

## Syndikusanwälte ante portas?

Rechtsanwaltskammern und Anwaltsgerichtsbarkeit diskriminieren europäische Anwälte – BGH-Beschluss\*

Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i.Br.

Der Kampf der Syndikusanwälte um die Legalisierung ihres beruflichen Status als Rechtsberater in nichtanwaltlichen Unternehmen hat nach der Entscheidung des EuGH in Sachen Akzo/Nobel mit dem neuesten Beschluss des BGH zur Zulassung europäischer Rechtsanwälte einen weiteren Rückschlag erlitten. Der seit Jahrzehnten andauernde nationale „Bannstrahl“ der Rechtsanwaltskammern und der Anwaltsgerichtsbarkeit wird nunmehr – dem aktuellen anti-europäischen Zeitgeist entsprechend – auf Europa ausgedehnt. Auch den europäischen Kollegen soll der Zutritt in den „heiligen Hain der deutschen Anwaltschaft“ versperrt werden, wenn sie sich „nur“ als Syndikusanwalt betätigt haben. Der folgende Beitrag zeigt unter kritischer Bezugnahme auf die Argumentation des BGH die Defizite bei der Behandlung der Syndikusanwälte in Deutschland auf. Er gibt zugleich einen aktuellen Überblick über ihre Rechtslage einschließlich der zwischenzeitlich hochbrisanten versorgungsrechtlichen Problematik angesichts der restriktiven Befreiungspolitik der Rentenversicherungsträger. Zugleich wird unter Berücksichtigung der gesetzlichen Neuregelung des Syndikussteuerberaters deutlich gemacht, welche Schritte rechtspolitisch notwendig sind, um endlich der überfälligen Diskriminierung der Syndikusanwälte in Deutschland ein Ende zu bereiten.

### 1. Berufspolitische Unmündigkeit

Man kann nur mit Betroffenheit feststellen, welches Maß an Immobilität die deutsche Anwaltschaft im eigenen Berufsrecht seit ihrer Entlassung in die Freiheit der Advokatur im Jahre 1879 bis in die jüngste Zeit an den Tag gelegt hat.<sup>1</sup> Der Kampf gegen die Syndikusanwälte, denen jeder Rechtsanwaltsstatus verweigert wird, ist ein Musterbeispiel einer unaufgeklärten anwaltlichen Berufsrechtspolitik. Statt pragmatisch und realitätsnah sowie verfassungs- und europarechtskonform das eigene Berufsrecht gemeinwohlorientiert zu liberalisieren sowie die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu sichern, beschränkt man sich auf die ikonenhafte Anbetung tradiert diffuser Berufsbilder. Den Syndikusanwalt schließt man von dieser „Messe“ aus, weil er dem Idealbild des freien und unabhängigen Rechtsanwaltsbild nicht gerecht werde. Veränderte tatsächliche Entwicklungen wie auch Grundrechte geraten dabei nicht in das Blickfeld der Akteure. Dieser „K(r)ampf“ ist um so unverständlicher, als sich die Anwaltschaft damit zugleich selbst massiv schädigt, verliert sie doch zahlungskräftige Mitglieder in den Kammern und Versorgungswerken mit der Folge höherer Beiträge und niedrigerer Renten. Die vom Anwaltsssenat des BGH<sup>2</sup> nunmehr bestätigte syndikusanwaltsfeindliche Entscheidung der

Rechtsanwaltskammer München liegt voll auf dieser an Kurzsichtigkeit und rechtsmethodischer Beschränktheit liegenden Linie.

### 2. Doppelberufstheorie

Als Syndikusanwälte werden Rechtsanwälte bezeichnet, welche bei nichtanwaltlichen Arbeitgebern wie zum Beispiel Banken, Unternehmen, Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaften oder Verbänden in Rechtsanwaltsfunktion – also rechtsberatend oder -vertretend – auf Grund eines Dienstvertrages angestellt sind.<sup>3</sup> Sie machen zwischenzeitlich in Ballungsgebieten ca. 15 bis 25 Prozent der deutschen Anwaltschaft aus. Sie verfügen – in der Regel – über sicheres Einkommen und sind in hohem Maße spezialisiert qualifiziert.

Das maßgebliche Berufsrecht der BRAO – nichts anders galt für seine Vorgänger – erwähnt den Syndikusanwalt seit der Entlassung der Anwaltschaft in die freie Advokatur nicht. Es kennt nur – konform vor allem dem den Eingangsbestimmungen der §§ 1–3 BRAO entnommenen Berufsbild – den niedergelassenen, freien und unabhängigen Anwalt. Die Kammern und die Anwaltsgerichtsbarkeit vertreten daher die Ansicht, dass Syndikusanwälte eigentlich in ihrer Haupttätigkeit für ihren Arbeitgeber nichtanwaltlich rechtsberatend und -vertretend tätig sind. Nach der von ihnen verfochtenen Doppelberufstheorie<sup>4</sup> sind sie Rechtsanwälte nur auf Grund ihres Zulassungsantrags für eine eigene Praxis. Daher soll der Syndikusanwalt zwei Arbeitsbereiche haben, einen als schlichter nicht anwaltlicher Arbeitnehmer, der keine Unabhängigkeit besitzt, sondern dem Prinzip der Über- und Unterordnung unterliegt<sup>5</sup>, und einen als freier, unabhängiger Anwalt. Die Zulassung richtet sich nach der Zweitberufsregelung des § 7 Nr. 8 BRAO. In der BRAO wird der Syndikusanwalt allenfalls negativ in § 46 erwähnt, in dem ihm ein Verbot des Auftretens als Rechtsanwalt für den Arbeitgeber auferlegt wird. An dieser Doppelberufstheorie hält der BGH auch in seiner jüngsten Entscheidung zu § 11 EuRAG fest.

Der vom BGH stereotyp in seiner syndikusanwaltsfeindlichen Rechtsprechung praktizierte Rekurs auf das Berufsbild des „unabhängigen“ Rechtsanwalts ist zwar im Grundsatz berechtigt. Er erweist sich jedoch – und dafür bildet sein neuester Beschluss zu § 11 EuRAG ein beredtes Beispiel – als verfehlt in seiner einseitigen und undifferenzierten Verwendung als „Allzweckwaffe“ zur umfassenden Diskriminierung der Syndikusanwälte angesichts der damit verbundenen zwangsläufigen Missachtung elementarer Grundsätze der Rechtsauslegung einschließlich der Grundrechte und Grundfreiheiten.

### 3. Berufsbild der Unabhängigkeit

Es steht außer Frage, dass es in der BRAO an einer spezialgesetzlichen Regelung für Syndikusanwälte fehlt. Sie kennt in der Regel nur den niedergelassenen Rechtsanwalt in eigener Praxis.

\* Zugleich Besprechung BGH Beschl. v. 7.2.2011 – AnwZ (B) 20/10, in diesem Heft ab Seite 473.

1 Vgl. ausführlich Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 177 Rn. 7 m. w. N.

2 BGH Beschl. v. 7.2.2011 – AnwZ(B) 20/10 – in diesem Heft.

3 Vgl. u. a. Hommerich/Prütting, Das Berufsbild des Syndikusanwalts, 1998.

4 Vgl. ausf. Kleine-Cosack, BRAO, (aaO. Fn 1), § 7 Rn. 70 m. w. N.

5 BGHZ 33, 276, 279; 141, 69, 71.

#### a) Unabhängigkeitsdifferenzen

Es ist auch vertretbar, wenn dieser Befund neben den Gesetzesbegründungen auch den auf „Unabhängigkeit“ und „Freiheit“ des Rechtsanwalts abstellenden Berufsbildbestimmungen der §§ 1–3 BRAO entnommen wird. Nichts anderes gilt für die These, dass Syndikusanwälte für ihre Tätigkeit beim nichtanwaltlichen Arbeitgeber nicht in gleichem Maße wie niedergelassene Rechtsanwälte „Unabhängigkeit“ für sich in Anspruch nehmen können.

Auch der EuGH hatte sie in der Entscheidung *Akzo/Nobel* den Syndikusanwälten vertretbar abgesprochen.<sup>6</sup> Ein Syndikusanwalt genieße trotz seiner Zulassung als Rechtsanwalt und der damit einhergehenden berufsrechtlichen Bindungen nicht denselben Grad an Unabhängigkeit von seinem Arbeitgeber wie der in einer externen Anwaltskanzlei tätige Rechtsanwalt gegenüber seinen Mandanten. Unter diesen Umständen könne er etwaige Spannungen zwischen seinen Berufspflichten und den Zielen seines Mandanten weniger leicht ausräumen als ein externer Anwalt. Die Situation eines abhängig Beschäftigten lasse es naturgemäß nicht zu, dass der Syndikusanwalt von seinem Arbeitgeber verfolgte Geschäftsstrategien außer Acht lässt.

Die entsprechende Argumentation des EuGH ist nachvollziehbar. Es kann schließlich nicht in Frage gestellt werden, dass Syndikusanwälte zu ihrem Auftraggeber auf Grund des Anstellungsvertrags in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, das in vergleichbarer Weise bei niedergelassenen Rechtsanwälten nicht besteht. Letztere schließen mit den Mandanten nur einzelne Mandatsverträge ab. Die sich aus derartigen – gegenständlich beschränkten – Mandaten ergebenden Restriktionen des Rechtsanwalts im Einzelfall sind jedoch nicht zu vergleichen mit der sich aus einem Anstellungsvertrag ergebenden Abhängigkeit von einem einzigen Auftraggeber.

#### b) Kein Anspruch auf völlige Gleichstellung

Der vom EuGH – im Prinzip völlig zutreffend – betonte Unterschied im Hinblick auf die Vertragsbindung kann nicht substantiiert in Frage gestellt werden. In puncto Unabhängigkeit bestehen durchaus rechtlich wie politisch relevante Differenzen zwischen beiden Anwaltsformen.<sup>7</sup>

Unter europäischem Blickwinkel spricht gegen eine unkritische Gleichbehandlung der beiden juristischen Professionen auch der Umstand, dass die Rechtslage im Hinblick auf die Syndikusanwälte in den Staaten der EU sehr unterschiedlich ist; nur wenige kennen spezielle Regelungen zugunsten dieser Anwaltsform. Der EuGH<sup>8</sup> hat zu Recht betont, dass Syndikusanwälte nicht nur in Deutschland sondern auch in den meisten Staaten der Europäischen Union nicht als Rechtsanwälte anerkannt sind. Eine allgemeine Tendenz hin zu einer Gleichstellung könne nicht festgestellt werden. Soweit dies in den Niederlanden geschehen ist, handelt es sich um eine Ausnahme.

Entsprechend gibt es auch in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine mehrheitliche Tendenz dahin, dass die Kommunikation mit Syndikusanwälten gemäß dem Grundsatz der Vertraulichkeit geschützt wäre. Auch insoweit ist die Entscheidung des EuGH in jeder Hinsicht vertretbar, zumal es sich bei Fragen des Zeugnisverweigerungsrecht wie auch des Beschlagnahmeprivilegs um bisher noch weitgehend unangetastete Elementarrechte der freien Rechtsanwälte handelt. Ihre uneingeschränkte Übertragung auf unterschied-

lichste Formen von Firmenanwälten könnte sie langfristig gefährden.<sup>9</sup>

#### 4. Grenzen der Berufsbildargumentation

So unbestritten einerseits aus der Entstehungsgeschichte der BRAO wie auch den Berufsbildbestimmungen Argumente gegen eine Gleichstellung der Syndikusanwälte hergeleitet werden können, so wenig vermag es andererseits zu überzeugen, das Berufsbild als „Allzweckwaffe“ gegen die Syndikusanwälte zu verwenden. Eben dies praktizieren Kammern und Anwaltsgerichtsbarkeit, wenn sie völlig unkritisch und undifferenziert bei den unterschiedlichsten Sachverhalten zu Lasten der Syndikusanwälte argumentieren, sei es bei der Zulassung, der Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung oder – wie vom BGH in der aktuellen Entscheidung zu § 11 EuRAG nunmehr praktiziert – bei der Zulassung europäischer Anwälte.

#### a) Methodisches Defizit

Ein solches Vorgehen verstößt bereits gegen elementare Grundsätze der Rechtsauslegung. Sie gebietet bekanntlich die Verwendung verschiedener Methoden; teleologische wie funktionale Aspekte dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Zudem kommt anerkanntermaßen der Entstehungsgeschichte nur eine beschränkte Bedeutung zu. Erst recht ist eine europarechts- und verfassungskonforme Auslegung unverzichtbar. Nahezu nichts dergleichen findet sich in der BGH-Entscheidung zu § 11 EuRAG. Sie beschränkt sich weitgehend auf den tradierten Berufsbildkanon, um damit die Zulassungstür für ausländische Syndikusanwälte zu versperren.

#### b) Unabhängigkeitsproblematik

Der BGH huldigt mit seiner Argumentation jedoch nicht nur einer eigentlich überholten Begriffsjurisprudenz. Er lässt auch außer Acht, dass der zentrale Begriff der „Unabhängigkeit“ und das mit ihm gezeichnete Berufsbild äußerst diffus sind. Aus ihnen wird entnommen, was dem meist konservativen Vorverständnis entsprechend zuvor hineingelegt wurde. Schon deshalb verbietet sich ein unkritischer Rekurs auf die unbestimmten Berufsbildbestimmungen der §§ 1–3 BRAO, um Berufsverbote zu begründen.<sup>10</sup> Auch hat der Begriff der „Unabhängigkeit“ viele Facetten. Soweit er – wie hier – nicht die unproblematische staatliche Unabhängigkeit betrifft, kann er z. B. innere, äußere, rechtlich oder tatsächliche Aspekte etc. betreffen.

In tatsächlicher Hinsicht darf weiter nicht außer Betracht bleiben, dass es in der Realität der niedergelassenen Rechtsanwälte mit der vom BGH viel beschworenen „Unabhängigkeit“ alles andere als zum besten bestellt ist. Eine große Zahl der deutschen Rechtsanwälte erfreut sich keiner nennenswerten Unabhängigkeit mehr. Sie verrichten nicht selten ihre Anwaltstätigkeit in – zudem oftmals auch noch schlecht bezahlter<sup>11</sup> – „Knechtschaft“ als Angestellte in Rechtsanwalts-

6 EuGH, Ur. v. 14. September 2010 – C-550/07 P- *Akzo/Nobel* = AnwBl 2010, 796; *Mann/Leisinger*, AnwBl 2010, 776–779; *Hamacher*, AnwBl 2011, 42–45.

7 Vgl. nur *Prütting*, AnwBl 2001, 313.

8 EuGH, Ur. v. 14. September 2010 – C-550/07 P.

9 Vgl. auch *Kleine-Cosack*, BRAO, (aaO. Fn. 1) § 7 Rn. 69.

10 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, aaO. (Fn. 1) Vor § 1 Rn. 1.

11 Vgl. auch *Kleine-Cosack*, BRAO, aaO. (Fn. 1) Erl. zu § 26 BORA.

kanzleien, ohne dass die Satzungsbestimmung des § 26 BORA an ihrer „Ausbeutung“ etwas ändern konnte.

Andererseits verfügen Syndikusanwälte nicht selten über eine weitaus größere Freiheit als ihre niedergelassenen Kollegen. Ganz abgesehen davon, dass sie angesichts ihrer hohen Spezialisierung über eine Fachkompetenz verfügen, welche in der Regel weit über derjenigen vieler niedergelassener deutscher Rechtsanwälte liegt, sind sie auch finanziell auf Grund des festen Gehalts oftmals unabhängiger als Letztere, welche nicht selten um Mandate kämpfen müssen und in ihrer Not gelegentlich die Interessen der Mandanten verfehlen. Zudem gibt es die unterschiedlichsten Erscheinungsformen von Syndikusanwälten.<sup>12</sup> Viele von ihnen verfügen über ein noch größeres Maß an Unabhängigkeit als niedergelassene Rechtsanwälte, wenn sie zum Beispiel bei einem Verband tätig sind, und dort nicht den Arbeitgeber sondern nur dessen Mitglieder beraten.

## 5. Unhaltbarkeit der Doppelberufstheorie

Der stereotype und undifferenzierte Rekurs des BGH in seiner syndikusanwaltsfeindlichen Judikatur auf das Berufsbild des „unabhängigen Rechtsanwalts“ vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, als dabei die grundsätzlichen Bedenken gegen die ihr zugrundeliegende Doppelberufstheorie wie auch die erheblich veränderte Rechtswirklichkeit ausgeblendet werden.

### a) Mogelpackung

Die Doppelberufstheorie beruht auf einer schlichten Mogelpackung: Der Bewerber muss entgegen dem angeblichen Lügenverbot<sup>13</sup> für Rechtsanwälte bei der Zulassung behaupten, sich als niedergelassener Rechtsanwalt in eigener Kanzlei zu betätigen. Das ist aber überwiegend nicht der Fall, da die meisten Syndici nur für den Arbeitgeber tätig werden. Letzterer wäre auch „wenig beglückt“, wenn sein angestellter Jurist jederzeit das Büro verlassen dürfte, um eigenen Geschäften nachzugehen. „Getopt“ wird diese Zulassungsmogelei noch durch die Forderung der Kammern, nach welcher der Arbeitgeber in der Tat eine dahingehende Erklärung für die jederzeitige Freistellung für Rechtsanwaltsaufgaben abzugeben hat; würde der Syndikus entsprechend verfahren, hätte er verständlicherweise am nächsten Tag die – wenn auch unter Umständen rechtswidrige – Kündigung zu gewärtigen.

### b) Kanzleien beim Arbeitgeber

Die Doppelberufstheorie ist auch insoweit partiell überholt, als es Syndikusanwälten erlaubt ist, nicht nur bei ihrer Tätigkeit für den nichtanwaltlichen Arbeitgeber die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ zu benutzen.<sup>14</sup> Sie können ihre „potemkinsche Privatkanzlei“ auch in den Räumen des Arbeitgebers einzurichten, ohne ein Praxisschild anbringen zu müssen.<sup>15</sup> Diese Möglichkeit, auf die immer wieder hingewiesen wurde<sup>16</sup>, haben sich zwischenzeitlich viele Unternehmen, Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfer- oder Inkassogesellschaften zu Nutze gemacht, um zwecks Einhaltung des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) uneingeschränkt rechtsanwaltschaftlich tätig sein zu können. Wenn aber Syndikusanwälte beim Arbeitgeber rechtsanwaltschaftlich tätig werden können, der Unterschied zum niedergelassenen Rechtsanwalt nur noch im Briefpapier sowie im äußeren Auftreten besteht, dann muss

diesem Umstand auch rechtlich Bedeutung zukommen, was der BGH in seiner syndikusanwaltsfeindlichen Judikatur – so auch im neuen Beschluss zu § 11 EuRAG – mit seiner verengten Berufsbildargumentation negiert.

### c) Verfassungswidriges Vertretungsverbot

Letztere erweist sich auch deshalb als fragwürdig, als zu ihrer Begründung auch auf § 46 BRAO recurriert wird. So führt der BGH in der Entscheidung zu § 11 EuRAG aus:<sup>17</sup> „Die Unterscheidung zwischen der freien anwaltlichen Berufsausübung und der Tätigkeit als Syndikus kommt auch in den Berufsausübungsregelungen des § 46 BRAO zum Ausdruck.“ Der Rechtsausschuss habe eine Änderung in Anlehnung an die Zweitberufsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit der Erwägung verworfen, das von der freien und unreglementierten Selbstbestimmung geprägte Bild des Rechtsanwalts stehe dem entgegen.<sup>18</sup>

Bei dieser Argumentation gerät die manifeste Verfassungswidrigkeit des § 46 Abs. 1 BRAO nicht in das Blickfeld des Anwaltsenats. Die gesamte Vorschrift ist verfassungs- und europarechtlichen Bedenken ausgesetzt, da sie in unverhältnismäßiger Weise die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts wie auch das Recht der Mandanten gem. Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Anwaltswahl (vgl. auch § 3 BRAO) beschränkt. Eine konkrete Gemeinwohlgefahr bei Vertretung des Arbeitgebers durch den Syndikusanwalt kann schließlich nicht einmal ansatzweise begründet werden. Vor allem vermag nicht zu überzeugen die undifferenzierte Behauptung der Gefahr einer Interessenkollision bzw. des Ausreichens einer abstrakten Gefahr für die Unabhängigkeit allein wegen des Anstellungsverhältnisses beim nicht-anwaltlichen Arbeitgeber, zumal der niedergelassene Rechtsanwalt auch den Weisungen seines Mandanten bei dem Auftreten vor Gericht unterliegt.<sup>19</sup> Die Bestimmung des § 46 Abs. 1 BRAO dient schlicht dem verfassungsrechtlich irrelevanten Konkurrenzschutz.

Die niedergelassenen Rechtsanwälte, welche auf Kosten der Mandanten zusätzlich eingeschaltet werden müssen, kassieren die Gebühren und der nicht in Robe auftretende Syndikusanwalt macht die Arbeit. Vergleichbare unhaltbare Zustände hatte man auch zu Zeiten des Lokalisationsgebots mit der Beschränkung auf einen Landgerichtsbezirk. Letztlich vermag das Berufsbildargument die Verbotsnorm des § 46 BRAO nicht zu legitimieren.

Die Fragwürdigkeit des vom BGH erneut praktizierten Rekurs auf § 46 Abs. 1 BRAO wird im Übrigen dadurch erhöht, dass das Verbot „legal“ sehr einfach umgangen werden kann und auch tatsächlich wird. Schließlich bedarf es nur eines schlichten „Outsourcings“, sodass Auftraggeber und Vertretener personenverschieden – wenn auch durch Absprachen vertraglich verbunden – sind; dann kann ein Verstoß ohnehin nicht entdeckt werden.

<sup>12</sup> Vgl. auch Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 20 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Kleine-Cosack, BRAO, § 43 a Rn. m. w. N.

<sup>14</sup> Zur Unterzeichnung vgl. OLG Nürnberg AnwBl 1994, 419.

<sup>15</sup> Vgl. AnwG Hamm, AnwBl 2000, 316; s. a. AnwG München BRAK-Mitt. 2007, 269; Kleine-Cosack, BRAO, aaO. (Fn. 1) § 27 Rn. 6 m. w. N.

<sup>16</sup> Vgl. Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, Anh. §§ 1–5 Rn. 49 ff.

<sup>17</sup> BGH aaO. (Fn. 2).

<sup>18</sup> BVerfGE 87, 287; siehe auch BT-Drucks. 12/7656 S. 49.

<sup>19</sup> Vgl. aber n. ü. BayRAGH BRAK-Mitt. 2004, 180; AGH Hamm Beschl. v. 20.1.2006 – 1 ZU 76/05.

#### d) Fachanwaltschaften

Die Unhaltbarkeit seiner pauschalen Berufsbildargumentation hat der BGH im Übrigen immerhin unter dem Druck des „verfassungsrechtlichen Damoklesschwerths“ eingeräumt bei der Verleihung von Fachanwaltsbezeichnungen. Zwar kann er auch hier nicht vollständig auf sein beliebtes Unabhängigkeitsargument verzichten<sup>20</sup>. Eine Fallbearbeitung als Syndikus soll grundsätzlich keine solche als Rechtsanwalt sein, weil der Syndikusanwalt, anders als ein angestellter Rechtsanwalt<sup>21</sup>, innerhalb seines festen Beschäftigungsverhältnisses nicht anwaltlich tätig werde.<sup>22</sup> Der BGH lässt aber in ständiger Rechtsprechung die Berücksichtigung von Fallbearbeitungen als Syndikus zu, wenn eine erhebliche Anzahl nicht unbedeutender Mandate im Rahmen selbständiger anwaltlicher Tätigkeit erbracht worden ist.<sup>23</sup> Dies hat er bei einem Anteil von 22 v. H. zum Zeitpunkt der Antragstellung und mit 35 v. H. zum Zeitpunkt der Entscheidung des AGH für nicht ausgeschlossen gehalten.<sup>24</sup>

Diese Rechtsprechung des BGH ist zwar im Vergleich zu seiner früher vertretenen Totalablehnung der Berücksichtigung der in Syndikusanwaltsfunktion bearbeiteten Fälle ein Fortschritt. Das Beharren auf einem bestimmten Prozentsatz von Fällen als niedergelassener Rechtsanwalt ist aber wirklichkeitsfremd und verfassungswidrig. Schließlich besteht zwischen beiden Bearbeitungsvarianten kein relevanter praktischer Unterschied; der Syndikusstatus mit dem Anstellungsvertrag ist hier irrelevant. Die Bearbeitung als niedergelassener Rechtsanwalt erfordert schließlich nur die Verwendung eines eigenen Briefkopfes im externen Schriftwechsel sowie unter Umständen die Verwendung der Robe in Verfahren bei Gericht. Das bedeutet zugleich, dass die Erforderlichkeit eines Quorums von eigenen Fällen am Maßstab des Art. 12 und des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen ist, da rechtfertigende Gründe nicht erkennbar sind. Der Gesetzgeber war hier beim RAFachBezG<sup>25</sup> schon weiter gewesen, nach dem – was auch der BGH einräumen musste – keinerlei Restriktion für Syndikusanwälte bestand.

### 6. Zulassungsanspruch für europäische Anwälte

Wenn der BGH das zwischenzeitlich erreichte Maß an Gleichstellung der Syndikusanwälte an niedergelassene Rechtsanwälte berücksichtigt hätte, dann hätte er gem. § 11 EuRAG dem Zulassungsantrag des österreichischen Rechtsanwalts in seinem Fall stattgeben müssen. Diesem wurde jedoch zum Verhängnis, dass er schwerpunktmäßig (nur) als „Legal Counsel“ für die deutsche Niederlassung eines weltweit tätigen Software-Unternehmens tätig war. Er hatte eine Liste von 148 Fällen vorgelegt, von denen 139 auf seine Syndikustätigkeit entfielen. Die Rechtsanwaltskammer München und der AGH München hielten das nicht für ausreichend. Der BGH folgt der ablehnenden Ansicht.

#### a) Voraussetzungen

Nach § 11 EuRAG kann nach dreijähriger Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung im Aufnahmestaat die vollständige Integration in den Berufsstand des Aufnahmestaates erlangt werden. Das setzt nach Art. 10 der Niederlassungsrichtlinie voraus, dass der Rechtsanwalt eine mindestens dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit im Aufnahmestaat im Recht dieses Mitgliedstaats, einschließlich des Gemeinschaftsrechts, nachweist. Nach Art. 10 Abs. 1 Satz

2 der Niederlassungsrichtlinie ist unter „effektiver und regelmäßiger Tätigkeit“ im Aufnahmestaat die „tatsächliche Ausübung des Berufs ohne Unterbrechungen“ zu verstehen. Damit sind nur Tätigkeiten zu berücksichtigen, die als Ausübung des Rechtsanwaltsberufs zu qualifizieren sind.

#### b) BGH: Berufsbildansatz

Nunmehr bemüht der BGH jedoch erneut seine Berufsbildtheorie, um die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Zulassung zu verneinen. Eine Berufsausübung in Syndikusanwaltsfunktion genüge angesichts der fehlenden Unabhängigkeit im Sinne des §§ 1, 3 BRAO nicht den Anforderungen des EuRAG. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus Art. 8 der Niederlassungsrichtlinie. Danach kann der im Aufnahmestaat unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragene Rechtsanwalt als abhängig Beschäftigter eines anderen Rechtsanwalts, eines Zusammenschlusses von Anwälten oder einer Anwaltssozietät oder eines öffentlichen oder privaten Unternehmens tätig sein, wenn der Aufnahmestaat dies für die unter der Berufsbezeichnung dieses Mitgliedstaats eingetragenen Rechtsanwalte gestattet. Nach dem BGH half dem Antragsteller auch nicht der Umstand, dass er einige Fälle in eigener Praxis bearbeitet hatte. Insoweit verweist er auf seine fragwürdige Fachanwaltsjudikatur, nach der – wie dargelegt – eine erhebliche Anzahl nicht unbedeutender Mandate – mindestens 35 v. H. des Gesamtumfangs – auf selbständige anwaltliche Tätigkeit entfallen müssen.

#### c) Kritik

Das Abstellen des BGH allein auf das Berufsbild des Syndikusanwalts ist rechtlich wie tatsächlich unhaltbar. Er hätte statt auf die „Monstranz des Berufsbildes“ zu starren besser auf das Grundgesetz sowie die Vertragsfreiheiten der EU und die maßgebliche Richtlinie geachtet.

##### aa) Europarechtswidrigkeit

Der BGH verkennt bei seinem national verengten Berufsbildansatz bereits, dass die Tätigkeit des zugewanderten Rechtsanwalts im Aufnahmestaat allein dem herkunftsstaatlichen Berufsbild entsprechen kann. Der Niederlassungsrichtlinie liegt kein einheitliches europarechtliches Berufsbild des Rechtsanwalts zugrunde. Sie stellt allein auf die formale Berechtigung zur Ausübung des Anwaltsberufes ab. Die Zulassung als Anwalt im Herkunftsland berechtigt den Zuwanderer zu anwaltlicher Tätigkeit auch in Deutschland. Entsprechend fordern Richtlinie und Gesetz auch nur, dass der zugewanderte Anwalt effektiv und regelmäßig seinen Beruf im Recht des Aufnahmestaates – einschließlich des Gemeinschaftsrechts – ausübt. Maßgeblich sind vor allem die Rechtsgebiete und die Tätigkeiten, welche auf Grund ihrer Zulassung im Herkunftsstaat im Aufnahmestaat ausgeübt werden. Berufsbilddifferenzen sind dabei irrelevant.

##### bb) Rechtsauslegungsdefizite

Der BGH verkennt weiter auch hier das Gebot einer funktionalen Interpretation der Unabhängigkeitsbestimmungen der

<sup>20</sup> BGH NJW 2010, 377.

<sup>21</sup> Dazu BGHZ 166, 299, 303 f.

<sup>22</sup> BGHZ 141, 69, 76 f.; BGH NJW 2000, 1645; NJW 2001, 3130.

<sup>23</sup> BGH NJW 2001, 3130, 3131.

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2010, 377 Rn. 17 m. w. N.; siehe auch BGH, Beschluss vom 4. November 2009 – AnwZ (B) 16/09.

<sup>25</sup> Vgl. auch BVerfG BRAK-Mitt. 1998, 145 f.

BRAO. Die §§ 1, 3 BRAO können nicht undifferenziert auf unterschiedlichste Normen und Sachverhalte übertragen werden. Dem steht hier erst recht hier das Gebot einer teleologischen Interpretation des § 11 EuRAG entgegen. Das Erfordernis einer dreijährigen effektiven und regelmäßigen Tätigkeit im deutschen Recht einschließlich des Gemeinschaftsrechts soll zwar dem Nachweis dienen, dass der Rechtsanwalt die erforderliche Eignung erworben hat, sich voll in den Berufsstand des Aufnahmestaates zu integrieren (Erwägungsgrund 14 der Niederlassungsrichtlinie). Für das rechtsuchende Publikum soll er nicht mehr von einem Rechtsanwalt zu unterscheiden sein, der nach den Vorschriften des Aufnahmestaates ausgebildet und qualifiziert ist (BT-Drucks. 14/2269 S. 29).

Wenn der BGH aus diesen Vorgaben folgert, dass an den Umfang und die Art der Tätigkeit keine zu geringen Anforderungen gestellt werden dürfen, so erweist er sich in mehrfacher Hinsicht als „blauäugig“. Richtliniengeber wie auch der Gesetzgeber wollten letztlich die Zulassung europäischer Rechtsanwälte erleichtern, nachdem die Eignungsprüfung sich als zulassungsfeindlich erwiesen hatte. An ihrer Stelle müssen europäische Anwälte drei Jahre in Deutschland sich auf dem Gebiet des deutschen Rechts sowie des Gemeinschaftsrechts betätigen. Da sie im Regelfall über keinerlei Kenntnisse im deutschen Recht verfügen, können entgegen dem BGH an diese Tätigkeit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Letztlich ist es eine „Lehre“, welche die ausländischen Kollegen in Deutschland absolvieren. Die Betätigung konform einem einseitigen und partiell überholtem Berufsbild wird hingegen weder vom Gesetzgeber noch von der Niederlassungsrichtlinie gefordert.

Würde man von den „Zuwanderern“ völlig selbständiges Handeln fordern, wie dies der BGH auch unter Berufung auf seine fragwürdige Fachanwaltsjudikatur erwartet, dann wären sie eine Gefahr für das rechtsuchende Publikum und drohte eine „Massenproduktion“ von Haftungsfällen. Dem auf Unabhängigkeit pochenden Berufsbildansatz des BGH stehen dann aber auch Art. 12 Abs. 1 GG wie auch die europarechtlich verbürgte Dienst- und Niederlassungsfreiheit mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entgegenstehen. Nicht eine völlig selbständige und unabhängige, sondern nur eine kontrollierte Tätigkeit ausländischer Rechtsanwälte im Aufnahmestaat entspricht einer gemeinwohlorientierten Auslegung des § 11 EuRAG.

#### cc) Umgehung

Wenn aber die dreijährige Tätigkeit in Deutschland mehr einem „Learning by doing“ im deutschen Recht ähnelt, dann muss es auch irrelevant sein, ob dieser bei einem niedergelassenen Rechtsanwalt oder bei einem Syndikusanwalt absolviert wird. Das Berufsbild der Unabhängigkeit ist am Maßstab des § 11 EuRAG völlig irrelevant. Erst recht gilt diese Erwägung, wenn man berücksichtigt, dass Syndikusanwälte bei einer Tätigkeit für den Arbeitgeber dort ihr Büro einrichten, und als niedergelassener Rechtsanwalt tätig werden können. Ausländische Kollegen, welche bei deutschen Unternehmen tätig sind, müssen daher nur kurz zum unaufdeckbaren Etikettenschwindel einer Tätigkeit in der Kanzlei eines der Syndikusanwälte greifen. Dann wird dem Berufsbildideal des welt- und wirklichkeitsfremden Anwaltsenats genügt.

#### dd) Kurzsichtigkeit

Die Argumentation des BGH ist letztendlich auch von einer stupenden europafeindlichen Phantasiesichtigkeit. Es sollte doch Klarheit dahingehend bestehen, dass in absehbarer Zeit sämtliche nationalen Zulassungsschranken für Rechtsanwälte in der Europäischen Union fallen werden. In einem offenen Rechtsberatungsmarkt kann nur noch verlangt werden, dass die Rechtsuchenden in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union zugelassen sind. Zudem müssen die Angaben zum Beruf wie zur Ausbildung müssen und dürfen sie nicht irreführend im Sinne des § 5 UWG sein. Der Verbraucher fragt schon heute nach der Spezialisierung und den Sprachkenntnissen des Anwalts. Die Anwälte selbst werden schon im eigenen Interesse sicherstellen, dass sie nur auf den Gebieten tätig sind, welche sie auch beherrschen. Es bedarf nicht des Rekurs auf die „Monstranz“ des Berufsbildes deutscher anwaltlicher Unabhängigkeit, um zum Beispiel einen italienischen Anwalt aus Palermo davon abzuhalten, sich im deutschen Familienrecht zu „tummeln“. Statt sich auf dem Parkett des Europarechts eine solche Blöße zu geben, hätte der BGH besser dem EuGH die Rechtssache vorgelegt.

### 7. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Die Entscheidungen des BGH wie auch des EuGH machen deutlich, dass ein erheblicher rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht, um das manifeste Regelungsdefizit bei den Syndikusanwälten zu beseitigen. Vorrangig ist der Gesetzgeber aufgefordert, die BRAO durch entsprechende Regelungen zu ergänzen, wie sie zum Beispiel das niederländische Berufsrecht kennt.

#### a) Zulassungsregelung

Erforderlich ist einmal eine spezielle Zulassungsregelung, wie sie im RAG für das Beitrittsgebiet bereits einmal enthalten war. Die Anwaltschaft ist aufgefordert, einen entsprechenden Gesetzesvorschlag zu unterbreiten. Sie hat einschließlich des Deutschen Anwaltvereins – von den Kammern kann man ohnehin erfahrungsgemäß nichts erwarten – bisher rechtspolitisch versagt. Man beschränkte sich auf kosmetische Regelungsvorschläge, wie die stereotyp immer wieder erwähnte Ergänzung den § 46 BRAO durch einen Absatz, in dem die Rechtsanwaltsfunktion des Syndikusanwalts betont werde. Mit dieser Idee war der DAV schon 1994 gescheitert. Sie ist weder ausreichend noch überzeugend, zumal die entsprechende Bestimmung in § 46 BRAO schon deshalb schlecht als Aufhänger geeignet ist, diskreditiert sie doch den Syndikusanwalt in den beiden ersten Absätzen mit den verfassungswidrigen Vertretungsverboten.

Das StBerG kennt zwischenzeitlich bereits in § 58 Abs. 4 Nr. 5 a StBerG den Syndikussteuerberater. Mit der Neuregelung 2008 im Achten Gesetz zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes vom 8.4.2008 ist erstmals explizit eine solche Tätigkeit erlaubt.<sup>26</sup> Umstritten ist aktuell hier nur, ob und inwieweit dabei noch gefordert werden kann, dass der Steuerberater eine eigene Kanzlei eröffnet und – hier liegt das Problem – eine Freistellungserklärung des Arbeitgebers vorlegt. Entgegen der von Kammern vertretenen Ansicht kann dies schon verfassungsrechtlich am Maßstab des Art. 3 und 12 Abs. 1 GG

<sup>26</sup> BGBl I 2008, 666; vgl. ausf. zum Syndikussteuerberater Pestke, StB-Handbuch 2008, S. 296 ff.

nicht gefordert werden.<sup>27</sup> Schließlich kann kein Steuerberater gezwungen werden, gegen seinen Willen eine (Schein-)Kanzlei zu eröffnen, zumal er sie nicht betreiben muss und auch keine Tätigkeitskontrolle der Kammern stattfindet.

Wenn der Gesetzgeber weiter untätig bleibt, dann wäre auch hier zu überlegen, ob nicht mit Hilfe der Gerichte eine unmittelbare Zulassung erstritten werden kann für eine Zulassung nur als Syndikusrechtsanwalt beim Unternehmen und ohne eigene Praxis, wie dies – eine gerichtliche Klärung steht hier noch aus – bei Syndikussteuerberatern in Betracht kommt. Am Maßstab der Art. 12 und 3 Abs. 1 GG kann ein unmittelbarer Zulassungsanspruch nicht versagt werden.<sup>28</sup> Dann könnte auch endlich dem Missstand abgeholfen werden, dass die derzeitige Rechtslage Syndikusanwälte zu einem großen Teil bei der Zulassung zu einer „Lüge“ veranlasst, indem sie nicht zutreffende Angaben zur eigenen Scheinkanzlei machen.<sup>29</sup> Bedauerlicherweise hat sich bisher jedoch noch kein „couragierter“ Syndikus gefunden, der mit wahrheitsgemäßen Angaben sein Zulassungsrecht bei Gericht zu erstreiten versucht hätte.

## b) Berufspflichten und -rechte

Es ist auch Sache des parlamentarischen Gesetzgebers, endlich eine Regelung in die BRAO aufzunehmen, in der die Frage der Gleichstellung der Syndikusanwälte mit niedergelassenen Rechtsanwältinnen im Hinblick auf die Berufsrechte und -pflichten geregelt wird. Eine schematische Gleichstellung beider Anwaltsformen verbietet sich – wie oben – betont<sup>30</sup> – angesichts der vom EuGH wie BGH zu recht betonten Unterschiede. Die meisten Berufspflichten einschließlich des RVG sind bei Syndikusanwälten ohnehin unanwendbar. Der Gesetzgeber muss dann auch auf nationaler Ebene entscheiden, ob und in welchem Umfang dem „legal privilege“ entsprechende Rechte auf Unternehmensanwälte Anwendung finden.

Bleibt der Gesetzgeber hier wie bisher untätig, dann müssen die Syndikusanwälte – wie bei der Fachanwalts- und der Notarzulassung erfolgreich praktiziert – in geeigneten Musterverfahren um ihre weitgehende Gleichstellung kämpfen. Dies gilt auch für die Beseitigung der verfassungswidrigen Einschränkung der gerichtlichen Vertretung des Unternehmens vor Gericht in § 46 BRAO. Ein vor dem AGH Hamm<sup>31</sup> gestarteter Versuch wurde vom BGH aus nicht überzeugenden – am Maßstab der heute geltenden VwGO erst recht nicht mehr relevanten – prozessualen Erwägungen leider gestoppt und dann nicht fortgeführt. Dies sollte von den Syndikusanwälten nachgeholt werden.

27 Das FG Baden-Württemberg, Außen senate in Freiburg hat im Urt. vom 27.10.2010 Az. 2 K 1529/10 die Freistellungserklärung für erforderlich erachtet. Eine Revisionsentscheidung des BFH steht an.

28 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, (aaO. Fn. 1), § 7 Rn. 75.

29 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, (aaO. Fn. 1), § 7 Rn. 58 ff.

30 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, (aaO. Fn. 1), § 7 Rn. 69.

31 Vgl. die Fehlentscheidung des AGH Hamm, Beschl. v. 20.1.2006-1 ZU 76/05.

32 Siehe *V. Wirges*, NZS 2006, 19 ff.

33 Vgl. u. a. *Kleine-Cosack*, BRAO, (aaO. Fn. 1), § 7 Rn. 80; Prossliner, AnwBl 2009, 133; *Kilger*, NJW 2008, 3108 f. Verwiesen sei auch auf das LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 11.10.2002-L 1 RA 36/00, des SG Düsseldorf vom 11.6.2002 – S 278 RA 7/01, des SG Lübeck, Urteil vom 21.6.2002 – S 9 RA 139/00.

34 Vgl. zum Ganzen Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 29.10.2009, L 8 KR 189/08 = juris.

35 Hess. LSG AnwBl 2010, 214–215.

36 Stand Juni 2005, s. z. B. im Befreiungsantrag unter [www.vw-ra-hessen.de](http://www.vw-ra-hessen.de); dazu auch Huff, NJW 2005, Heft 36 Editorial.

37 Umstritten ist dabei auch, ob eine Tätigkeit in den neuerdings in Unternehmen vermehrt eingerichteten Compliance-Abteilungen als solche anwaltlicher Art anzuerkennen ist. Die DRV hat in einem Fall Befreiung erteilt, will aber jetzt eine grundsätzliche Klärung vornehmen.

38 Vgl. u. a. SG Aachen Urt. v. 26.11.2010 – S 6 R 173/09.

## 8. Rentenrechtliches Dilemma

Nur wenn die derzeitigen Regelungsdefizite bei den Syndikusanwälten beseitigt werden, kann auch die Chance bestehen, deren dramatische Konsequenzen für die Versorgungswerke der Anwaltschaft, denen zahlungskräftige Beitragszahler massenhaft verlorengehen, in den Griff zu bekommen. Die stereotype Diskreditierung der Syndikusanwälte durch die Kammern, welche ihnen jeden Rechtsanwaltsstatus absprechen, hat verständlicherweise die Rentenversicherungsträger auf den Plan gerufen. Es ist zwischenzeitlich sehr umstritten, ob und inwieweit die Syndikusanwälte auch bei der Rentenversicherung wegen ihrer Tätigkeit für den nicht nichtanwaltlichen Arbeitgeber von der Versicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VI zu befreien sind.<sup>32</sup> In zahlreichen Entscheidungen wurde ein Anspruch auf Gleichstellung verneint.<sup>33</sup> Eine höchstrichterliche Entscheidung des BSG wird mit allen Mitteln zu vermeiden gesucht. Die deutsche Rentenversicherung fährt jedenfalls zwischenzeitlich einen rigiden Kurs.

Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI enthält – was sich aus ihrem Sinn und Zweck ergibt – ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Ausübung einer berufsspezifischen Tätigkeit.<sup>34</sup> Für die Mitglieder eines Rechtsanwaltsversorgungswerkes besteht eine Befreiungsmöglichkeit daher nur, wenn diese Mitglieder eine niedergelassenen Rechtsanwältinnen vergleichbare Tätigkeit ausüben.<sup>35</sup> Nach dem Merkblatt der DRV<sup>36</sup> ist maßgeblich, ob der Anwalt – tatsächlich – kumulativ Rechtsberatung, Rechtsentscheidung, Rechtsgestaltung und Rechtsvermittlung betreibt.<sup>37</sup> Es reicht für eine Befreiung nicht aus, dass der Arbeitgeber dies nur bestätigt. Die DRV verlangt eine konkrete, tätigkeitsbezogene „Stellen- und Funktionsbeschreibung“.<sup>38</sup> Neuerdings wird auch zusätzlich zum Teil gefordert, dass die Tätigkeit einen Volljuristenstatus erfordert.

## 9. Resumé

Die – bei allem Respekt – an politischer, rechtlicher sowie tatsächlicher Kurzsichtigkeit nicht zu überbietende Entscheidung des Anwaltssenats des BGH sollte auch den hartnäckigsten Verfechtern der tradierten syndikusanwaltsfeindlichen Ideologie zu denken geben. Die Syndikusanwälte sind aufgerufen, endlich den Gang aus der selbst verschuldeten berufspolitischen Unmündigkeit anzutreten, wollen sie nicht weiter beruflich wie bisher im Abseits stehen. Die Rechtsanwaltskammern wiederum sollten nicht weiter zum Schaden ihrer Zwangsmitglieder undifferenziert Syndikusanwälte diskreditieren. Die Rechtstellung der Syndikusanwälte muss auf nationaler Ebene durch den jeweils zuständigen Gesetzgeber geregelt werden. Verharren die Verantwortlichen weiter in ihrem berufspolitischen Dornröschenschlaf, dann besteht keine Hoffnung auf Besserung.



**Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i. Br.**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse [autor@anwaltsblatt.de](mailto:autor@anwaltsblatt.de).