offenbaren können, was er nicht tut, wenn die Vertraulichkeit nicht gewährleistet ist. Nur erwähnt, aber nicht bedacht wird, dass die Beschränkung des Anwaltsgeheimnisses zu einem Verlust des Vertrauens des Unternehmers führt, das er in die geschützte Rechtsberatung durch den von ihm ausgewählten Rechtsanwalt gesetzt hatte.¹⁵³

Die Entscheidung in der Sache AM & S hat das Anwaltsgeheimnis zwar anerkannt, jedoch von Anfang an dessen Anwendungsbereich auf die Rechtsanwälte beschränkt, die unabhängig, das heißt nach Lesart des EuGH Anwälte sind, die nicht durch einen

with adequate rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest by the professional associations to which the legal counsel belongs (European Parliament, Minutes of 15/04/99 – Doc A 4 – 137/99).

¹⁵¹ Vgl. *Dolmans/Eichler/Müller-Ibold*, Fn. 138, AnwBl 1999, 493, 494.

¹⁵² Vgl. *Edward*, Fn. 138, AnwBl 1980, 45.

¹⁵³ EuGH AM & S, Fn. 142, 1610 Tz 18.

Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind. Nur die Korrespondenz, die von solchen Anwälten ausgeht und mit den Mandanten geführt wird, ist vertraulich und geschützt (Tz 21) Außerdem wird nur solcher Schriftwechsel privilegiert, der „im Rahmen und Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung „geführt“ wird (Tz 21). Dabei beruht die Qualifizierung der Syndikusanwälte als Anwälte ohne Anwaltsgeheimnis¹⁵⁴ auf der „Anforderung, dass der Rechtsanwalt einen unabhängigen Status haben muss, damit der von ihm geführte Schriftwechsel schutzwürdig ist, auf der spezifischen Vorstellung von der Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege, der in völliger Unabhängigkeit und deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung die dieser benötigt“ (Tz 24) (geben kann).. Eine Begründung für das Diktum wird sonst nicht gegeben, außer einigen Sätzen zu einer äußerst komprimierten Rechtsvergleichung (Tz 19, 20). Bei der Bestimmung der Schriftstücke, die überhaupt geschützt werden, bleibt unklar, ob der Schutz erst einsetzt, wenn ein zur Verteidigung erteiltes Mandat vorliegt. Diese Voraussetzung gilt im Übrigen für die Korrespondenz aller Anwälte mit ihren Mandanten. Auf der Grundlage dieser so elementaren wie kargen Hinweise wendet sich das Urteil dann der Analyse und Anwendung der Vorschriften der Verordnung Nr. 17 (1962) zu (Tz 26 bis 37).

Das Urteil stand von Anfang an in harscher Kritik¹⁵⁵. Angegriffen wird nicht nur das Ergebnis, das den Notwendigkeiten einer sachgerechten anwaltlichen Beratung in der Wirtschaft so wenig entsprach, sondern auch die allzu spärliche Methodik und Durchführung der Rechtsvergleichung nebst der darauf gegründeten freien Rechtssetzung, die unreflektierte Grundbegriffe verwendet. Die Rechtsvergleichung¹⁵⁶ war seinerzeit von den Generalanwälten Warner¹⁵⁷ und Slynn¹⁵⁸ durch ausführliche Darlegungen, die differenzierte und nicht holzschnittartige Betrachtungen ermöglichten, vorbereitet worden. Sie führten bei den Generalanwälten zu der Folgerung, den Syndikusanwälten das legal professional privilege zuzuerkennen¹⁵⁹, die allerdings der EuGH nicht zog.

Die durch die Entscheidung der EU geformte rechtliche Position zum LLP ist im Lauf der letzten fast 30 Jahre immer wieder in Zweifel gezogen und diskutiert worden. Man empfand sie als Hemmschuh für eine den Entwicklungen in Gesellschaft und Wirtschaft folgende rechtliche Würdigung. In der Europäischen Gerichtsbarkeit tauchte die Problematik in der Folge allenfalls am Rande auf¹⁶⁰. Viele hofften, als das Verfahren Akzo Nobel im Jahr 2003 vor dem EuG begann,¹⁶¹ die Europäische Gerichtsbarkeit werde nicht an den lapidar

¹⁵⁴ Die Zulassung von Rechtsanwälten erfolgt nach nationalem Recht und ist der Jurisdiktion der EU entzogen.

¹⁵⁵ Vgl. dazu zusammenfassend *Rethorn*, Fn.139, FS Söllner 2000, 893, 895 und die dort sowie in Fn.138 zitierte Literatur; vgl. im übrigen *Dolmans*, Fn.142, Col. J.of European Law 1998, 125; *Marchandise*, Fn. 142, New Liabilities 1994, 173; *Kolvenbach*, Fn.32, AnwBl 1987, 211; *Eichler/Peukert*, Fn. 138, AnwBl 2002, 189.

¹⁵⁶ Dazu gibt es bis heute in der Literatur viele Hinweise zur Lage in den einzelnen Mitgliedstaaten, vgl. nur *Marchandise*, Fn. 142, 173, 174 f., 182; *Kolvenbach*, Fn. 32, AnwBl 1987, 211; *ders.*, Fn. 139 FS Werner 1991, 411; *Eichler/Peukert*, Fn. 138, 194; *Burholt*, BRAK-Mitt. 2004, 100; vgl. auch *Henssler*, Fn.3, § 46 Rn 53 m.w.N.

¹⁵⁷ EuGH AM & S, Fn. 142, 1632 bis 1637.

¹⁵⁸ EuGH AM & S, Fn. 142, 1651 bis 1653.

¹⁵⁹ Vgl. *Warner*, Fn. 157, 1642; *Slynn*, Fn. 158, 1663; ebenso auch die Stellungnahme des Bundeskartellamts im Verfahren, WuW 1983, 283 bis 286.

¹⁶⁰ Vgl. zur Entwicklung *Dolmans*, Fn. 142, Col. J. of Europ. 1998, 125, 127 f. ; *Marchandise*, Fn. 142, New Liabilities 1994, 173, 185 f.; *Rethorn*, Fn. 139, FS Söllner 2000, 893, 897 ff.; im übrigen die in Fn. 139 genannten, vgl. auch *Burholt*, BRAK-Mitt. 2004, 100 f.; *Seitz*, Ein Schritt vor und zwei zurück? Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmensanwälte im Europäischen Kartellverfahren, EuZW 2010, 524 f.

¹⁶¹ EuGH Akzo Nobel, Fn. 1, Tz. 4.

geschöpften und allzu eng am Kartellverfahren orientierten Judikat in der Sache AM & S festhalten und dem Syndikusanwalt das legal professional privilege nicht absprechen. Diese Hoffnungen wurden enttäuscht.

Der EuGH wies durch Urteil vom 14.9.2010¹⁶² das Rechtsmittel gegen das Urteil des EuG vom 17.9.2007¹⁶³ zurück, da sich „der kraft des Grundsatzes der Vertraulichkeit gewährte Schutz nicht auf den unternehmens- und konzerninternen Schriftwechsel erstreckt“ (Tz.44). Der EuGH beschränkt sich für seine das Urteil tragende Begründung auf die Ausführungen im AM & S-Urteil (Tz.40 bis 47), von dem er ebenso wie der EuG im Urteil vom 17.9.2007 (Tz. 165 bis 171) und die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen (Tz. 54 bis 57) nicht abweichen will. Er bestimmt die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts allein durch das „Fehlen jedes Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten“ (Tz. 44). Gegenüber dieser einspurigen Darlegung sind die differenzierten Erwägungen des Präsidenten des EuG in der einstweiligen Anordnung vom 30. 10. 2003, in der eine mögliche Änderung der Rechtsprechung bedacht wurde (Tz. 98, 114, 122, 127), im weiteren Verfahren bis zum EuGH spurlos in der Versenkung verschwunden¹⁶⁴.

Man kann nicht sagen, dass es nicht in der Verfahrensgeschichte von 7 Jahren umfangreiche Darstellungen und Erwägungen der Verfahrensbeteiligten und Gerichte gegeben hätte. Die apodiktische Feststellung, der angestellte Rechtsanwalt habe keinen unabhängigen Status, mit der sich der EuGH begnügt, entwertet den umfänglichen Prozessstoff. Er ist überflüssig bei der denkbar einfachen Argumentationslinie: Vertrag (allein, der Inhalt spielt keine Rolle) hindert Unabhängigkeit, ohne Unabhängigkeit kein Anwaltsgeheimnis. Die Anwaltseigenschaft kann man nicht absprechen, weil darüber der EuGH keine Jurisdiktion hat. Nur mit dieser Brachial-Argumentation kann man dem Syndikusanwalt das legal professional privilege versagen. Wenn man näher differenziert, gerät die Position ins Wanken. Das merkt man den Ausführungen des Gerichts trotz aller Entschiedenheit an.

Es gibt auch einen von Anfang an fehlsamen Denkansatz, der deutlich bei den Schlussanträgen der Generalanwältin zum Ausdruck kommt. In der Eröffnung wird die Kommunikation zwischen Unternehmen und Syndikusanwalt ohne weiteres als „intern“ bezeichnet (Tz. 1). Eine Korrespondenz mit einem Rechtsanwalt ist nie so „intern“ wie ein sonstiges Schriftstück im Unternehmen. Sodann wird als zentrale Frage formuliert, ob sich der grundrechtlich verbürgte Schutz auch auf den internen Meinungs-austausch zwischen der Geschäftsführung eines Unternehmens und dessen abhängig beschäftigten Syndikusanwalt erstreckt (Tz.1).

Die richtige Frage wäre gewesen, gibt es einen Grund, dem Syndikusanwalt, der Rechtsanwalt ist, das alle Rechtsanwälte prägende und den Mandanten, der freie Anwaltswahl hat, schützende Anwaltsgeheimnis abzusprechen. Mit dieser Frage wäre man alsbald auf dem Weg gewesen, dass es dafür keine überzeugenden Gründe gibt.

Nach der Denkweise des EuGH führt kein Steg zum legal professional privilege des Syndikusanwalts. Es hilft keine vertragliche Regelung, die Unabhängigkeit garantiert. Es hilft kein Berufsrecht, an das der Syndikusanwalt gebunden ist (Tz. 57). Der

¹⁶² Fn. 1.

¹⁶³ Fn.2.

¹⁶⁴ Vgl. zu den einzelnen Verfahrensschritten: *Mann/Leisinger*, Kein legal privilege für unternehmensinterne Rechtsanwälte, AnwBl 2010, 776; *Dahms*, Kein Anwaltsgeheimnis für Syndikusanwälte, NJW-Spezial 2010,670 – zum Urteil des EuGH 2010; *Seitz*, Fn. 160, EuZW 2010, 524; *Marx*, Syndikusanwalt vor dem EuGH, AnwBl 2010, H.6, VI; *Wolf/Hasenstab*, Fn. 142, BRAK-Mitt. 2010, 150 – zu den Schlußanträgen der Generalanwältin; *Rethorn*, Legal Profesional Privilege: Anmerkungen zu Akzo Nobel, FS Gruson2009, 339; *Prütting*, AnwBl 2009, 402, 404 f. – zum Urteil des EuG vom 17.9.2007; *Hofmann*, Eine Neubestimmung der Reichweite des Anwaltsprivilegs in Wettbewerbsverfahren, EuZW 2003, 742 – zur einstweiligen Anordnung des Präsidenten des EuG vom 30.10.2003.

Syndikusanwalt ist Versuchungen ausgesetzt, insbesondere Kollisionen zwischen Wünschen des Mandanten und dem Berufsrecht, die er nicht lösen kann. Er ist auch zu sehr den Interessen des Mandanten verbunden (Tz. 49). Sonst ist das für den Rechtsanwalt berufsbegründend. Der Syndikusanwalt ist vom Unternehmer wirtschaftlich abhängig (Tz. 44), obwohl es ihm viel besser geht als den meisten frei praktizierenden Anwälten. Es bleibt (als Scheinbegründung) immer der kleine Unterschied, dass der Syndikusanwalt im Blickwinkel aller dieser Facetten eben nicht ganz so unabhängig ist wie der frei praktizierende Anwalt, weil er einen Vertrag hat. Klar, man kann nicht Birnen zu Äpfeln machen, aber beide sind gleichwertig ein köstliches und nahrhaftes Obst.

So steht man nach dem Akzo - Urteil des EuGH in der Europäischen Union mit einer unflexiblen und ramponierten Rechtslage da, die gerade in dem so wichtigen und dynamischen Wirtschaftsrecht keine angemessene und durchdringende rechtliche Beratung gestattet. Außerdem hindert sie einen sicheren Schutz der Unternehmen gegen Anmutungen der europäischen Behörde. Wie im nationalen Recht tut auch im Europarecht Abhilfe Not.

IV. Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV

1. Sinn und Zweck

Die Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV ist die einzige Gruppe, die die Interessen der Syndikusanwälte wahrnimmt. Sie moderiert die berufspolitischen Belange der Syndikusanwälte, wirbt und kämpft für deren Durchsetzung. Sie hat durchaus Züge eines Berufsverbands, den es für die Gruppe der Unternehmen und Verbänden tätigen Rechtsanwälte und für Unternehmensjuristen, die nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind, aber in Rechtsabteilungen arbeiten, sonst nicht gibt. Den Unternehmensjuristen rät die Arbeitsgemeinschaft durchaus, in die Anwaltschaft zu streben, denn Recht im Unternehmen und Verband findet nur statt, wenn Syndikusanwälte es betreiben.

Das berufspolitische Anliegen der Arbeitsgemeinschaft ist es, die Syndikusanwälte voll in die Anwaltschaft zu integrieren, sie als Rechtsanwälte gerade auch im Dienstverhältnis mit dem Unternehmer, der sie angestellt hat und beauftragt, zu begreifen, ihnen das Anwaltsgeheimnis zu sichern, denn es gibt keinen Rechtsanwalt ohne Anwaltsgeheimnis. Durch diese Zielsetzung wird sichergestellt, dass die Rechtsberatung im Unternehmen und in den Verbänden nach dem Rechte- und Pflichtenprogramm der Rechtsanwälte abläuft. Das stärkt das Recht in der Wirtschaft, vermehrt die gesellschaftspolitische Bedeutung der Anwaltschaft und sorgt durch flexible und sachkundige Zusammenarbeit zwischen internem und externem Rechtsberater für eine frühzeitige, umfassende und konfliktmeidende, am Recht ausgerichtete Gestaltung des wirtschaftlichen Geschehens. Wegen ihrer exzellenten Ausbildung und des bei ihnen angehäuften Wissens in vielen Spezialgebieten des Rechts sind die Syndikusanwälte eine Zierde der Anwaltschaft.

2. Hinweis zur Geschichte

Die Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte ist am 14. April 1978 im Hotel Bristol in Bonn gegründet worden. Sie ist die erste der im DAV errichteten Arbeitsgemeinschaften. Zur Gründungsversammlung erschienen 81 Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen aus allen Industrie- und Dienstleistungsbranchen der Bundesrepublik Deutschland.¹⁶⁵ Im Gründungsauftrag des damaligen Präsidenten des DAV Helmut Wagner¹⁶⁶ wird auf die

¹⁶⁵ DAV-Archiv Nr. 1194.

¹⁶⁶ DAV-Archiv Nr. 1194.

wichtige Tätigkeit der Wirtschaftsjuristen hingewiesen, auch auf den Gleichlauf ihrer Interessen am Gedankenaustausch und an Informationen aus dem Wirtschaftsleben und dem Wirtschaftsrecht, mochten sie auch in ganz unterschiedlichen Branchen tätig sein. Außerdem gab es damals Bestrebungen des Bundesministeriums der Justiz und der BRAK, so vermerkt es der Aufruf, die Stellung des Syndikusanwalts nachhaltig zu beschränken. Die Syndikusanwälte sollten sich auf der Plattform des Deutschen Anwaltsvereins sammeln und ein geeignetes Forum für die gegenseitige Unterrichtung und den Austausch von Erfahrungen bilden. Nicht betroffen werden sollte, so ist es bis heute, die Übung, dass Unterrichtung und Erfahrungsaustausch auch innerhalb der Rechtsausschüsse der Verbände stattfinden.

Der Weitsicht und der Tatkraft des auf Helmut Wagner folgenden DAV-Präsidenten Hans-Jürgen Rabe ist es zu danken, dass die Arbeitsgemeinschaft nach der Gründungsversammlung schnell und erfolgreich ins Werk gesetzt wurde. Die Arbeitsgemeinschaft war und ist geleitet von Walter Kolvenbach, Jürgen Biermann, F. Helmut Eichler und Hans Peter Benckendorff. Die genannten Sprecher stehen an der Spitze des geschäftsführenden Ausschusses, der sich 2010 folgendermaßen zusammensetzt: Hans Peter Benckendorff, Ulrich Bauer, Dirk Gasse, Peter Hamacher, Peter Kriependorf, Ute Lorenzen, Matthias Petzold, Dietrich Rethorn, Michael Scheer, Holger Strnad, Renate von Tirpitz, Martin Wagener, Heiko Willems. In der Geschäftsstelle des DAV waren und sind Jürgen Chemnitz, Peter Hamacher, Eva Schriever und Thomas Marx für die Arbeitsgemeinschaft zuständig.

3. Veranstaltungen und Berufspolitik

Im ersten Tätigkeitsbericht vom 17. 9. 1979 wird davon berichtet, dass die Bestrebungen des BMJ und der BRAK, die Syndikusanwälte zu beschränken, nach Gesprächen der Arbeitsgemeinschaft aufgegeben seien. Es gab Fachtagungen zum Zollrecht, zu den Auswirkungen des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, zur Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit externen Anwälten. Auf dem 40. Anwaltstag 1979 trat die Arbeitsgemeinschaft erstmals innerverbandlich hervor.¹⁶⁷

Das beispielhaft erwähnte Themenspektrum wurde in den folgenden Jahrzehnten in ungezählten Veranstaltungen ständig erweitert, variiert und, wenn es nötig war, wurden die Themen erneut aufgegriffen. Seit 1990, der Vereinigung Deutschlands, findet in Berlin, Anfang November als Ausweis von Nachhaltigkeit, Integration und Solidarität stets der Syndikusanwaltstag statt. Die Arbeitsgemeinschaft ging bewusst nach Berlin und auch in die östlichen Bundesländer. Dann und wann gibt es auch Regionaltagungen. Selbstverständlich ist die Teilnahme der Arbeitsgemeinschaft an den Anwaltstagen. Wie weit das Feld der behandelten Themen ist, zeigen einige Hinweise auf die Programme der Syndikusanwaltstage der vergangenen Jahre. Es standen an: International Arbitration, Unternehmensstrafrecht, Erfolgshonorar, Discovering, Produkthaftung, Europäisches Gesellschaftsrecht, Pitfalls in Legal English, Claas Action, Private Enforcement of Competition Law, Recruitment of Corporate Lawyers, Compliance, Berufsrecht der Syndikusanwälte, Anstellungsbedingungen, Doing Business with Eastern Europe, Investitionen in China.

Ein Schwerpunkt der Arbeit ist die Berufspolitik. In den Jahren 1985/1986 gab es auf Grund einer geplanten gesetzlichen Regelung für Fachgebietsbezeichnungen, wie es damals

¹⁶⁷ DAV-Archiv Nr. 1194.

hieß, und einer damit geplanten Revision der BRAO Gesetzgebungsvorschläge zur Beschränkung der Syndikusanwälte. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass auch die außergerichtliche Tätigkeit für den Dienstherrn keine anwaltliche sei. Nur die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ sollten die Syndikusanwälte weiter führen dürfen. Die Arbeitsgemeinschaft hat sich dagegen heftig gewehrt und für ihre Position gekämpft, auf Veranstaltungen und in Diskussionen mit den Abgeordneten des Parlaments. Das Gesetzgebungsvorhaben ist aufgegeben worden.¹⁶⁸

Die Arbeitsgemeinschaft hat die Vorschläge zur Neuordnung zu § 46 BRAO für die Berufsrechtsreform 1994 und im Jahre 2007 in Zusammenarbeit mit dem Berufsrechtsausschuss und dem Vorstand des DAV ausgearbeitet. Sie wirbt ständig für die darin eingenommene Position zur Lösung der Problematik der Syndikusanwälte.

Die Arbeitsgemeinschaft berät ihre Mitglieder in berufsrechtlichen Fragen, unterrichtet durch Rundschreiben und stellt auf ihrer Homepage www.syndikus-anwaelte.de, die auch von der Plattform der Arbeitsgemeinschaften auf der DAV-Homepage www.anwaltverein.de erreicht werden kann, interessante Texte und Informationen zur Verfügung.

4. ECLA

Die Arbeitsgemeinschaft ist Mitbegründerin der European Company Lawyers Association (ECLA) mit Sitz in Brüssel. Das geschah im Jahr 1983 „im Anschluss“ an das AM & S-Urteil des EuGH. Initiator und 1. Prsident für 10 Jahre war Walter Kolvenbach. Schön ist es, dass mit Peter Kriependorf im Oktober 2010 wieder ein Deutscher zum Präsidenten der ECLA gewählt wurde.

Nahezu alle Mitgliedstaaten der EU und auch andere Staaten wirken in der ECLA für die Belange der Syndikusanwälte und Unternehmensjuristen durch ihre jeweiligen nationalen Organisationen. Die ECLA hält die Kontakte zur Europäischen Kommission und zu Verbänden und Institutionen, die sich mit der Thematik der ECLA befassen. Es gibt große europaweite Konferenzen, die auch durchaus Fortbildungscharakter haben.

Auf der Plenarsitzung 1997 in Dresden hat die ECLA unter maßgeblicher Mitwirkung der Arbeitsgemeinschaft ein Positionspapier „Legal Privilege For In – House Lawyers“ erarbeitet und einstimmig verabschiedet. Es war der Ausgangspunkt und die Grundlage für die Beteiligung der ECLA im Verfahren Akzo Nobel vor EuG und EuGH. Die ECLA ist zu erreichen auf der Homepage www.ecla.org.

Stand: 29. Oktober 2010

Rechtsanwalt
Dr. Peter Hamacher

¹⁶⁸ DAV-Archiv Nr. 1196; vgl. *Kolvenbach*, Fn.38, Festschrift Quack 1991, 715,721..