

## Anwaltsrecht

# Die gerichtliche Vertretung von Unternehmen durch ihre Syndikusanwälte

Kritische Anmerkung zum Vertretungsverbot in den Plänen des Gesetzgebers

Dr. Dirk Michel und Dr. Oliver Arentz, Köln

Das Bundesjustizministerium versucht die Quadratur des Kreises. Der Syndikusanwalt soll in der BRAO als Rechtsanwalt mit allen Pflichten anerkannt werden, zugleich sollen seine Rechte aber in wesentlichen Punkten eingeschränkt werden. Die Pläne des Bundesjustizministerium sehen vor, dass Syndikusanwälte ihren Arbeitgeber – soweit Anwaltszwang besteht sowie in Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen – nicht vertreten dürfen. Auch soll ihnen das strafprozessuale „Legal Privilege“ – also Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit für Akten – vorenthalten werden. Die Autoren untersuchen in ihrem Beitrag, ob ein – vor allem von Kanzleianwälten gefordertes – Vertretungsverbot in zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren überzeugend begründet werden kann. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Begründungen des Bundesjustizministeriums ein Vertretungsverbot nicht tragen.

## I. Einleitung

Der Syndikusrechtsanwalt darf nach geltendem Recht seinen Dienstgeber nicht vor Gerichten oder Schiedsgerichten vertreten (§ 46 Abs. 1 BRAO). Gesetzeszweck ist die Sicherung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts.<sup>1</sup> Das Bundesjustizministerium hat am 13. Januar 2015 ein Eckpunktepapier zur Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte vorgelegt und am 30. April einen Referentenentwurf<sup>2</sup> veröffentlicht. Eigentlicher Zweck der Neureglung ist es, Syndikusanwälten zukünftig wieder die Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht nach § 6 SGB VI zu ermöglichen. Durch die Neuregelung soll die sog. Doppelberufslehre gesetzlich aufgegeben werden. Obwohl damit Syndikusanwälte zukünftig ihrem Arbeitgeber als Rechtsanwalt gegenüber treten, soll für zivil- und arbeitsrechtliche Verfahren, in denen Anwaltpflicht besteht, das derzeit geltende Vertretungsverbot aufrechterhalten werden. Das vorgeschlagene Vertretungsverbot ist weder aus rechtswissenschaftlicher noch aus volkswirtschaftlicher Perspektive begründbar.

## II. Das Vertretungsverbot *de lege lata*

Der Syndikusrechtsanwalt wird bislang durch das Berufsrecht nicht systematisch geregelt. Nur Einzelfragen werden durch die BRAO angesprochen.<sup>3</sup> Dogmatisch wird derzeit der Syndikusrechtsanwalt von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur mit der sog. Doppelberufstheorie beschrieben.<sup>4</sup> Danach ist der Syndikusrechtsanwalt hauptberuflich rechts-

beratend für einen Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder Beschäftigungsverhältnis tätig. Die Tätigkeit für seinen Auftraggeber erfolgte aber nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt.<sup>5</sup> Denn dem Syndikusrechtsanwalt fehle die notwendige anwaltliche Unabhängigkeit, wenn er seinen Dienstgeber berate.<sup>6</sup> Den Beruf des niedergelassenen Rechtsanwalts übe der Syndikusrechtsanwalt ausschließlich neben seiner abhängigen Beschäftigung aus.<sup>7</sup> Eine starke Meinung in der Literatur hielt schon bisher die Doppelberufslehre für nicht überzeugend. Insbesondere die These der fehlenden Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts gegenüber seinem ständigen Dienstgeber wird mit beachtlichen Argumenten in Frage gestellt.<sup>8</sup> Folgt man diesem Teil der Lehre, berät der Syndikusrechtsanwalt auch seinen ständigen Dienstgeber in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt.<sup>9</sup>

*De lege lata* bestimmt § 46 Abs. 1 BRAO ausdrücklich, dass ein Syndikusrechtsanwalt für seinen ständigen Auftraggeber – also meist seinen Arbeitgeber – vor Gerichten und Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden darf. Da das Gesetz nur das Tätigwerden „als Rechtsanwalt“ untersagt, ist es dem Syndikusrechtsanwalt hingegen erlaubt, seinen Auftraggeber beispielsweise als Vorstand, Geschäftsführer oder Angestellter zu vertreten. Dies betrifft alle gerichtlichen Verfahren, in denen kein Anwaltszwang besteht.<sup>10</sup> Er trete dann aber eben nicht als Rechtsanwalt auf.<sup>11</sup>

Historisch geht § 46 Abs. 1 BRAO auf § 31 Abs. 2 der Reichsanwaltsordnung (RAO) zurück. Bis zur Reform der RAO im Dezember 1934 war es Syndikusanwälten erlaubt, ihren Arbeitgeber vor den Gerichten zu vertreten.<sup>12</sup> Umstritten war lediglich die Frage, ob der Syndikus bei der Vertretung seines Arbeitgebers lediglich als Angestellter seines Unternehmens<sup>13</sup> oder als Rechtsanwalt<sup>14</sup> handelte.<sup>15</sup> Das heute bekannte Vertretungsverbot fand erstmals mit § 31 Abs. 2 RAO in der Fassung vom 20. Dezember 1934 Eingang in die

1 Vgl. Henssler/Prütting/Henssler, Bundesrechtsanwaltsordnung, 4. Aufl. 2014, § 46 BRAO Rn. 5.

2 Im Internet abrufbar unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150113\\_Eckpunkte\\_Syndikusanwaelte.html?nn=3433226](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150113_Eckpunkte_Syndikusanwaelte.html?nn=3433226)

3 Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1), § 46 BRAO Rn. 1 a.

4 Vgl. Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 11 f.

5 BGHZ 141, 69 ff.; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 11, 23.

6 Vgl. Bissel, Die Rechtsstellung des Syndikusrechtsanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, Bonn 1996, zugl. Diss. Erlangen 1995, S. 45; Feuerich/Weyland/Böhnlein Bundesrechtsanwaltsordnung, 8. Aufl. 2012, § 46 BRAO Rn. 3; Hartung/Hartung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 5. Aufl. 2012, § 46 BRAO Rn. 6; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 5.

7 BT-Drucks. 3/120 S. 77; Feuerich/Weyland/Böhnlein (Fn. 7) § 46 BRAO Rn. 1; Henssler/Prütting/Henssler, § 46 BRAO Rn. 11.

8 Kleine-Cosack BB 2005, 2309, 2311 f.; Prütting AnwBl. 2009, 402 ff.; ders. AnwBl. 2001, 313, 316 ff.; Fedeker NJW 2004, 889 ff.; Gaier/Wolf/Göcken/Huff Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014; § 46 BRAO Rn. 16 a.

9 Kleine-Cosack BB 2005, 2309, 2311 f.; Prütting AnwBl. 2009, 402 ff.; ders. AnwBl. 2001, 313, 316 ff.; Fedeker NJW 2004, 889 ff.; Gaier/Wolf/Göcken/Huff (Fn. 9) § 46 BRAO Rn. 16 a.

10 Bartosch-Koch AnwBl. 2010, 237; Feuerich/Weyland/Böhnlein (Fn. 7), § 46 BRAO Rn. 20; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 32; Gaier/Wolf/Göcken/Huff (Fn. 9) § 46 BRAO Rn. 22.

11 Hartung/Hartung (Fn. 7) § 46 BRAO Rn. 39; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 32.

12 Friedlaender, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl. 1930, § 5 Rn. 27 a; Hellwig AnwBl. 2015, 2 f. Vgl. auch EHG 21, 8, 10; 22, 25, 28, die die Zulässigkeit der Vertretung eines Unternehmens durch eines deren Vorstandsmitglieder bzw. einen Justiziar voraussetzen.

13 Dafür der I. Senat des Ehrengerichtshofs, EGH 20, 15, 19.

14 So der II. Senat des Ehrengerichtshofs, EGH 21, 20, 24.

15 Friedländer (Fn. 13) § 5 Rn. 31 ff.; Roxin NJW 1992, 1129, 1130.

RAO. Zwar war nach der Regierungsbegründung<sup>16</sup> die fehlende Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts Grund für das Vertretungsverbot.<sup>17</sup> Tatsächlich bezweckte die Neufassung auch einen Schutz vor Konkurrenz für niedergelassene Rechtsanwälte.<sup>18</sup>

Die Begründung des heutigen § 46 Abs. 1 BRAO ist abhängig von der dogmatischen Beschreibung des Syndikusrechtsanwalts. Folgt man der Doppelberufstheorie, ist das Vertretungsverbot nur logische Konsequenz.<sup>19</sup> Da der Syndikusrechtsanwalt für seinen Dienstgeber wegen seiner fehlenden Unabhängigkeit nicht anwaltlich tätig wird, kann er ihn auch nicht als Rechtsanwalt vor Gerichten vertreten.<sup>20</sup> Folgt man der Gegenansicht, hat § 46 Abs. 1 BRAO hingegen eine eigenständige Funktion, die dem Syndikus als Anwalt ein Vertretungsverbot auferlegt.

### III. Das Vertretungsverbot de lege ferenda

#### 1. Die vorgesehene Neuregelung des Vertretungsverbots

Das Bundesjustizministerium plant durch eine Änderung des Berufsrechts, Syndikusrechtsanwälten auch zukünftig eine Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung zu ermöglichen. Ziel ist es, bei einem Wechsel zwischen der Tätigkeit als niedergelassener oder angestellter Anwalt und Syndikusrechtsanwalt einen ständigen Wechsel in der Versorgungsbiografie zu verhindern. Mit dieser Maßnahme soll auch zukünftig eine wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitische Flexibilität in der Tätigkeit aufrechterhalten werden.<sup>21</sup> Nach Ziff. 3 des Eckpunkteapiers soll dazu die Doppelberufstheorie aufgegeben werden<sup>22</sup>, der Syndikusrechtsanwalt handele fachlich unabhängig.<sup>23</sup> In § 46 Abs. 2 BRAO-E heißt es ausdrücklich, dass Syndikusanwälte ihren Beruf „als Rechtsanwalt“ ausüben. Ob die gesetzliche Abkehr von der Doppelberufstheorie rechtspolitisch sinnvoll und der Syndikusrechtsanwalt tatsächlich unabhängig ist, kann an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Allerdings müsste die gesetzliche Anerkennung der fachlichen Unabhängigkeit des nunmehr anwaltlich tätigen Syndikusrechtsanwalts stringenter Weise auch zur Aufhebung des Vertretungsverbots führen.

Das Eckpunktepapier und der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums gehen von der Doppelberufstheorie aus. Kann der Rechtsanwalt danach aufgrund seiner fehlenden Unabhängigkeit für seinen ständigen Dienstgeber nicht anwaltlich tätig sein, ist ihm auch dessen Vertretung in Verfahren mit Anwaltszwang denknotwendiger Weise verwehrt. Wird fortan aber die Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts für seinen ständigen Dienstgeber durch das Gesetz als „anwaltlich“ definiert, kann der vom Standpunkt der Doppelberufstheorie logische Schluss des § 46 Abs. 1 BRAO keinen Bestand mehr haben. Denn wer für seinen Dienstgeber als Anwalt tätig ist, kann diesen auch als Anwalt vor Gericht vertreten. Die Vertretung von Mandanten vor Gerichten ist ein wesentlicher Teil des Berufsbildes des Rechtsanwalts, wie sich aus § 3 Abs. 1 BRAO ergibt.<sup>24</sup>

Dennoch soll nach Ziff. 10 und 11 des Eckpunkteapiers (§ 46 c Abs. 2 BRAO-E) das Vertretungsverbot für wesentliche Tätigkeitsbereiche aufrechterhalten werden. Zulässig sein soll die Vertretung vor Zivil- und Arbeitsgerichten, soweit kein Anwaltszwang besteht.<sup>25</sup> Der Syndikus würde hier fortan als Rechtsanwalt auftreten und nicht mehr als „sonstiger Vertreter“.<sup>26</sup> Weiterhin soll künftig die Vertretung des Arbeitgebers vor den Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten als

Rechtsanwalt möglich sein.<sup>27</sup> In zwei Fällen soll hingegen das Vertretungsverbot fortbestehen. Zum einen soll in allen zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren ein Vertretungsverbot gelten, soweit in dem Verfahren Anwaltszwang besteht, § 46 c Abs. 2 S. 1 BRAO-E.<sup>28</sup> Hinzu kommt ein Verteidigungsverbot in Straf- und Bußgeldverfahren, soweit der Arbeitgeber oder Mitarbeiter des Unternehmens in Unternehmensangelegenheiten betroffen sind, § 46 c Abs. 2 S. 2 BRAO-E.<sup>29</sup>

Da die Begründung des Vertretungsverbots nun nicht mehr auf der fehlenden Unabhängigkeit beruhen kann, führt das Bundesjustizministerium zwei neue Begründungen ein. In zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren müsse ein „Ungleichgewicht der Prozessparteien“ verhindert werden. „Große Unternehmen“ könnten sonst auf ihre Syndizi zurückgreifen und so ihr Kostenrisiko verringern, während „Einzelpersonen oder kleinere und mittlere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung“ einen Rechtsanwalt zu den Mindestgebühren nach dem RVG bezahlen müssten.<sup>30</sup> Das Verteidigungsverbot soll sich demgegenüber auf bestimmte strafprozessuale Erwägungen stützen.<sup>31</sup>

### IV. Bewertung des Vertretungsverbots in zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren

Eine Aufrechterhaltung des Vertretungsverbots in zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren kann im Ergebnis nicht überzeugend begründet werden.<sup>32</sup>

#### 1. Kostenvorteil

Das Eckpunktepapier sowie der Referentenentwurf stellen auf ein vermindertes Kostenrisiko des Verbandes oder Unternehmens bei der Vertretung durch einen Syndikusrechtsanwalt ab.<sup>33</sup> Die These lautet: Kann der Verband beziehungsweise das Unternehmen auf die Beauftragung eines externen Rechtsanwalts verzichten, fallen geringere Verfahrenskosten an. Im Unterliegensfall beziehungsweise bei der Uneinbringlichkeit eines Kostenerstattungsanspruchs müssten dann weniger Kosten aufgewendet werden als bei Beauftragung eines externen Rechtsanwalts. Kleine und mittlere Unternehmen

<sup>16</sup> Vgl. Hartung/Hartung (Fn. 7) § 46 BRAO Rn. 2.

<sup>17</sup> Hellwig AnwBl. 2015, 2, 3.

<sup>18</sup> So Ewer AnwBl. 2014, 683; Hellwig AnwBl. 2015, 2, 3 unter Hinweis auf den Gesetzgebungsprozess und die Gespräche zwischen der Anwaltschaft und dem Reichsjustizministerium; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 2; Pfeiffer, FS Oppenhoff, 1985, S. 249, 250 f.; Prütting AnwBl. 2013, 78, 79; Skouris BB 1975, 1230, 1231; Vollmerhaus BB 2004, 2142, 2144.

<sup>19</sup> Vgl. zur Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 3/120, S. 16), welche die Doppelberufstheorie inhaltlich vorwegnimmt Hellwig AnwBl. 2015, 2, 6; ähnlich Feuerich/Weyland/Böhnlein (Fn. 7) § 46 BRAO Rn. 11 ff; Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 1) § 46 BRAO Rn. 19 f.

<sup>20</sup> Bartosch-Koch AnwBl. 2010, 237.

<sup>21</sup> Vgl. RefE, S. 13.

<sup>22</sup> Vgl. RefE, S. 20, 30.

<sup>23</sup> Vgl. RefE, S. 20.

<sup>24</sup> Feuerich/Weyland/Vossebürger (Fn. 7) § 3 Rn. 1 ff.

<sup>25</sup> Vgl. RefE S. 22, 40.

<sup>26</sup> Vgl. RefE S. 40.

<sup>27</sup> Vgl. RefE S. 40.

<sup>28</sup> Vgl. RefE S. 22, 40.

<sup>29</sup> Vgl. RefE S. 40 ff.

<sup>30</sup> Vgl. RefE S. 22, 40.

<sup>31</sup> Vgl. RefE S. 40 ff.

<sup>32</sup> Auf die Frage des Verteidigungsverbots kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>33</sup> Vgl. RefE S. 22.

und Einzelpersonen könnten daher bei geringeren Streitwerten oder bei unsichereren Erfolgsaussichten in ein gerichtliches Verfahren gezwungen werden. Richtig ist, dass die Unternehmen die Kosten der Einrichtung und des Unterhalts einer eigenen Rechtsabteilung gegen die Kosten der externen Beauftragung von Rechtsanwältinnen nach Bedarf abwägen. Dabei werden allerdings nicht nur die Verfahrenskosten betrachtet, sondern alle Kosten, die mit der jeweiligen Alternative verbunden sind. Welche der Alternativen für das jeweilige Unternehmen vorteilhaft ist, hängt von zahlreichen Parametern ab.

Diese *Make-or-buy*-Entscheidung stellt sich grundsätzlich bei allen Fertigungsschritten, die ein Produkt oder eine Dienstleistung durchlaufen. So wird ein Autohersteller etwa abwägen, ob es betriebswirtschaftlich sinnvoller ist, die benötigten Scheinwerfer im Unternehmen zu fertigen oder am Markt einzukaufen. In der ökonomischen Theorie werden diese Zusammenhänge in der Neuen Institutionenökonomik näher untersucht, wobei hier insbesondere das Werk von *Oliver Williamson* zu nennen ist.<sup>34</sup> Zentral für diesen Theoriestrang sind dessen realitätsnahen Annahmen. Im Gegensatz zum neoklassischen Grundmodell wird hier davon ausgegangen, dass wirtschaftliches Handeln mit Transaktionskosten verbunden ist. Transaktionskosten sind dabei alle Kosten, die nicht unmittelbar mit dem Produktionsprozess im Zusammenhang stehen, sondern die vielmehr durch die Abstimmung der an dem Prozess beteiligten Personen entstehen, wobei die Abstimmung durch explizite oder implizite Verträge erfolgt. Davon abzugrenzen sind die Produktionskosten, die unmittelbar dem Produktionsprozess zuzurechnen sind (Kosten für Vorprodukte, Lohn- und Kapitalkosten etc.).

Die Transaktionskosten umfassen zum einen vorvertraglich die Such- und Informationskosten sowie Verhandlungskosten (Kosten für Inserate, Vermittler, Prüfung von Verträgen etc.). Besonderes Augenmerk legt *Williamson* aber auf die nachvertraglichen Transaktionskosten, die bei der Überwachung und Durchsetzung der geschlossenen Verträge anfallen. Diese sind von großer Bedeutung, da aufgrund der Vielzahl an möglichen Umweltzuständen und der beschränkten Rationalität der Wirtschaftsakteure ein Vertrag das „Verhalten der Beteiligten niemals (beziehungsweise nur in Ausnahmefällen) soweit festschreiben kann, dass opportunistisches Handeln ausgeschlossen ist. Dabei meint opportunistisches Handeln das bewusste Ausnutzen von „Vertragslücken“ zum eigenen Vorteil durch eine der beteiligten Parteien.

Bei jedem Fertigungsschritt müssen die Unternehmen daher prüfen, ob die Transaktionskosten der Eigenproduktion oder Marktnutzung höher sind. Bezogen auf die Syndikusanwältinnen gilt es also abzuwägen, ob die Transaktionskosten bei Festanstellung eines Anwalts im Unternehmen geringer ausfallen als bei der fallweisen Beauftragung der anfallenden Mandate, wobei als Zwischenform auch Kooperationen mit externen Anwältinnen möglich sind, die über das jeweilige Mandat hinausgehen. Die Arbeiten von *Williamson* zeigen, dass die folgenden Zusammenhänge gelten:

- Ein wesentlicher Faktor ist die Spezifität der anwaltlichen Leistung. Eine hohe Spezifität bedeutet, dass das benötigte Fachwissen des Anwalts im Extremfall nur für das betreffende Unternehmen von Bedeutung ist. Liegt eine hohe Spezifität vor, können weder das Unternehmen noch der Anwalt ohne erhebliche Transaktionskosten auf andere Vertragspartner ausweichen. Der Anwalt wird für sein Spezialwissen nur

von dem ursprünglichen Unternehmen entlohnt, da es für andere Unternehmen nicht relevant ist. Das Unternehmen wiederum findet kurz- bis mittelfristig keinen anderen Anwalt, der über das nötige Spezialwissen verfügt, weil dieses zunächst aufgebaut werden müsste. Damit sind beide Vertragspartner anfällig für Versuche der Gegenseite, diese Situation strategisch auszunutzen. Um diese Opportunismusgefahr zu begrenzen, ist es für beide Seiten lohnend sich eng aneinander zu binden. Somit steigt die Vorteilhaftigkeit einer engen Kooperationsbeziehung beziehungsweise der Einstellung eines Syndikus.

- Auch das Ausmaß der Unsicherheit über das zukünftige Verhalten des Anwalts in Bezug auf die spezifischen Leistungen fließt in die Unternehmensentscheidung ein. Die Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten zur Begrenzung von Verhaltensunsicherheiten sind innerhalb einer engen Kooperation beziehungsweise bei der Anstellung eines Syndikus höher und mit geringeren Transaktionskosten verbunden als bei der externen Beauftragung eines Anwalts. Daher werden bei hoher Verhaltensunsicherheit die zuerst genannten Möglichkeiten stärker genutzt.

- Zudem ist die Häufigkeit, mit der spezifische Anwaltsleistungen benötigt werden, von Bedeutung. Die Einstellung eines Syndikus beziehungsweise die Vereinbarung einer engen Kooperation ist mit hohen Fixkosten verbunden. Bei häufiger Inanspruchnahme der spezifischen Anwaltsleistungen können die Fixkosten auf eine höhere Fallzahl verteilt und eine Stückkostendegression erreicht werden. Mit der Häufigkeit der erwarteten Inanspruchnahme steigt somit Attraktivität von Kooperationen und der Anstellung eines Syndikus.

- Die Unternehmen werden zudem berücksichtigen, wie hoch der betriebswirtschaftliche Schaden wäre, wenn die spezifische Anwaltsleistung nicht bezogen werden kann. Das Eingehen enger Kooperationsbeziehungen beziehungsweise die Einstellung eines Syndikus sind umso attraktiver, je höher der betriebswirtschaftliche Verlust in diesem Fall wäre.

Die nicht abschließende Darstellung der betriebswirtschaftlichen Abwägungen in Bezug auf die Einstellung eines Syndikusrechtsanwalts zeigt, wie komplex der Entscheidungsprozess ist. Welche Alternative letztlich vorteilhaft ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Es kann daher nicht behauptet werden, zukünftig würden alle Anwaltsleistungen von Unternehmen einer bestimmten Klasse von deren Syndikusanwältinnen erbracht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch weiterhin alle Formen der Beschaffung von Anwaltsleistungen genutzt werden. Da keine grundsätzlichen Marktstörungen zu erkennen sind, ist die Unternehmensentscheidung auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive zu begrüßen, um eine Verschwendung von knappen Ressourcen zu vermeiden.

Ist es für kleine und mittlere Unternehmen nicht lohnend, einen Syndikus einzustellen, kann daran keine wirtschaftspolitische Forderung geknüpft werden. Sollte das Unternehmen hierdurch Nachteile im Wettbewerb erleiden, hat es seine optimale Betriebsgröße noch nicht erreicht und muss unter Umständen organisatorische Veränderungen in Betracht ziehen. Hier besteht kein Unterschied zu der oben erwähnten Entscheidung des Autobauers, Scheinwerfer im

<sup>34</sup> Eine Zusammenfassung der zentralen Aufsätze findet sich in *Williamson* (1985): *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*.

Unternehmen herzustellen oder am Markt einzukaufen. Größenstrukturargumente über die Schutzwürdigkeit bestimmter Unternehmensgrößensegmente können nur in Bezug auf staatlich auferlegte Verpflichtungen greifen. So muss der Staat etwa bei der Bürokratiebelastung die überproportional hohe Betroffenheit kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen und ggf. Entlastungsmöglichkeiten schaffen, um den Wettbewerb nicht zu verzerren. Bei allen betriebswirtschaftlichen Entscheidungen, die nicht auf staatliche Vorgaben zurückgehen, dient der Wettbewerb aber gerade dazu, die optimale Betriebsgröße zu entdecken. Das gilt natürlich immer unter der Bedingung, dass kein Marktmachtmissbrauch vorliegt.

## 2. Ungleichgewicht

Ausschlaggebendes Argument aus Sicht des Bundesjustizministeriums ist aber nicht der zweifellos mögliche, aber für sich nicht zu beanstandende Kostenvorteil, sondern ein sich daraus ergebendes „Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien bzw. Verfahrensbeteiligten“<sup>35</sup>. Ein solches Ungleichgewicht besteht aber tatsächlich nicht. Auch werden durch den Kostenvorteil keine schutzwürdigen Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen oder Einzelpersonen verletzt.

### a) Ungleichgewicht im gerichtlichen Verfahren

Zunächst kann im Verlauf eines anhängigen Prozesses ein Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien nicht festgestellt werden. Das Kostenrisiko spielt während eines anhängigen Prozesses keine Rolle – sieht man einmal von der Frage der Fortsetzung des Prozesses ab.<sup>36</sup> Im Anwaltsprozess – nur hierfür gilt das Vertretungsverbot – sind beide Parteien verpflichtet, sich von einem Rechtsanwalt vertreten zu lassen (§ 78 Abs. 1 ZPO). Wird eine Partei durch einen Syndikusrechtsanwalt vertreten, wird die gegnerische Partei dadurch nicht benachteiligt. Allen Zwecken, die durch den Anwaltszwang vor den Land- und Oberlandesgerichten erreicht werden sollen – der Erhaltung einer geordneten Rechtspflege sowie Herstellung prozessualer Chancengleichheit<sup>37</sup> – wird Genüge getan. Beide Parteien werden durch einen zugelassenen Rechtsanwalt vertreten.

Dadurch wird insbesondere das vom Bundesjustizministerium angeführte „Gebot der Waffengleichheit“<sup>38</sup>, welches schon aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgt, nicht verletzt: Nach dem Gebot der Waffengleichheit müssen alle Beteiligten in einem Verfahren gleich behandelt<sup>39</sup> werden und die Möglichkeit haben, ihren Fall unter Voraussetzungen zu führen, die sie gegenüber ihrem Gegner nicht wesentlich benachteiligen.<sup>40</sup> Die Parteien müssen ihre Interessen unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen effektiv vertreten können.<sup>41</sup> Gleiches gilt für den Grundsatz der Herstellung prozessualer Chancengleichheit. Beide Grundsätze werden nicht beeinträchtigt, wenn eine Partei durch einen Syndikusrechtsanwalt vertreten wird. Unterschiede können allenfalls dadurch entstehen, dass beispielsweise der Syndikusrechtsanwalt vertiefte Kenntnisse in dem Streitgegenständlichen Rechtsgebiet hätte. Unterschiede in der Qualität der anwaltlichen Vertretung unterfallen aber dem allgemeinen Lebensrisiko und können in jedem Prozess und bei jeder anwaltlichen Beratung auftreten. Es ist einem „großen Unternehmen“ auch nicht verwehrt, sich durch eine spezialisierte Kanzlei vertreten zu lassen.

### b) Ungleichgewicht beim Kostenerstattungsanspruch

Auch hinsichtlich eines etwaigen Kostenerstattungsanspruchs des den Syndikusrechtsanwalt einsetzenden Unternehmens oder Verbandes gegenüber der gegnerischen Partei findet keine Benachteiligung statt. Vielmehr soll nach Ziff. 6 des Eckpunktepapiers (§ 1 Abs. 2 S. 1 RVG-E<sup>42</sup>) das RVG auf die zulässige Vertretung des Unternehmens oder des Verbandes durch den Syndikusrechtsanwalt keine Anwendung finden. Tritt also zukünftig ein Syndikusrechtsanwalt für seinen Arbeitgeber vor einem Amts- oder Arbeitsgericht oder vor der Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialgerichtsbarkeit auf, kann im Fall des Obsiegens eine Kostenerstattung nicht verlangt werden. Es soll mithin bei der Rechtslage bleiben, die bislang schon für das zulässige Auftreten des Syndikusrechtsanwalts als „sonstiger Vertreter“ vor Amts- und Arbeitsgerichten galt.<sup>43</sup> Dürfte der Syndikusrechtsanwalt auch im Anwaltsprozess vor den Zivil- und Arbeitsgerichten auftreten, würde nichts anderes gelten. Der Prozessgegner würde sogar besser gestellt. Selbst im Fall des Unterliegens gegen ein durch einen Syndikusrechtsanwalt vertretenes „großes Unternehmen“ müsste keine Kostenerstattung für die Prozessführung des Prozessgegners geleistet werden.

### c) Ungleichgewicht im Vorfeld eines Prozesses

Praktische Bedeutung hat das Kostenrisiko im Wesentlichen im Vorfeld eines Prozesses, wenn über die Frage zu entscheiden ist, ob eine Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt werden soll. Hier setzt auch die Begründung des Bundesjustizministeriums an. Bei geringerem Kostenrisiko könnte sich der Verband oder das Unternehmen eher zur Führung eines Prozesses entscheiden. Geschützt werden soll also ein „kleines oder mittleres Unternehmen“ oder eine „Einzelperson“ vor einem Prozess, den ein anwaltlich vertretener Kläger eventuell nicht geführt hätte.

Insoweit besteht kein Ungleichgewicht zwischen den Parteien. Denn die Entscheidung über die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt hinsichtlich des Kostenrisikos ohne Ansehung der gegnerischen Partei. Bei der Bestimmung des Kostenrisikos spielen neben der Höhe der zu erwartenden Kosten vor allem die Frage nach der Uneinbringlichkeit des Anspruchs, dem Risiko einer unklaren Beweislage und das Risiko einer unsicheren Rechtslage eine Rolle. Zudem ist in Betracht zu ziehen, ob der Aufwand eines Klageverfahrens im Verhältnis zum einklagbaren Anspruch unverhältnismäßig hoch ist. Eigentliche Frage ist also nicht die nach einem Ungleichgewicht, sondern ob ein schutzwürdiges Interesse des Prozessgegners besteht, nicht in einen Prozess gezwungen zu werden, den in gleicher Situation ein anderer Kläger nicht begonnen hätte. Ein solches schutzwürdiges Interesse kann nicht anerkannt werden.

<sup>35</sup> Entwurf eines RefE S. 40.

<sup>36</sup> Dazu unten d) Schutzwürdige Interessen des Prozessgegners.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu MünchKomm. ZPO/Toussaint, 4. Aufl. 2013, § 78 ZPO Rn. 2.

<sup>38</sup> RefE S. 40.

<sup>39</sup> Vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 112.

<sup>40</sup> EGMR NJW 2006, 1255, 1256; Meyer-Ladewig, EMRK (Fn. 40), Art. 6 Rn. 46.

<sup>41</sup> Karpenstein/Meyer/Meyer, EMRK, 2012, Art. 6 Rn. 115.

<sup>42</sup> Vgl. RefE S. 44.

<sup>43</sup> Vgl. Hartmann, Kostengesetze, 45. Aufl. 2015, § 1 Rn. 25.

#### d) Schutzwürdige Interessen des Prozessgegners

Ein schutzwürdiges Interesse fehlt in jedem Fall, wenn der klagende Verband oder das klagende Unternehmen einen tatsächlich bestehenden Anspruch gerichtlich verfolgt. In diesem Fall ist kein Interesse der beklagten Partei anzuerkennen, vor einer klageweisen Geltendmachung des Anspruchs geschützt zu werden. Die Zivilprozessordnung kennt weder eine Erheblichkeitsschwelle für die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen noch gibt es einen Grund, wieso eine Partei vor einer Klage geschützt werden sollte, in der die Rechtslage oder die Beweislage nicht eindeutig ist.

Schon ausreichend durch das Gesetz geschützt wird der Beklagte vor einer voreiligen Klageerhebung. Hat der Beklagte nämlich durch sein Verhalten keinen Anlass zur Klage gegeben und erkennt er den Anspruch an, fallen dem Kläger nach § 93 ZPO die Prozesskosten zur Last. Und auch in Fällen, in denen ein Kläger nach materiellem Recht oder aufgrund tatsächlicher Umstände zu Unrecht einen Anspruch geltend macht, wird der Beklagte hinreichend durch die ZPO geschützt. Denn im Fall des Unterliegens hat der Kläger nach § 92 ZPO dem Beklagten die Verfahrenskosten zu ersetzen. Sieht man einmal von der Insolvenz des Verbandes oder Unternehmens ab, entsteht dem Klagegegner kein finanzieller Nachteil. Er sieht sich allenfalls der Belastung ausgesetzt, ungerechtfertigter Weise mit einem gerichtlichen Verfahren konfrontiert gewesen zu sein. Dieses Risiko wird von der Rechtsordnung aber nicht geschützt.

Was verbleibt ist die Gefahr eines „Fehlurteils“. Ein äquivalent kausaler finanzieller Nachteil kann dem Prozessgegner tatsächlich entstehen, wenn der Verband oder das Unternehmen wegen des geringeren Prozessrisikos eine objektiv unberechtigte Klage einreicht und der Prozessgegner zu Unrecht verurteilt wird. Allerdings besteht auch hier kein adäquat kausaler Zusammenhang zwischen dem geringeren Kostenrisiko und dem „Fehlurteil“. Fehlerhafte Urteile sind ein allgemeines Prozessrisiko und damit ein allgemeines Lebensrisiko. Es ist nicht ersichtlich, dass Fehlurteile begünstigen würden, wenn sich für Verbände und Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung das Kostenrisiko durch den Einsatz von Syndikusanwälten als Prozessvertreter vermindert.

Wertungsmäßig muss zudem berücksichtigt werden, dass als Grenze einer unzulässigen Rechtsausübung durch Erhebung einer Klage bislang ausschließlich die Gründe für eine Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 578 ff. ZPO) sowie Fälle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB anerkannt sind. Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB schützt vor dem Ausnutzen einer formellen Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage, wenn dies mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar ist.<sup>44</sup> Dies betrifft vor allem das Erschleichen oder Ausnutzen eines Urteils oder eines sonstigen Titels.<sup>45</sup> Jenseits dieser Grenze gibt es kein anerkennenswertes Interesse, vor der Anstrengung eines zivilrechtlichen Verfahrens geschützt zu werden. Wieso sollte es auch jemandem verwehrt werden, einen materiellen Anspruch effektiv zu verfolgen?

Schutzwürdige Interessen bestehen auch nicht, wenn der Verband oder das Unternehmen, welches den Syndikusrechtsanwalt einsetzt, auf der Beklagtenseite steht. Für den Beklagten stellt sich die Frage des Kostenrisikos, wenn es um die Frage geht, ob er sich auf den Prozess einlässt, den Klageanspruch anerkennt, oder ob eine Widerklage erhoben wer-

den soll. In diesen Fallkonstellationen ist die Einzelperson oder das mittelständische Unternehmen noch weniger schutzwürdig. Wer selbst ein gerichtliches Verfahren anstrengt, kann nicht darauf vertrauen, dass die andere Seite den Anspruch aufgrund des Kostenrisikos anerkennt oder keine Widerklage erhebt. Wer ein gerichtliches Verfahren anstrengt, muss sich vielmehr auf dieses auch einlassen.

## V. Abweichende Begründungsansätze

Kann mithin weder ein Ungleichgewicht noch ein schutzwürdiges Interesse der Prozessgegner eines durch einen Syndikus vertretenen Verbandes oder Unternehmens anerkannt werden, stellt sich die Frage, ob eine andere Begründung für das Vertretungsverbot in Betracht kommen kann.

### 1. Unabhängigkeit

Fraglich ist zunächst, ob die bislang vor allem durch die Rechtsprechung vertretene Ansicht der fehlenden Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts von seinem ständigen Dienstgeber herangezogen werden kann. Immerhin ist der Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit auch der eigentliche Grund für das bestehende Vertretungsverbot.<sup>46</sup> Auch die Bundesrechtsanwaltskammer scheint wesentlich den Schutz der Unabhängigkeit im Blick zu haben, wenn sie in ihrer Stellungnahme zum Eckpunktepapier „*verfahrensfremde Ziele*“ als Gefährdung der anwaltlichen Tätigkeit identifiziert.<sup>47</sup> Diese Begründungsansätze führten allerdings zu einer widersprüchlichen gesetzlichen Wertung. Wenn das Gesetz nun ausdrücklich den Syndikusrechtsanwalt als Rechtsanwalt auch gegenüber seinem ständigen Dienstgeber anerkennen will, erklärt es die bislang vorgetragenen Bedenken hinsichtlich seiner Unabhängigkeit für gegenstandslos. Nun kann man einem Syndikusrechtsanwalt nicht grundsätzlich die Unabhängigkeit zusprechen und diese nur in Verfahren vor Zivil- und Arbeitsgerichten mit Anwaltszwang verneinen. Insbesondere dann, wenn ihm als „niedergelassener Rechtsanwalt“ die Unabhängigkeit gegenüber seinem ständigen Dienstgeber nicht fehlen soll.<sup>48</sup> Das Bundesjustizministerium greift daher zu Recht nicht mehr auf Unabhängigkeitserwägungen zur Begründung des Vertretungsverbotes zurück.

### 2. Konkurrenzschutz

Der Regelung des § 31 Abs. 2 RAO lagen Konkurrenzschutzerwägungen zugrunde.<sup>49</sup> Gegner der Doppelberufstheorie nehmen dies auch *de lege lata* für § 46 Abs. 1 BRAO an. Nur Roxin hat allerdings bislang Konkurrenzschutzerwägungen auch als Sachgrund anerkannt.<sup>50</sup> Kury hat in den BRAK-Mitteilungen 2013 als Vorsitzender den Diskussionsstand im BRAO-Ausschuss der BRAK zu einer Neuregelung des § 46 BRAO wiedergegeben. Danach erkenne der BRAO-Ausschuss an, dass niedergelassene Rechtsanwälte ein Interesse

44 BGHZ 101, 380, 383; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 162 Rn. 4 ff., 7; MünchKomm. BGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 826 BGB Rn. 178 ff, 181. Vgl. zur Kritik an der Rspr. ausführlich Staudinger/Oechsle § 826 BGB (2013) Rn. 472 ff.

45 BGHZ 101, 380, 383.

46 Vgl. oben II. Das Vertretungsverbot *de lege lata*.

47 Stellungnahme Nr. 9/2015 der BRAK, Ziff. 4 a).

48 Vgl. unten VI. Die Vertretung durch den Syndikusrechtsanwalt als „niedergelassener Rechtsanwalt“.

49 Vgl. oben II. Das Vertretungsverbot *de lege lata*.

50 Roxin NJW 1992, 1129, 1130 f.

an der Übernahme von Unternehmensmandaten haben, während Syndizi über eine ordentliche Dotierung und eine gesicherte Altersversorgung verfügen würden.<sup>51</sup> Unter Berufung auf *Roxin*<sup>52</sup> müsse eine leistungsfähige und gesicherte freie Anwaltschaft erhalten bleiben, wozu ein Vertretungsverbot beitragen könne.<sup>53</sup> Damit hat der BRAO-Ausschuss der BRAK ausdrücklich ein Vertretungsverbot aus Konkurrenzschutzgründen gefordert. Mit dieser Begründung ist der Ausschuss in jüngerer Zeit allerdings allein geblieben.

Auch andere Stimmen haben sich hingegen in der Vergangenheit für eine Beibehaltung des Vertretungsverbots bei gleichzeitiger Aufgabe der Doppelberufstheorie ausgesprochen. So hat der Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) 2012 eine „Änderung von § 46 der Bundesrechtsanwaltsordnung zur Klarstellung und Konkretisierung des Berufsbildes von Syndikusanwältinnen“ vorgelegt.<sup>54</sup> Das Vertretungsverbot solle dabei mit angepasstem Wortlaut beibehalten werden. Ein ähnlicher Vorschlag aus dem Jahr 2012 stammt von *Prütting*<sup>55</sup>. Beide Vorschläge enthalten sich allerdings einer Begründung. Beim Berufsrechtsausschuss des DAV heißt es lediglich: „Der Änderungsvorschlag lässt im Übrigen das Berufsausübungsverbot der anwaltlichen Vertretung vor Gerichten und Schiedsgerichten unberührt.“<sup>56</sup> Nach *Prütting* soll das Vertretungsverbot beibehalten werden, wenn der Gesetzgeber zu dem Ergebnis gelange, dass dem Syndikusrechtsanwalt bestimmte Berufsausübungsbeschränkungen auferlegt werden müssten.<sup>57</sup>

Eine Beibehaltung des Vertretungsverbots aus Konkurrenzschutzgründen muss strikt abgelehnt werden. Es gibt keinen Sachgrund, wieso Syndikusanwältinnen von der Vertretung ihres Arbeitgebers ausgeschlossen werden müssten, damit selbständig tätige Rechtsanwältinnen Zugriff auf die Mandate des Verbandes oder Unternehmens erhalten. Insbesondere eine Störung des Rechtsberatungsmarktes ist durch die Aufhebung des Vertretungsverbots für Syndikusanwältinnen nicht ersichtlich. Zwar ist es möglich, dass vor allem große und mittlere Rechtsanwaltskanzleien Mandate verlieren. In wieweit dies tatsächlich der Fall sein wird, ist nicht absehbar. Denn eine Vielzahl von Syndikusanwältinnen hat derzeit gar keine große Prozessenerfahrung. Denkbare „Litigation“-Abteilungen müssten Verbände und Unternehmen erst einmal aufbauen. Und selbst dann wird nicht für jedes Verfahren ein spezialisierter Syndikusrechtsanwalt zur Verfügung stehen. Auch aktuell werden nicht alle Rechtsfragen ausschließlich durch Syndikusanwältinnen bearbeitet. Spezialfragen werden auch heute – unabhängig von einer gerichtlichen Vertretung – an externe Kanzleien abgegeben. Zudem ist es nicht immer effektiv, wenn Syndikusanwältinnen durch die zusätzliche Prozessführung von ihren eigentlichen Aufgaben abgehalten werden. Es würde damit zukünftig ein Teil, sicherlich aber nicht alle Verfahren von eigenen Syndikusanwältinnen geführt werden.<sup>58</sup>

Entscheidendes Argument ist aber, dass als Schutzgut allenfalls die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege in Betracht kommt. Bei der derzeitigen Lage auf dem Rechtsberatungsmarkt ist keinesfalls zu befürchten, dass der Verlust von Unternehmensmandaten die selbständige Rechtsanwaltschaft derart schwächen würde, dass sie ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen könnte. Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung beauftragen in der Regel nur ein bestimmtes Segment der Anwaltschaft. Dieses könnte sicherlich Einnahmehinbußen erleiden, wäre aber nicht in ihrem Bestand gefährdet. Alle übrigen Segmente wären allenfalls mittelbar durch wachsende

Konkurrenz der Rechtsanwältinnen, die ihren Mandantenkreis ausweiten müssen, betroffen. Eine veränderte Wettbewerbssituation allein kann aber die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege nicht beeinträchtigen. Dies wäre allein dann der Fall, wenn eine veränderte Wettbewerbssituation den Rechtsberatungsmarkt derart schwächen würde, dass es zu einer massenhaften Insolvenz von Rechtsanwältinnen kommen und anwaltliche Vertretung nicht mehr hinreichend angeboten würde. Wer anderes vertritt, müsste eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege auch nachweisen. Andernfalls wäre eine entsprechende Regelung wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG verfassungswidrig, da nicht einmal ein den Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigender legitimer Zweck ersichtlich ist.<sup>59</sup>

## VI. Die Vertretung durch den Syndikusrechtsanwalt als „niedergelassener Rechtsanwalt“

Das im Januar 2015 vorgestellte Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums sah in den hier diskutierten Fällen ein uneingeschränktes Vertretungsverbot vor. In der Begründung zum Referentenentwurf findet sich nun aber eine überraschende Volte. Der Syndikusrechtsanwalt soll seinen Arbeitgeber zwar nicht in seiner Eigenschaft als Syndikusrechtsanwalt vertreten dürfen – wohl aber in seiner Eigenschaft als „niedergelassener Rechtsanwalt“. Dies sei aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig.<sup>60</sup>

Möglich wird diese Ausdifferenzierung durch eine intendierte „gespaltene“ Zulassung als niedergelassener Rechtsanwalt nach § 4 BRAO beziehungsweise § 46 Abs. 1 BRAO-E einerseits und als Syndikusrechtsanwalt nach § 46 a BRAO-E andererseits. Die Aufspaltung der Tätigkeit hätte praktisch vor allem Auswirkungen auf den Gebührenanspruch. Vertritt der Syndikus zukünftig als niedergelassener Rechtsanwalt seinen Arbeitgeber in Prozessen mit Anwaltszwang, löste dies im Gegensatz zu den Fällen, in denen er als Syndikusrechtsanwalt seinen ständigen Dienstgeber vertritt, einen Gebührenanspruch nach dem RVG aus. Dieser darf nach § 49 b Abs. 1 BRAO grundsätzlich nicht herabgesetzt werden. Faktisch würde damit wieder die Rechtslage vor dem 20.12.1934 hergestellt. Damals allerdings entstand der Gebührenanspruch im Rahmen der Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt und nicht in einer gedachten Zweitätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt.

51 *Kury* BRAK-Mitt. 2013, 2, 6.

52 *Roxin* NJW 1992, 1129 ff.

53 *Kury* BRAK-Mitt. 2013, 2, 6.

54 Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Berufsrechtsausschuss vom 4. Mai 2012, veröffentlicht u.a. im AnWB 2012, 426.

55 Vortrag auf der 8. Jahrestagung des Instituts für Anwaltsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, veröffentlicht im AnWB 2013, S. 78 ff.

56 Stellungnahme des DAV (Fn. 55), S. 3. Insoweit zu Recht kritisch die Stellungnahme des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen vom 9. Mai 2012 „Gesetzgeberischer Klarstellungsbeschluss des DAV geht nicht weit genug“.

57 *Prütting* AnWB 2013, 78.

58 Vgl. oben IV. 1. Kostenvorteil.

59 So schon *de lege lata* Hartung/Hartung (Fn. 7) § 46 BRAO Rn. 41 f.; Gaier/Wolf/Göcken/Huff (Fn. 9) § 46 BRAO Rn. 19; *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Auflage 2009, § 46 BRAO Rn. 5 ff.; *ders.* AnWB 2012, 947, 950; *ders.* AnWB 2011, 467, 469.

60 Begründung zum RefE, S. 22, 40.

Der Gebührenanspruch soll das Kostenrisiko des Verbandes oder des Unternehmens den Fällen angleichen, in denen ein externer Rechtsanwalt beauftragt wird. Abgesehen von dem Umstand, dass – wie zuvor dargestellt – weder ein Ungleichgewicht noch ein schutzwürdiges Interesse besteht, aufgrund dessen das Kostenrisiko angeglichen werden müsste, wird die Mehrzahl der Gegenparteien des Verbandes oder Unternehmens eher belastet denn geschützt. Obsiegt bspw. in einem Prozess der Verband oder das Unternehmen, muss der Klagegegner durch den Kostenerstattungsanspruch des Verbandes oder Unternehmens dessen Anwaltsgebühren tragen. Würde es dem Syndikusrechtsanwalt hingegen erlaubt, in dieser Eigenschaft seinen Verband oder sein Unternehmen zu vertreten, könnte er über sein Gehalt hinaus wegen § 46 Abs. 2 S. 1 RVG-E keine Gebühren verlangen. Dies wäre für die Einzelperson oder das „kleine oder mittlere Unternehmen“ im Ergebnis günstiger, da in diesen Fällen der Verband oder das Unternehmen keine Kostenerstattung verlangen kann<sup>61</sup>. Zugleich würden die Kosten für die rechtliche Vertretung des Verbandes oder des Unternehmens in allen Verfahren einheitlich behandelt.

Darüber hinaus muss ein weiterer Umstand berücksichtigt werden. Würde ein Syndikusrechtsanwalt regelmäßig von seinem Arbeitgeber beauftragt und dafür nach dem RVG vergütet werden, so würde dieser Umstand mit Sicherheit in der Grundvergütung des Syndikusrechtsanwalts berücksichtigt. Er dürfte dann ein geringeres Grundgehalt als Arbeitnehmer erhalten, welches mit den gesetzlichen Gebühren aus der Vertretung aufgebessert würde. Für diesen „Gehaltsanteil“ könnte der Verband oder das Unternehmen im Obsiegsfall Kostenerstattung verlangen. Damit würde die unterlegene Partei über den Kostenerstattungsanspruch faktisch das Gehalt des Syndikusrechtsanwalts mitfinanzieren – ein Ergebnis, welches durch § 1 Abs. 2 S. 1 RVG-E gerade verhindert werden soll. Zudem würde durch diese Gehaltsgestaltung der eigentliche Gesetzeszweck des partiellen Vertretungsverbots nicht erreicht werden können, da das Kostenrisiko in die Gehaltsgestaltung „eingepreist“ und dadurch wie im Fall der Vertretung unmittelbar durch den Syndikusrechtsanwalt gesenkt wird. Auch könnten von dieser Gehaltsgestaltung Anreize ausgehen, die die Klageneigung von Syndikusrechtsanwälten erhöhen, weil sie nur bei entsprechender Klagehäufigkeit ihr angestrebtes Gehalt realisieren können.

Schließlich muss in Zweifel gezogen werden, ob die vorgeschlagene Regelung wirklich den Kostenvorteil des Verbandes oder des Unternehmens neutralisieren würde. Es darf nämlich vorausgesetzt werden, dass in einer Vielzahl von Fällen, in denen Unternehmen Mandate an externe Rechtsanwälte vergeben, eine über den RVG-Gebühren liegende Honorarvereinbarung getroffen wird. In diesen Fällen bleibt immer noch ein Kostenvorteil, wenn der Syndikus als „niedergelassener Rechtsanwalt“ beauftragt und nach RVG vergütet würde.

## VII. Zusammenfassung

Das *de lege lata* in § 46 Abs. 1 BRAO statuierte Vertretungsverbot für Syndikusanwälte gegenüber ihrem ständigen Dienstgeber lässt sich stringent nur begründen, wenn man die Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts verneint und ihm deshalb nach der Doppelberufstheorie bei Tätigkeiten für seinen Dienstgeber die Eigenschaft als Rechtsanwalt abspricht. Für eine Aufgabe der Doppelberufstheorie sprechen gewichtige Gründe. Gibt der Gesetzgeber die Doppelberufstheorie und damit die These der fehlenden Unabhängigkeit des Syndikus auf, ist aber auch ein Vertretungsverbot nicht mehr zu rechtfertigen. Ein vom Bundesjustizministerium angenommenes Ungleichgewicht besteht nicht. Schutzwürdige Interessen des Prozessgegners werden bei einer Vertretung durch den Syndikusrechtsanwalt nicht tangiert. Auch andere Begründungsversuche sind nicht zutreffend. Insbesondere ein Konkurrenzschutz ist weder verfassungsrechtlich noch ordnungspolitisch zu rechtfertigen.

Bei Fortfall des Vertretungsverbots müssten dann aber auch weitere Konsequenzen gezogen werden. Insbesondere müssten dem Syndikusrechtsanwalt auch die Anwaltsprivilegien der Strafprozessordnung zuerkannt werden, die nach dem Referentenentwurf den Syndikusanwälten ausdrücklich vorenthalten werden.



**Dr. Dirk Michel, Köln**

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer des Europäischen Zentrums für Freie Berufe der Universität zu Köln (Leitung: Prof. Dr. Martin Henssler und Prof. Achim Wambach, Ph.D.).

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).



**Dr. Oliver Arentz, Köln**

Der Autor ist stellvertretender Geschäftsführer des Instituts für Wirtschaftspolitik der Universität zu Köln (Leitung: Prof. Dr. Achim Wambach, Ph.D.) und Geschäftsführer des Europäischen Zentrums für Freie Berufe.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).

<sup>61</sup> Vgl. schon oben IV. 2. Ungleichgewicht beim Kostenerstattungsanspruch.