

Schriftenreihe

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

Der Syndikusanwalt im Anwaltsrecht

Fünf Beiträge zur
rechtspolitischen Diskussion

Band

5

Der Syndikusanwalt im Anwaltsrecht

Band

5

Schriftenreihe Anwaltsblatt

im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins
herausgegeben von der Rechtsanwältin und
den Rechtsanwälten
Edith Kindermann, Ulrich Schellenberg
Herbert P. Schons, Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen

Redaktion:
Dr. Nicolas Lührig
Udo Henke
Manfred Aranowski
Rechtsanwälte





Deutscher **Anwalt** Verein

Der Syndikusanwalt im Anwaltsrecht

Fünf Beiträge zur
rechtspolitischen Diskussion

ISBN 978-3-8240-5023-9

© Deutscher Anwaltverein, Berlin, 2015

Verlag: Deutscher Anwaltverlag, Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Vorwort

Schon mindestens seit der Weimarer Republik währt die Debatte um die berufsrechtliche Einordnung des Syndikusanwalts in die Anwaltschaft. Es ist zu vermuten, dass sich nun der 3. April 2014 als Wendepunkt in der Diskussion in das Gedächtnis eines Großteils der Anwältinnen und Anwälte einprägen wird. An diesem Tag hatte das Bundessozialgericht für die meisten völlig überraschend in drei Urteilen den Syndikusanwälten für ihre Tätigkeit in ihren Unternehmen die Anwaltseigenschaft abgesprochen und sie in Abänderung einer jahrzehntelangen Praxis der Rentenversicherungspflicht unterworfen. Die Urteile geben Anstoß für eine Reform durch den Gesetzgeber. Im Januar 2015 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein Eckpunktepapier für eine „Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte“ präsentiert. Im Zentrum der Reform soll eine berufsrechtliche Regelung stehen, die klarstellt, dass Syndikusanwälte als angestellte Anwältinnen und Anwälte im Unternehmen anwaltlich tätig sind. Allerdings soll ihnen künftig das strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht und der Beschlagnahmeschutz vorenthalten werden.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) und der Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ) hatten anlässlich der Diskussionen um die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundessozialgerichts auf das Berufsbild des Rechtsanwalts ein Gutachten in Auftrag gegeben. Die in diesem Band 5 der Schriftenreihe Anwaltsblatt als Spitzenbeitrag publizierte erstklassige Arbeit zum „Legal Privilege“ für Syndikusanwälte von *Rainer Hamm* und *Falko Maxim* basiert weitgehend auf diesem Gutachten, das sich allein dem Strafrecht, Strafprozessrecht und dem dafür jeweils relevanten anwaltlichen Berufsrecht widmet. Für die Veröffentlichung haben sie es auf den Stand vom 25. März 2015 gebracht.

Das im Januar 2015 vorgestellte Eckpunktepapier und natürlich die Entscheidungen des Bundessozialgerichts waren auch Anlass für zahlreiche Aufsätze, Beiträge, Kommentare und Stellungnahmen im Anwaltsblatt. Dabei wurde auch der Blick weit in die Vergangenheit gerichtet, um zu verstehen, wie es zur heutigen Rechtslage beim Syndikusanwalt gekommen ist. *Hans-Jürgen Hellwig* beleuchtet die Entwicklung von der Weimarer Republik über

die Nazi-Zeit bis heute. *Hanns Prütting* und *Michael Kleine-Cosack* besprechen die BSG-Urteile. *Susanne Offermann-Burckart* setzt sich eingehend mit dem Eckpunktepapier auseinander. Diese vier zunächst im Anwaltsblatt erschienenen und hier unverändert nachgedruckten Aufsätze ergänzen den Spitzenbeitrag, so dass der Band seinen Anspruch – den Syndikusanwalt im Anwaltsrecht umfassend darzustellen – erfüllen kann.

Wir hoffen, dass noch dieses Jahr der Gesetzgeber den unsicheren Status der Syndikusanwälte endlich beseitigt. Es sieht zum Glück vielversprechend aus. Immerhin geht es um nichts weniger als die Einheit der Anwaltschaft und damit die Stärkung des Rechts in der Gesellschaft (zu der auch die Wirtschaft gehört). Möge diese Beitragssammlung die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren befruchten.

Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel Elisabeth Roegele, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt

Rechtsanwältin

Präsident des

Präsidentin des Bundesverbandes

Deutschen Anwaltvereins

der Unternehmensjuristen

25. März 2015

Inhaltsverzeichnis

„Legal Privilege“ für Syndikusanwälte _____	9
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm und Rechtsanwalt Falko Maxim	
Der Syndikusanwalt – neue Denkansätze _____	103
Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main	
Die Folgen der BSG-Urteile: Berufsverbot für die deutschen Syndikusanwälte? _____	137
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln	
Versorgungswerk-Aus für Syndikus: BSG erliegt Unabhängigkeitsmythos _____	145
Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i.Br.	
Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte: Fast die Quadratur des Kreises _____	169
Rechtsanwältin Dr. Susanne Offermann-Burckart, Grevenbroich	
Autorinnen und Autoren _____	191

„Legal Privilege“ für Syndikusanwälte

Eine Expertise zum Strafrecht und Strafprozessrecht mit Bezügen zum Anwaltsrecht*
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm und Rechtsanwalt Falko Maxim

Die Stellung des Syndikusanwalts gehört seit den BSG-Urteilen vom 3. April 2014 zu den ungelösten Fragen des Anwaltsrechts. Diese Expertise beschäftigt sich nicht mit dem Sozialversicherungsrecht, sondern allein mit dem Strafrecht und Strafprozessrecht sowie dem dafür jeweils relevanten anwaltlichen Berufsrecht. Da jedenfalls in der Anwaltschaft Einigkeit über den gesetzlichen Klarstellungsbedarf besteht, halten die Autoren jenseits der jeweiligen berufspolitischen Interessenlage das hier favorisierte Modell einer auch mit Blick auf das Straf- und Strafprozessrecht weitestgehenden Angleichung der Rechte und Pflichten aller Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte für notwendig, um ihrer für den Rechtsstaat fundamentalen Aufgabe gerecht zu werden.

* Die hier publizierte Arbeit basiert weitgehend auf einem Gutachten, das wir im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen (BUJ) im Dezember 2014 erstattet haben. Anlass für den von beiden Berufsverbänden gemeinsam erteilten Gutachtenauftrag waren die Diskussionen um die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 3. April 2014 (AnwBl 2014, 854) auf das Berufsbild des Rechtsanwalts im Allgemeinen und das des angestellten Anwalts im Besonderen. Dabei bestand von Anfang an Einigkeit mit den Auftraggebern, dass sich die Expertise nicht mit Sozialversicherungsrecht oder anderen Rechtsgebieten als Strafrecht, Strafprozessrecht und dem dafür jeweils relevanten anwaltlichen Berufsrecht befassen sollte. Die verwendeten Quellen sind jeweils in den Fußnoten kenntlich gemacht. Wir haben darüber hinaus aus zahlreichen Gesprächen mit Anwaltskollegen in der Zeit bis zur Ersterstellung des Gutachtens geschöpft, auch soweit sie nicht in den beiden Auftraggeber-Verbänden organisiert sind, sondern zum Beispiel in Rechtsanwaltskammern einschlägige Funktionen bekleiden. In der Zeit nach der Veröffentlichung des Eckpunktepapiers des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) haben wir uns an den Diskussionen auf dem Jahreskongress der Unternehmensjuristen am 29. und 30. Januar 2015 beteiligt und dabei auch noch weitere Anregungen über das Pro und Contra einer berufsrechtlichen, strafprozessualen oder rein sozialversicherungsrechtlichen Lösung der bisher ungeklärten Fragen erhalten. Das Manuskript wurde am 25. März 2015 abgeschlossen, sodass der danach vom BMJV vorgelegte Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte“ nicht mehr, sehr wohl aber noch das seit Januar 2015 vorliegende „Eckpunktepapier“ (S. 78 ff.) berücksichtigt werden konnte.

A. Einleitung

Im Folgenden soll eine Antwort gegeben werden auf die Frage, inwieweit die namentlich in Rechtsabteilungen deutscher Unternehmen angestellten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte („Syndici“) im Rahmen ihrer rechtsberatenden Tätigkeit für die Organe und Mitarbeiter des Arbeitgebers an den strafprozessualen „Privilegien“¹ der §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 Abs. 1 und 160a StPO sowie der nach § 43 a Abs. 2 BRAO für alle Rechtsanwälte geltenden und nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbewehrten Schweigepflicht teilhaben.

Anlass hierfür ist die infolge der Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 3. April 2014² entstandene rechtspolitische und berufsrechtliche Diskussion zu der Frage, ob die diesen Entscheidungen zugrunde liegende Annahme, dass es bei von nichtanwaltlichen Arbeitgebern angestellten Rechtsanwälten (Syndikusanwälten) an der berufstypischen Unabhängigkeit fehle, über das gesetzlich geregelte Vertretungsverbot nach § 46 BRAO hinaus Auswirkungen und Rechtsfolgen außerhalb der sozialrechtlichen Fragen – insbesondere zur strafprozessualen Stellung der Syndikusanwälte – hat. Falls dies zumindest zweifelhaft sein sollte, ist zu prüfen, ob gesetzgeberischer Regelungs- bzw. Klarstellungsbedarf in der BRAO und/oder der StPO zum Zeugnisverweigerungsrecht und der Beschlagnahmefreiheit besteht.

Die Ausführungen erstrecken sich dabei nicht auf eine Bewertung der sozialrechtlichen Aussagen des BSG, soweit es dessen Fachkompetenz betrifft. Es soll stattdessen vornehmlich aus der strafprozessualen Perspektive – unter Berücksichtigung der notwendigen berufsrechtlichen Vorfragen – der Regelungsbedarf sondiert werden.

Wir konzentrieren uns dabei auf die Kommunikation zwischen den Syndikusanwälten und

- Organmitgliedern oder anderen Mitarbeitern des eigenen Unternehmens im Hinblick auf drohende oder bereits laufende strafrechtliche Ermittlungsverfahren,

1 In Deutschland klingt die Übersetzung von „privilege“ aus dem Englischen als „Privilegien“ immer etwas missverständlich, weil es dabei regelmäßig nicht um persönliche Privilegien des Trägers eines Vertrauensberufs geht, sondern um den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Mandanten oder sonstigen Kommunikationspartner. Dies folgt schon daraus, dass die Schweigepflichten und Zeugnisverweigerungsrechte durch den Mandanten jederzeit mit bindender Wirkung für den Zeugen (den Berufsgeheimnisträger) aufgehoben werden können.

2 BSG, AnwBl 2014, 854 = NJW 2014, 2743.

- mit externen Anwälten, insbesondere Strafverteidigern zur Vermittlung und informationellen Unterstützung von Mandaten zur Verteidigung, Zeugenbeistandschaft oder auch Vertretung des Unternehmens in dessen Rolle als Straftatopfer.

B. Der strafprozessuale Vertrauensschutz für den Syndikusanwalt nach geltendem Recht

I. Das System der anwaltlichen Privilegien im Strafprozess – Überblick

§ 53 StPO gewährt den Angehörigen bestimmter Berufsgruppen ein berufs- bzw. rollenbezogenes Zeugnisverweigerungsrecht. Dieses Recht zur Verweigerung des Zeugnisses im Strafprozess umfasst berufsbezogene vertrauliche Mitteilungen und Wahrnehmungen, die dem Berufsgeheimnisträger in seiner Eigenschaft als solcher anvertraut oder bekanntgeworden sind. Gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO steht dieses Recht neben den übrigen dort genannten Berufsgruppen auch Rechtsanwälten zu, wobei dies ohne Unterscheidung danach gilt, ob der Rechtsanwalt sich in einer Einzelpraxis niedergelassen hat, in einer Sozietät mit anderen Anwälten eine gemeinsame Kanzlei betreibt, bei anderen Anwälten durch Dienstvertrag angestellt oder auch als „freier Mitarbeiter“ zwar auf dem Briefkopf erscheint, aber hinsichtlich der Teilhabe an den Erlösen der von ihm bearbeiteten Mandate sowie der Kostentragung eine intern vom RVG abweichende Vereinbarung getroffen hat. Das Zeugnisverweigerungsrecht hängt nur davon ab, ob der Rechtsanwalt das einer potentiellen Zeugenaussage zugrunde liegende Wissen in seiner anwaltlichen Funktion erlangt hat.

Das Zeugnisverweigerungsrecht kann in jedem Stadium des Verfahrens geltend gemacht werden, wobei gegebenenfalls nach Maßgabe des § 56 StPO die Voraussetzungen glaubhaft zu machen sind. Eine nachträgliche Geltendmachung führt nach § 252 StPO jedenfalls dann, wenn das Verweigerungsrecht schon bei der Erstaussage bestand und weder damals noch aktuell eine Befreiung vorlag, grundsätzlich dazu, dass der Rückgriff auf ein bereits abgelegtes Zeugnis unstatthaft wird.

Über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entscheidet prinzipiell allein der Berufsgeheimnisträger. Eine Einschränkung für bestimmte Berufsgruppen bringt jedoch § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, wonach u.a. Rechtsanwälte dann zur Aussage verpflichtet sind, wenn sie durch ihren Mandanten bzw. die anvertrauende Person von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden sind. Gemäß § 53 a Abs. 1 S. 1 StPO steht das Zeugnisverweigerungsrecht der jeweiligen Berufsgeheimnisträger auch ihren Berufshelfern sowie Ausbildungsbefohlenen zu.

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO setzt sich sachlich-gegenständlich im Beschlagnahmeschutz nach § 97 StPO fort. Die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO stellt sich insoweit als „*akzessorischer Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts vor Umgehung*“ dar.³ Dies gilt auch für den Schutz von Berufsgeheimnisträgern vor sonstigen Ermittlungsmaßnahmen nach § 160 a StPO. Hiernach ist u. a. eine Ermittlungsmaßnahme, welche sich gegen einen Rechtsanwalt richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die dieser das Zeugnis verweigern dürfte, unzulässig, § 160 a Abs. 1 S. 1 StPO. Nach S. 2 dieser Vorschrift dürfen dennoch erlangte Erkenntnisse nicht verwendet werden.

Das die in § 53 StPO genannten Berufsgruppen verbindende Element besteht darin, dass ihre Träger alle einer berufsbezogenen Schweigepflicht nach den jeweiligen gesetzlichen oder berufsrechtlichen Vorschriften unterliegen. Für die meisten der in § 53 StPO aufgeführten Berufsgruppen ist diese Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 StGB als Verletzung von Privatgeheimnissen strafbewehrt. Rechtsanwälte sind gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in diesen materiell-rechtlichen Schutzbereich einbezogen. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO reicht jedoch auch inhaltlich weiter als § 203 Abs. 1 StGB, da es sich auch auf Tatsachen bezieht, die keine „Geheimnisse“ im Sinne des § 203 StGB darstellen.⁴

Die Gewährung eines strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts durch § 53 StPO bedeutet, dass grundsätzlich ein Vorrang der berufsbezogenen Schweigepflicht vor der zeugenschaflichen Aussagepflicht besteht.⁵

3 Rogall, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 1 m. w. N. (im Folgenden zitiert als: „SK-StPO/Bearb.“).

4 Meyer-Göbner/Schmitt, StPO 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 4 m. w. N.

5 SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 2 m. w. N.

II. Der Begriff des Syndikusanwalts

Die Bundesrechtsanwaltsordnung setzt die Vereinbarkeit der Zulassung eines Rechtsanwalts mit der Anstellung in einem Wirtschaftsunternehmen als Syndikusanwalt voraus und beschränkt dies auch nicht auf Dienstverhältnisse bei anwaltlichen Arbeitgebern. Dies folgt zwingend daraus, dass in § 46 BRAO nur wenige Besonderheiten für solche Syndikusanwälte geregelt sind. Die Vorschrift enthält eine allgemein anerkannte legale Definition des Syndikusanwalts, die wir im Folgenden zugrunde legen. Danach ist Syndikusanwalt, wer als zugelassener Rechtsanwalt „aufgrund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft [einem Auftraggeber] zur Verfügung stellen“ muss.

Dabei ist die begriffliche Einordnung der Stellung des Rechtsanwalts als „freier Mitarbeiter“ oder „Angestellter“ nicht entscheidend.⁶ Auch die Stellung als Geschäftsführer einer GmbH schließt die berufsrechtliche Einordnung als Syndikusanwalt nicht aus.⁷ Und ein Rechtsanwalt, der erst aufgrund einer „Gesamtbetrachtung“ als freier Mitarbeiter bezeichnet werden kann, zugleich aber persönlich abhängig von seinem Dienstherrn ist, steht in einem „ähnlichen Beschäftigungsverhältnis“ im Sinne des § 46 BRAO.⁸

Der häufig synonym verwendete Begriff des „Unternehmensjuristen“ ist insofern weiter, als hierunter auch angestellte Juristen ohne Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, wie zum Beispiel Assessoren als Justitiare, gefasst werden können.⁹ Auch der Begriff des „Unternehmensanwalts“ ist gegenüber dem Begriff des Syndikusanwalts weiter, da dieser auch zur Bezeichnung externer Rechtsanwältinnen verwendet wird.¹⁰ Auch Rechtsanwältinnen, die durch ein Dauermandat mit dem Unternehmen verbunden sind, wobei meist durch einen Rahmenvertrag die Bedingungen festgelegt werden, unter denen jederzeit die anwaltlichen (Beratungs- oder Vertretungs-) Dienste abgerufen werden, werden so bezeichnet. Solche formell frei praktizierenden „Vertragsanwältinnen“ können auch in einer Dauerbeziehung mit wirtschaftlichen Verbänden (z. B.

6 BGH, AnwBl 1999, 61.

7 AGH München, BRAK-Mitt. 2004, 180.

8 BGHZ 141, 69 = NJW 1999, 1715; *Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 46 Rn. 1 m. w. N. (im Folgenden zitiert als: „Feuerich/Weyland-BRAO/Bearb.“).

9 *Beulke, W./Lüdke, I./Swoboda*, S., Unternehmen im Fadenkreuz. Über den Umfang anwaltlicher Privilegien von Syndici/Rechtsabteilungen im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 2009, S. 5 f.

10 Siehe etwa die Begriffsverwendung bei *Wessing, J.*, Die Rechtsstellung des Unternehmensanwalts im Strafrecht, in: ZWH 2012, 6.

Versicherungsunternehmen) oder ideellen Vereinen (zum Beispiel Automobilclubs) bereitstehen und auch für deren Kunden bzw. Mitglieder Mandate wahrnehmen, deren Bezahlung im Rahmen von AGBs durch die Vertragsunternehmen erfolgt. Je nach Größe und Rechtsform des jeweiligen Vertragspartners und der Zahl der auf diese Weise „vermittelten“ Einzelaufträge kann es vorkommen, dass derartige Vertragsanwälte auf die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung wirtschaftlich angewiesen sind, weil sich ihre Klientel ausschließlich daraus speist.

III. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts in Rechtsprechung und Literatur – Meinungsstand

Die Frage, ob dem Syndikusanwalt im engeren Sinne bei der Tätigkeit für sein Unternehmen bzw. seinen Arbeitgeber im Rahmen dieses ständigen Beschäftigungsverhältnisses das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusteht, wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

1. Rechtsprechung

Soweit ersichtlich sind zu dieser konkreten Frage der strafprozessualen Einordnung der Syndikus-Tätigkeit bislang keine obergerichtlichen Entscheidungen ergangen. Vereinzelt wurde das Zeugnisverweigerungsrecht für den in einem ständigen Beschäftigungsverhältnis tätigen Syndikusanwalt durch Instanzgerichte abgelehnt. In der Mehrheit der veröffentlichten Entscheidungen wird ein solches Recht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO aber anerkannt. Dabei ist freilich auch in Rechnung zu stellen, dass ein Anlass zu ausführlichen und sich für Veröffentlichungen anbietenden Entscheidungsgründen regelmäßig dann nicht besteht, wenn das Schweigerecht ohne weiteres anerkannt oder seine Ablehnung von den betreffenden Zeugen akzeptiert wurde, sodass auch ein Streit darüber und eine Anfechtung unterblieb, während erst die Androhung oder auch Anwendung von Zwangsmitteln bei einer nach Auffassung des betreffenden Gerichts zeugnispflichtigen Person zu Entscheidungen führen, deren Veröffentlichung sich anbietet. Dies dürfte dafür sprechen, dass die zahlenmäßige Überlegenheit der veröffentlichten Entscheidungen, in denen das Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt wurde, auch eine entsprechende unveröffentlichte Praxis widerspiegelt.

a) Vereinzelte Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Instanzgerichte

Das LG Bonn hat in einem *Beschluss vom 29.09.2005* auf die Beschwerde des betroffenen Unternehmens gegen eine Beschlagnahmeanordnung des Bundeskartellamts Stellung zur Beschlagnahmefreiheit von im Gewahrsam eines Syndikusanwalts befindlichen Unterlagen nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG genommen.¹¹

Das LG Bonn macht die Kommentierung des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch *Senge* (vgl. u. S. 14 f., 56) zur Grundlage seiner Entscheidung, wonach der Syndikusanwalt nur insoweit als mit typischen anwaltlichen Aufgaben befasst anzusehen ist, wie er als Rechtsanwalt zur Erbringung von anwaltlichen Leistungen gegenüber Dritten tätig wird.¹² Soweit dieser für sein Unternehmen (z. B. als Leiter der Rechtsabteilung) tätig wird, handele es sich nicht um eine Anwaltstätigkeit i. S. d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Das Gericht führt zur Begründung aus: *„Denn es fehlt gerade die weisungsfreie Stellung als Organ der Rechtspflege. Nur soweit der Syndikusanwalt neben seiner Einbindung in ein bestimmtes Unternehmen auch für außenstehende Dritte tätig wird, erfüllt er das Regelbild des zeugnisverweigerungsberechtigten Anwalts. Diese Differenzierung wird auch in § 46 II Nr. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung vorgenommen (vgl. dazu BGH NJW 1999, 1715 ff.)“*.

In Auseinandersetzung mit einer dieser Auffassung entgegenstehenden Entscheidung des LG Frankfurt am Main von 1992 (vgl. u.) lässt das LG Bonn jedoch offen, ob eine Beschlagnahmefreiheit zumindest dann in Betracht kommt, wenn das Dienstverhältnis des Syndikusanwalts so ausgestaltet ist, dass er auch während seiner Dienstzeit als Rechtsanwalt auf eigene Rechnung tätig werden kann und die fraglichen Unterlagen in diesem Rahmen zur Verfügung gestellt bekommt. Dies müsse – so das LG Bonn – nicht entschieden werden, da vorliegend ein das Beschlagnahmeverbot ausschließender Mitgewahrsam des beschwerdeführenden Unternehmens als Beschuldigter im Ordnungswidrigkeitsverfahren bestand.¹³

Das LG Bonn kommt nach ausführlicher Prüfung zu dem Ergebnis, dass sich auch aus dem europäischen Recht keine Beschlagnahmefreiheit der betreffenden Unterlagen ergibt, da die Beschlagnahmeanordnung des Bundeskartellamts trotz des europäischen Verfahrenshintergrunds auf Grundlage

11 LG Bonn, Beschl. v. 29.09.2005 – 37 Qs 27/05 = NStZ 2007, 605.

12 LG Bonn, NStZ 2007, 605 [606].

13 LG Bonn aaO unter Verweis auf BGHSt 19, 374.

der nationalen § 98 Abs. 1 S. 1 StPO i. V. m. § 46 OWiG ergangen sei und („derzeit“) nur anhand der deutschen Strafprozessordnung zu beurteilen sei.¹⁴

b) Instanzgerichtliche Anerkennung des Zeugnisverweigerungsrechts des Syndikusanwalts

Das *LG Aachen* entschied durch zwei (nur mittelbar veröffentlichte) *Beschlüsse vom 03.11.1969* im Rahmen des sog. Contergan-Verfahrens, „daß sowohl dem Leiter der Rechtsabteilung eines Unternehmens, einem zugelassenen Rechtsanwalt, wie auch dessen Mitarbeiter, einem Assessor, die Befugnis zusteht, sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 I Nr. 3 bzw. § 53 a zu berufen. Das Gericht stellt fest, daß der Syndikus-Anwalt auch die Rechtsberatung, die er innerhalb seines Dienstverhältnisses vornimmt, als unabhängige Ausübung seines Anwaltsberufes zu betrachten habe.“¹⁵

Zu demselben Ergebnis kam das *LG München I* in seinem *Urteil vom 18.12.1979* hinsichtlich des zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts eines Syndikusanwalts nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO.¹⁶ Im dem zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte der Kläger die Vernehmung des Syndikusanwalts als Leiter der Rechtsabteilung der Beklagten zum Beweis dafür angeboten, dass bestimmte Gespräche über eine geplante Unternehmensübernahme stattgefunden hatten. Das Gericht erkannte das Recht des Syndikusanwalts, das Zeugnis zu verweigern, durch das Zwischenurteil an. Der Anwalt habe bei den zu bezeugenden Verhandlungen auch beratend in seiner Eigenschaft als Justitiar des beklagten Unternehmens wie als Rechtsanwalt mitgewirkt. Der Vernehmungsgegenstand enthalte daher Tatsachen, die die Beratungstätigkeit des Zeugen für die Beklagte betreffen, so dass dieser Bereich der Verpflichtung des Zeugen zur Verschwiegenheit im Sinne des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO unterliege.

Ein weiteres Beispiel für eine das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts bejahende Entscheidung ist der *Beschluss des LG Frankfurt am Main vom 17.12.1992*, durch welchen das Gericht den Vertrauensschutz nach den §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO für einen Syndikusanwalt anerkannte.¹⁷ Zugrunde lag die Beschwerde eines Syndikusanwalts gegen die Be-

14 LG Bonn, NStZ 2007, 605 [606ff.].

15 Zitiert nach Roxin, C., Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, in: NJW 1992, 1129 [1133].

16 LG München I, Urt. v. 18.12.1979 – 32 O 1334/79 = AnwBl 1982, 197.

17 LG Frankfurt am Main, StV 1993, 351; zustimmende Anmerkung von Pankewitz, G., Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmefreiheit, in: WuB VII D § 97 StPO 2.95.

schlagnahme von bei ihm aufgefundenen Dokumenten. Der Syndikusanwalt war hier jedoch zuvor von einem beschuldigten Verantwortlichen seines Unternehmens mit Vollmacht als Verteidiger mandatiert worden. Obwohl die betreffenden Unterlagen im Folgenden nicht in externen Kanzleiräumen des Syndikusanwalts, sondern in dessen Büro bei dem Unternehmen aufgefunden worden waren, überzeugte sich das Gericht davon, dass die Unterlagen dem Syndikusanwalt von seinem Mandanten gerade zum Zwecke der Verteidigung übergeben worden waren und somit beschlagnahmefrei waren. Hierfür ließ das Gericht die Darlegung des Syndikusanwalts ausreichen, er sei in dem Unternehmen nur mit der Betreuung eines bestimmten Geschäftsbereichs befasst, zu welchem die aufgefundenen Unterlagen keinen Bezug hatten. Auch die konkreten Gewahrsamsverhältnisse in dem Unternehmen hinsichtlich der Dokumente standen der Beschlagnahmefreiheit nicht entgegen, da sich die Dokumente in einem verschließbaren Schrank im Büro des Anwalts befanden.¹⁸ Die hier zu prüfende Frage, ob dem Syndikusanwalt auch unabhängig von einer bereits erteilten Strafprozessvollmacht hinsichtlich seiner Tätigkeit für seinen Arbeitgeber Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeprivileg zustehen, behandelt das LG Frankfurt am Main in dieser Entscheidung nicht.

Ein *Beschluss des LG Berlin vom 30.11.2005* enthält eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Zeugnisverweigerungsrecht und der Beschlagnahmefreiheit bei Syndikusanwälten und stellt zugleich die jüngste direkt einschlägige Entscheidung eines Instanzgerichts dar.¹⁹ Hintergrund der Entscheidung war ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts eines Eingehungsbetruges bezüglich eines Darlehensvertrages. Der beschuldigte Darlehensnehmer berief sich im Hinblick auf seine Rückzahlungsfähigkeit auf Geschäftsverbindungen zu einer Person aus einem afrikanischen Staat, deren Vermögen von der luxemburgischen Tochter der Beschwerde führenden Bank bis zur Beschlagnahme durch die Luxemburger Behörden verwaltet worden war. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft erließ das AG u. a. einen Durchsuchungsbeschluss betreffend die inländischen Geschäftsräume der Bank.

Die Bank hielt die Durchsuchung für unzulässig, da sie nur darauf gerichtet sei, einen Gegenstand zu finden, dessen Beschlagnahme nach § 97 StPO ausgeschlossen sei. Die in Rede stehende Angelegenheit habe für die Bank

18 LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 17.12.1992 – 5/26 Qs 41/92 = StV 1993, 351.

19 LG Berlin, Beschl. v. 30.11.2005 – 505 Qs 185/05 = NSTZ 2006, 470.

allein der Syndikusanwalt Dr. E. bearbeitet, welcher von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch mache. Dieser sei im Rahmen seiner Tätigkeit für die Bank ausschließlich mit typisch anwaltlichen Aufgaben betraut. Bei den Unterlagen, auf deren Auffindung der Durchsuchungsbeschluss ziele, handele es sich um Bestandteile der Handakten der aus vier Syndikusanwälten bestehenden Rechtsabteilung, die innerhalb des Bankgebäudes auch ausschließlich von diesen verwahrt und somit auch nur ihnen zugänglich waren.

Das LG Berlin stellt zunächst unter Berufung auf Rechtsprechung und Literatur fest, es sei „inzwischen allgemein anerkannt“, dass auch Syndikusanwälte bei der Tätigkeit für ihren Arbeitgeber *als Rechtsanwalt* tätig werden können und dass sie dann auch ein Zeugnisverweigerungsrecht haben.²⁰ Lediglich die Voraussetzungen im Einzelfall seien noch nicht zweifelsfrei geklärt. Daher sei auch zu beklagen, dass eine klare Regelung durch den Gesetzgeber fehle, obwohl mehr als 30 % aller zugelassenen Rechtsanwälte in einem ständigen Beschäftigungsverhältnis zu einem festen Arbeitgeber stünden.²¹

Das LG Berlin führt aus, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht allein deshalb entfalle, weil der betreffende Anwalt im Rahmen seines Angestellten- bzw. Dienstverhältnisses zur Übernahme der Tätigkeiten verpflichtet sei und daher nicht mehr beliebig Aufträge ablehnen könne.²² Auch der bei einem anwaltlichen Arbeitgeber angestellte Rechtsanwalt sei in der Annahme oder Ablehnung einzelner Arbeitsaufträge nicht frei. Ebenso dürfe der Umstand, dass die Syndikusanwälte der Rechtsabteilung der Geschäftsleitung auf Verlangen Unterlagen vorlegen und Auskünfte erteilen müssten, nicht zur Versagung eines diesbezüglichen Zeugnisverweigerungsrechts führen.²³ Auch den selbständig arbeitenden Rechtsanwalt treffe bei entsprechendem Verlangen eine Pflicht zur Herausgabe der Handakten an den Mandanten (Umkehrschluss aus § 50 Abs. 3 BRAO).

Das Abstellen auf die Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts im Einzelfall als entscheidendes Kriterium, wie es die überwiegende Literatur für § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO empfiehlt und der BGH hinsichtlich der Anrechnung von Anwaltstätigkeiten im Rahmen der Fachanwaltsordnung heranzieht,

20 LG Berlin, NSTZ 2006, 470.

21 LG Berlin aaO, S. 471.

22 LG Berlin aaO.

23 LG Berlin aaO.

lehnt das Gericht ab. Dieses Kriterium sei aufgrund der Schwierigkeiten bei der Feststellung der Struktur und Praxis der Unternehmensleitung im Einzelfall unpraktisch.²⁴ Hierzu führt es aus: *„Freiheit und Gebundenheit sind keine Folge des mehr oder weniger engmaschigen Dienstvertrages, sie sind vielmehr Ausfluss von Haltung, Gesinnung und Charakterstärke. An diesen Eigenschaften kann es sowohl bei einem Syndikusanwalt als auch bei einem Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei und einzelnen Mandanten (Nicht-Syndikusanwalt) mangeln“.*

Das entscheidende Kriterium müsse der Normzweck des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO sein: *„Das – auch verfassungsrechtlich geschützte – Ziel sowohl von § 53 StPO als auch von § 203 StGB ist die Möglichkeit vertraulicher Kommunikation mit den Angehörigen bestimmter Berufsgruppen (vgl. bereits Hassemer aaO [wistra 1986, 1 ff.], S. 11 unter 6.3). Es ist daher zu prüfen, ob es einen Rechtsratsuchenden (konsultierende Person) gibt, dessen im Vertrauen auf die Vertraulichkeit erfolgte Kommunikation mit dem Berater (konsultierte Person) schutzwürdig ist.“*

Anhand dieses Kriteriums kommt das LG Berlin im konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass dem Syndikusanwalt kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, da ein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis nicht hinreichend erkennbar war: *„Die Beschwerdeführerin hat auf Nachfrage nicht angegeben, wer, wann, wo, wie und auf welche Art und Weise innerhalb des Unternehmens Mandatsverhältnisse begründet hat bzw. wen die Syndici hinsichtlich des konkreten Falles beraten und vertreten. Vielmehr werde die im Rahmen des angefochtenen Durchsuchungsbeschlusses interessierende Angelegenheit allein von Rechtsanwalt Dr. E. bearbeitet. Dieser Vortrag der Beschwerdeführerin legt den Schluss nahe, dass es im konkreten Fall einen Beratenen, dessen Vertrauen in die vertrauliche Kommunikation schutzwürdig sein könnte, nicht gibt, vielmehr der Syndikusanwalt quasi als Sachbearbeiter und damit wie ein Mitarbeiter der Bank, jedoch nicht in seiner Funktion als Rechtsanwalt tätig geworden ist.“²⁵*

Diese Wendung zeigt, dass sich das LG Berlin allein aus darlegungs- und beweisrechtlichen Gründen gehindert sah, das Zeugnisverweigerungsrecht im konkreten Fall anzuerkennen. Dagegen wäre es ersichtlich zu einem anderen Ergebnis gelangt, wenn eine konkrete interpersonale Vertrauens- und Beratungssituation feststellbar gewesen wäre.

24 LG Berlin aaO.

25 LG Berlin aaO, S. 471 f.

2. Literatur

Die Literatur bietet kein eindeutiges Meinungsbild dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Syndikusanwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusteht, wenn er für das Unternehmen bzw. den Dienstherrn tätig wird, bei welchem er angestellt ist. Nur soweit der Syndikusanwalt in seiner (zweitberuflichen) Eigenschaft als Rechtsanwalt für Dritte tätig wird, besteht Einigkeit, dass § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO wie beim selbständigen Rechtsanwalt gilt.

a) Generelle Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechts

Teile des Schrifttums lehnen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO für die Tätigkeit im Rahmen des ständigen Dienstverhältnisses generell ab.²⁶ Zentrales Argument dieser Auffassung ist, dass der Syndikusanwalt, soweit er für seinen Arbeitgeber tätig ist, ausschließlich nicht-anwaltlich, in eine Hierarchie eingebunden und somit abhängig tätig sei. Dem Syndikusanwalt fehle somit ein Wesensmerkmal des Anwaltsberufs, die Unabhängigkeit, die das Verhältnis eines selbständig tätigen Rechtsanwalts zu seinem Mandanten kennzeichne. Der Syndikusanwalt könne Konflikte zwischen seinen Berufspflichten als Anwalt und seinen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber nicht eigenverantwortlich, zumindest weniger leicht austragen.²⁷ Daher fehle dem Syndikusanwalt bei seiner Tätigkeit für seinen nicht-anwaltlichen Arbeitgeber die Stellung als weisungsfreies Organ der Rechtspflege.²⁸ Nur soweit der Syndikusanwalt neben seiner Einbindung in ein bestimmtes Unternehmen für außenstehende Dritte tätig wird, erfülle er das „*Regelbild des zeugnisverweigerungsberechtigten Anwalts*“.²⁹

- 26 *Percic*, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 1. Aufl. 2014, § 53 Rn. 19 (im Folgenden zitiert als: „MüKo-StPO/Bearb.“); SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 90; *Thum, K.*, Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen, in: HRRS 2012, S. 535 [536]; nicht eindeutig, aber wohl auch *Senge*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 53 Rn. 15 (im Folgenden zitiert als: „KK-StPO/Bearb.“) und *Meyer-Goßner-StPO/Schmitt*, 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 15; aus der berufsrechtlichen Literatur *Henssler*, in: Henssler/Prütting, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 46 Rn. 24 (im Folgenden zitiert als: „Henssler/Prütting-BRAO/Bearb.“); *Römermann/Zimmermann*, in: Beck'scher Online-Kommentar, Bundesrechtsanwaltsordnung, Stand: 01.10.2014, § 46 Rn. 75 ff. (im Folgenden zitiert als: „BeckOK-BRAO/Bearb.“).
- 27 MüKo-StPO/*Percic*, 1. Aufl. 2014, § 53 Rn. 19; vgl. BeckOK-BRAO/*Römermann/Zimmermann*, Stand: 01.10.2014, § 46 Rn. 81.
- 28 MüKo-StPO/*Percic*, aaO; *Thum* HRRS 2012, S. 535 [536].
- 29 BeckOK-BRAO/*Römermann/Zimmermann*, aaO Rn. 78; *Thum* aaO.

Für den generellen Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts wird von den Vertretern dieser Auffassung übereinstimmend auf die Rechtsprechung des BGH und die dort entwickelte Doppelberufstheorie verwiesen, welche die Tätigkeit des Syndikus im Rahmen seines Dienstverhältnisses konsequent als nicht-anwaltlich qualifiziere und den Status einer ständigen Rechtsprechung erreicht habe.³⁰ Diese Ansicht, die zuerst in Entscheidungen des BGH-Haftungs- und des Notarsenats vertreten wurde, habe sich auch der Anwaltsenat zu eigen gemacht.³¹

Für den generellen Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts hinsichtlich sämtlicher Tätigkeiten des Syndikusanwalts im Rahmen seines dauerhaften Beschäftigungsverhältnisses werden auch verfahrenspraktische Gesichtspunkte vorgebracht. Das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts dürfe nicht von Merkmalen abhängig gemacht werden, die Wertungen erfordern und im Einzelfall „nur zeitaufwändig und mit Schwierigkeiten“ festzustellen seien.³² Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO knüpfe daher zu Recht an Statusbegriffe und nicht an Funktionsbegriffe an. Der Versuch von *Hassemer* (wistra 1986, 1 [13]), solche Schwierigkeiten der verfahrenstechnischen Handhabbarkeit durch Aufstellung eines „funktionalen Anwaltsbegriffs“ zu vermeiden, sei untauglich.³³

Die strenge Differenzierung zwischen nicht-anwaltlicher Tätigkeit für den Arbeitgeber und anwaltlicher Tätigkeit nur für Dritte wird zum Teil bereits der Vorschrift des § 46 BRAO durch Auslegung entnommen.³⁴ Insbesondere sei – so eine Auffassung in der Literatur – zu beachten, dass die instanzgerichtliche Rechtsprechung, welche dem Syndikusanwalt auch für die Tätigkeit im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zuspricht, spätestens seit der Novellierung der BRAO von 1994 einschließlich des die Syndikusanwälte betreffenden § 46 BRAO überholt sei.³⁵ Der Wille des Gesetzgebers, diese Tätigkeit des Syndikusanwalts als nicht-anwaltliche zu behandeln, komme nunmehr eindeutig zum Ausdruck. Während der Gesetzesberatungen zur Novelle der BRAO von 1994 im Rechtsausschuss des Bundestages sei ein Vorschlag des DAV erwo-gen worden, „durch eine Änderung des § 46 dem Syndikus einzuräumen, dass er

30 Henssler/Prütting-BRAO/Henssler, 4. Aufl. 2014, § 46 Rn. 23.

31 Henssler/Prütting-BRAO/Henssler aaO.

32 SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 90.

33 SK-StPO/Rogall aaO.

34 BeckOK-BRAO/Römermann/Zimmermann aaO Rn. 78.

35 Henssler/Prütting-BRAO/Henssler, 4. Aufl. 2014, § 46 Rn. 24.

auch im Angestelltenverhältnis als Anwalt tätig wird“ (BT-Drucks. 12/7656, S. 49). Dieser sei jedoch mit folgender Begründung abgelehnt worden: „Das in den §§ 1–3 normierte Berufsbild des Rechtsanwalts, [...] [ist] mit der Tätigkeit unvereinbar [...], wenn der Syndikus im Rahmen seines Dienstverhältnisses als Anwalt auftritt“ (BT-Drucks. 12/7656, S. 49). Diese Auffassung sei später im Parlament nicht korrigiert worden, sondern habe auch den Abstimmungen in Bundestag und Bundesrat zugrunde gelegen. Daher müsse eine am Willen des Gesetzgebers orientierte und widerspruchsfreie Auslegung des § 46 BRAO spätestens ab der Novellierung der BRAO im Jahre 1994 zu dem Ergebnis führen, dass „jede Tätigkeit im Rahmen des Angestelltenverhältnisses als nichtanwaltliche Tätigkeit einzustufen“ sei.

Der strafprozessualen Kommentarliteratur kann keine eindeutige Stellungnahme zu den hier in Frage stehenden Voraussetzungen für das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO entnommen werden. So führt *Schmitt* im „Meyer-Goßner“ hierzu aus:³⁶ „Rechtsanwälte [iSd § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO] sind [...] Syndikusanwälte (vgl. § 46 BRAO) nur, wenn sie mit typisch anwaltlichen Aufgaben für Dritte befasst sind, nicht aber, wenn sie allein wie Angestellte für ihr Unternehmen tätig werden (Thum HRRS 12, 535, 536; Hassemer wistra 86, 1; ähnlich Roxin NJW 92, 1129; 95, 17: bei hinreichender Unabhängigkeit; aM SK-Rogall 90: generell kein Zeugnisverweigerungsrecht; vgl. LG Berlin NSTZ 06, 470; LG Bonn NSTZ 07, 605.“

Schmitt will hier offenbar ein Zeugnisverweigerungsrecht nur für die Tätigkeit „für Dritte“ in Betracht ziehen, nicht für die Tätigkeit im Rahmen des ständigen Dienstverhältnisses. Zugleich wird jedoch die Ansicht *Hassemers* als Beleg zitiert, die jedoch das Zeugnisverweigerungsrecht gerade nicht auf externe Mandate des Syndikusanwalts für Dritte beschränkt. Zudem lehnt *Schmitt* die generelle Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechts im Rahmen des dauerhaften Beschäftigungsverhältnisses durch *Rogall* (s.o.) als „andere Meinung“ ab.

Ähnlich unklar ist die Erörterung bei *Senge* im Karlsruher Kommentar:³⁷ „Dem Syndikusanwalt steht ein Zeugnisverweigerungsrecht nur insoweit zu, als er mit typischen anwaltlichen Aufgaben betraut ist (Meyer-Goßner Rn. 15; Hassemer wistra 1986, 1; Roxin NJW 1992, 1129: Befassung mit juristischen Fragen in einer gehobenen, selbstständigen und insoweit weisungsfreien Position). Nach LG Berlin

36 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 15.

37 KK-StPO/Senge, 7. Aufl. 2013, § 53 Rn. 15.

(*NStZ 2006, 470 m. krit. Anm. Leipold NJW-Spezial 2006, 379*) soll es darauf ankommen, dass der Syndikusanwalt einen Mandanten beraten hat, dessen Vertrauen in die Kommunikation schutzwürdig ist; soweit er für sein Unternehmen tätig wird (zB als Leiter der Rechtsabteilung), handelt es sich nicht um eine Anwaltstätigkeit iSv. Abs. 1 Nr. 3, so dass insoweit das Zeugnisverweigerungsrecht nicht besteht (*LG Bonn NStZ 2007, 605*).“

Senge zitiert die beiden gegensätzlichen Entscheidungen des LG Berlin („bejahend“) und des LG Bonn („ablehnend“), wobei er letztere ohne kritische Anmerkung referiert. Zugleich stützt auch er sich aber auf die Ansichten *Hassemers* und *Roxins*, die beide dem Syndikusanwalt (unter bestimmten Voraussetzungen) das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch für die Tätigkeit im Rahmen seines Dienstverhältnisses zugestehen.

Somit können die Kommentierungen durch *Schmitt* und *Senge* wegen ihrer fehlenden Eindeutigkeit und jeweils eigenen Begründung im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

b) Zeugnisverweigerungsrecht unter besonderen Voraussetzungen im Einzelfall

Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur gesteht dem Syndikusanwalt unter bestimmten und vom Einzelfall abhängigen Voraussetzungen auch für die Tätigkeit für seinen Arbeitgeber ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu.

Winfried Hassemer hat dem Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts 1985/86 eine grundlegende Abhandlung gewidmet,³⁸ die auch für die aktuellen Erörterungen in Rechtsprechung und Literatur noch als maßgebliche Referenz gelten kann.³⁹ Er unterscheidet zwischen formellen und materiellen Aspekten des Anwaltsbegriffs in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Hinsichtlich des *formellen Aspekts* legt *Hassemer* den § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Zusammenschau mit den einschlägigen Vorschriften der BRAO aus, deren Anwaltsbegriff von § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO übernommen werde.⁴⁰ Aus den §§ 7

38 *Hassemer, W.*, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, in: *wistra* 1986, 1; der Aufsatz stellt eine überarbeitete Fassung eines Gutachtens im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der Syndikus-Anwälte im Deutschen Anwaltverein e. V. dar.

39 Vgl. nur die Bezugnahmen bei LG Berlin, *NStZ* 2006, 470 und *Meyer-Goßner-StPO/Schmitt*, 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 15.

40 *Hassemer wistra* 1986, 1 [4 ff.].

und 46 BRAO ergebe sich, dass diese eine durchdachte Differenzierung zwischen Syndikus, Syndikusanwalt und Rechtsanwalt träfen.⁴¹ Syndikusanwalt sei dabei nur derjenige Syndikus, der nach entsprechendem Prüfungsverfahren zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist. Den Syndikusanwalt stelle § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO i. V. m. der BRAO in formeller Hinsicht dem Rechtsanwalt gleich. Dies entspreche auch der Notwendigkeit von Rechtssicherheit bereits in frühen Stadien des Ermittlungsverfahrens, die verlange, die Voraussetzungen und Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts möglichst klar, einfach und formal zu beantworten.⁴²

Im Rahmen der *materiellen Prüfung* fragt Hassemer zunächst, welches Gewicht die Unterschiede in der beruflichen Position eines frei praktizierenden Rechtsanwalts und eines Syndikusanwalts haben, um dann deren strafprozessuale Bedeutung zu bestimmen.⁴³

Hinsichtlich der *vertraglichen Bindung* des Syndikusanwalts folgert Hassemer (im Umkehrschluss) aus § 46 BRAO, welcher lediglich die forensische Tätigkeit des Syndikusanwalts einschränkt, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Abhängigkeiten aus der vertraglichen Bindung keine sonstigen Konsequenzen innerhalb der BRAO für notwendig oder angemessen erachtet hat.⁴⁴

Auf die Tatsache der *ökonomischen Abhängigkeit* des Syndikusanwalts von seinem Arbeitgeber könne, insbesondere im Vergleich zu den Abhängigkeiten frei praktizierender Anwälte, keine im Rahmen der StPO sinnvolle oder handhabbare Differenzierung gestützt werden.⁴⁵

Auch die *vertragliche Weisungsgebundenheit* des Syndikusanwalts führe nicht zu einem eindeutigen Gegensatz zum frei praktizierenden Rechtsanwalt.⁴⁶ Sowohl der frei praktizierende als auch der Syndikusanwalt könnten Weisungen ihres jeweiligen Auftraggebers unterliegen. Ebenso unterlägen beide in gleicher Weise dem Berufsrecht und dem Strafrecht, an deren Grenzen ihre Befugnis, Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, jeweils ende.⁴⁷ Die Frage, ob dem Syndikusanwalt neben seinem ständigen Beschäftigungsverhältnis die Übernahme freier Mandate möglich ist, sei zu Recht bereits ein

41 Hassemer aaO, S. 6.

42 Hassemer aaO.

43 Hassemer aaO, S. 7 ff.

44 Hassemer aaO, S. 7.

45 Hassemer aaO, S. 7 f.

46 Hassemer aaO, S. 8 ff.

47 Hassemer aaO, S. 9.

Prüfungskriterium im Verfahren zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und richte sich ausschließlich nach der vertraglichen Konstruktion des Beschäftigungsverhältnisses.⁴⁸

Als mögliches Merkmal für eine Unterscheidung von Syndikusanwalt und frei praktizierendem Rechtsanwalt bleibt *Hassemer* zufolge nur die Unfreiheit des Syndikusanwalts bei der *Ablehnung von Mandaten*.⁴⁹ Denn wem „es verwehrt ist, bestimmte Mandate abzulehnen, der ist kein unabhängiges, Organ der Rechtspflege“.⁵⁰ Da es strafprozessual aber nur auf äußere und möglichst formale Kriterien ankommen darf, könne nur eine – „in der Praxis kaum zu erwartende“ – zweifelsfrei erkennbare Verpflichtung, alle Aufträge des anstellenden Unternehmens zu erfüllen, zur Differenzierung bei der Einordnung nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO führen.

Auf dieser Grundlage kommt *Hassemer* zu dem vorläufigen Ergebnis: „Diese Einwände sind rechtlich nicht zu verwerten, soweit sie auf nur quantitative, historisch wechselnde oder den inneren Kern des Verhältnisses von Rechtsanwalt und Mandanten berührende Kriterien hinauslaufen. Als eine klare und juristisch verwertbare Grenze hat sich das Zulassungsverfahren nach der Bundesrechtsanwaltsordnung erwiesen.“⁵¹

Maßgeblicher Gesichtspunkt bei der hieran anschließenden Einordnung des Syndikusanwalts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO muss nach *Hassemer* der *Normzweck des Zeugnisverweigerungsrechts* sein, welcher in dem Schutz bestimmter Vertrauensverhältnisse bestehe.⁵² Schutzgegenstand des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO sei letztlich aber nicht das konkrete Mandats- oder Vertrauensverhältnis, sondern die Gesamtheit solcher Verhältnisse als *institutionell* verstandener Schutzzweck: „§ 53 I Nr. 3 StPO trägt der Tatsache Rechnung, daß bestimmte Teilsysteme des sozialen Zusammenlebens, welche für dieses Zusammenleben notwendig und erwünscht sind, ohne eine Garantie von Geheimnisschutz nicht denkbar sind. Folglich garantiert das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht die Existenz erwünschter und notwendiger sozialer Institutionen.“⁵³

An dieses institutionelle Schutzzweckverständnis schließt *Hassemer* einen *funktionellen Anwaltsbegriff* an, der dem § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugrunde liege.

48 *Hassemer* aaO, S. 10.

49 *Hassemer* aaO, S. 11.

50 *Hassemer* aaO, S. 10.

51 *Hassemer* aaO, S. 11.

52 *Hassemer* aaO, S. 11 f.

53 *Hassemer* aaO, S. 12.

Die Institution anwaltlicher Tätigkeit gewähre nur dann ein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn der Anwalt „*situativ jeweils innerhalb der Grenzen dieser Institution*“⁵⁴ gehandelt hat. Als strafprozessuales Ergebnis formuliert Hassemer: „*Also steht den Syndikusanwälten ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 I Nr. 3 StPO dann, aber auch nur dann, zu, wenn sie im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtungen gerade in ihrer typischen Funktion als Anwalt tätig zu werden haben, wenn sie also, um eine in den USA gebräuchliche Unterscheidung aufzugreifen, ‚legal advice‘ und nicht ‚business advice‘ erteilen*“⁵⁵.

Für das Vorliegen einer solchen typischen Anwaltsfunktion des Syndikusanwalts im Einzelfall nennt Hassemer folgende Indizien:

- eine selbständige und gehobene Position innerhalb des Unternehmens und
- die Befassung mit Fragen, deren Schwerpunkt in rechtlichen Problemen liegt.⁵⁶

Negativ könne von einer Anwaltsfunktion dann nicht ausgegangen werden, soweit der Syndikusanwalt vorwiegend mit der Wahrnehmung von Managementaufgaben wie Planungs- oder Investitionsentscheidungen befasst ist.

Die nächste eingehende und ebenfalls bis heute regelmäßig zitierte Untersuchung stammt von Claus Roxin,⁵⁷ der in Argumentation und Ergebnis weitgehend mit Hassemer übereinstimmt: „*Ein Syndikusanwalt, der in der Rechtsabteilung eines Industrieunternehmens tätig ist, übt dabei eine Anwaltstätigkeit [auch i. S. d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO] aus, soweit er ihrer Natur nach anwaltliche Aufgaben erfüllt und seine Stellung im Unternehmen dem Berufsbild des von der BRAO zugrunde gelegten unabhängigen Anwaltes entspricht.*“⁵⁸

Roxin entnimmt – ebenso wie Hassemer – der *Regelung des § 46 BRAO* durch Auslegung nach Wortlaut und Zweck, dass der Syndikusanwalt in seinem ständigen Beschäftigungsverhältnis anwaltliche Berufstätigkeit ausüben und sich deshalb auch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann.⁵⁹

54 Hassemer aaO, S. 13.

55 Hassemer aaO.

56 Hassemer aaO, S. 14.

57 Roxin NJW 1992, 1129 und Roxin, C., Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung, in: NJW 1995, 17.

58 Roxin NJW 1992, 1129 [1137].

59 Roxin aaO, S. 1130.

Das erkennbare *Ziel des Gesetzgebers*, die freie Anwaltschaft zu sichern und gleichzeitig den Stand des Syndikusanwalts anzuerkennen, mache es notwendig, dessen Tätigkeit in seinem ständigen Beschäftigungsverhältnis „*bei Wahrung hinreichender Selbständigkeit*“ als anwaltliche Berufsausübung, auch im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, anzuerkennen.⁶⁰ Der Syndikusanwalt könne nicht einerseits den Anforderungen des Zulassungsverfahrens und bei der Tätigkeit in seinem Unternehmen dem anwaltlichen Berufsrecht unterworfen werden, während ihm andererseits die anwaltstypische Berechtigung zur Zeugnisverweigerung verweigert werden soll: „*Daß der Syndikusanwalt bei seiner juristischen Tätigkeit in der Rechtsabteilung ein Zeugnisverweigerungsrecht habe, ist unlöslicher Bestandteil der Konzeption, die in § 46 BRAO ihren Ausdruck findet. Es gehört zum Wesen des Anwaltsberufes, daß man dem Anwalt vertrauliche Mitteilungen machen darf, ohne ihre Preisgabe befürchten zu müssen. Alle Zeugnisverweigerungsrechte beruhen auf der Anerkennung einer solchen Sphäre vertraulicher Kommunikation.*“⁶¹

Zu den teilweise divergierenden Feststellungen in Rechtsprechung und Literatur führt Roxin aus: „*Derartige Widersprüche – wie soll man ‚anwaltliche Berufspflichten‘ bei einer Tätigkeit erfüllen, die dem ‚anwaltlichen Berufsbild‘ überhaupt nicht entspricht? – erklären sich aus der uneinheitlichen Rechtsprechungs-tradition, aus den Nachwirkungen der ganz unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen der frühen Zeit nach dem zweiten Weltkrieg und dem Niederschlag, den gegensätzliche Auffassungen über die Rechtsposition des Syndikusanwaltes auch in den Gesetzesmaterialien zur BRAO von 1959 noch gefunden haben.*“⁶²

Als solche *typisch anwaltlichen Tätigkeiten* nennt Roxin im Anschluss an Hassemer die Erteilung von Rechtsrat, die juristische Begleitung von Vertragsverhandlungen, die Prozessvorbereitung und die juristische Betreuung des Vorverfahrens in Straf- und Ordnungswidrigkeiten.⁶³

Die anderen Auffassungen zugrunde liegende Annahme, der Syndikusanwalt unterliege im Vergleich zum frei praktizierenden Anwalt signifikant stärkerer *Weisungsgebundenheit* sowie größerer *ökonomischer Abhängigkeit*, lehnt Roxin ebenso wie Hassemer ab.⁶⁴ Über Hassemers Auffassung geht Roxin insoweit noch hinaus, als er gerade auch aus der Anwaltseigenschaft schließt, dass das

60 Roxin aaO, S. 1131.

61 Roxin aaO, S. 1132.

62 Roxin aaO.

63 Roxin aaO, S. 1134.

64 Roxin aaO, S. 1134 f.

Anstellungsverhältnis durchaus dem Syndikus das Recht zur Ablehnung von Mandaten bewahrt.⁶⁵

Entsprechendes gelte für die zu gewährleistende Möglichkeit zur Übernahme auch freier Mandate: *„Allen als Syndikusanwalt tätigen Rechtsanwälten muß also die Möglichkeit, freiberufliche Mandate anzunehmen, ausdrücklich offengehalten werden, wie dies auch, soweit ersichtlich, bei allen großen Industrieunternehmen geschieht. [...] Dagegen ist es nicht notwendig, daß der Syndikusanwalt neben seiner Tätigkeit im ständigen Beschäftigungsverhältnis tatsächlich freie Mandate übernimmt oder auch nur übernehmen will.“*⁶⁶

Roxin verweist zudem darauf, dass zumindest in großen Unternehmen die *Differenzierung der Arbeitsbereiche* bereits so weit fortgeschritten sei, dass Rechtsabteilungen typischerweise nur noch juristische Beratungsaufgaben wahrnehmen.⁶⁷ Dies lässt sich als Vermutung zugunsten anwaltlicher Tätigkeit in den Rechtsabteilungen großer Unternehmen verstehen.⁶⁸

Roxin hat seine Auffassung einige Jahre später unter Berücksichtigung zwischenzeitlich ergangener Rechtsprechung und erschienener auch kritischer Stimmen in der Literatur aufrechterhalten und bekräftigt.⁶⁹ Weder die sog. Zweitberufsentscheidung des BVerfG⁷⁰ noch das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 02.09.1994 hätten an der festgestellten Rechtslage etwas geändert. Die einzig widerspruchsfreie Auslegung auch des neu gefassten § 46 BRAO ergebe: *„Die Rechtsstellung des in der Rechtsabteilung von Industrieunternehmen angestellten Syndikusanwaltes wird in ihrer anwaltlichen Qualität durch § 46 I BRAO abschließend definiert. Er ist auch bei der Rechtsberatung seiner Firma als Anwalt mit allen Rechten und Pflichten eines solchen tätig, wenn er weisungsfrei arbeiten, Mandate ablehnen und Fremdmandate annehmen kann“*⁷¹.

Den grundlegenden Abhandlungen von *Hassemer* und *Roxin*, wonach sich auch Syndikusanwälte insoweit auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen können, als sie ihr Zeugenwissen bei der Wahrnehmung typisch anwaltlicher

65 Roxin aaO, S. 1136.

66 Roxin aaO.

67 Roxin aaO, S. 1134.

68 Vgl. kritisch zu einer solchen Vermutung *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 28 mit Hinweis auf die inzidente Ablehnung durch LG Berlin, NSTZ 2006, 470.

69 Roxin NJW 1995, 17.

70 BVerfG, Beschl. v. 04.11.1992 – 1 BvR 79/85 u. a. = BVerfGE 87, 287.

71 Roxin NJW 1995, 17 [20 f.].

Aufgaben erlangt haben, sind in der Folge auch *weite Teile der Literatur gefolgt*.⁷²

Dies gilt auch für die meisten Kommentierungen zur Parallelfrage bei § 203 StGB.⁷³ *Prütting* wies 2001 darauf hin, das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts im (zivilrechtlichen) Prozess gegen seinen Arbeitgeber sei seit längerem anerkannt und auch die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO werde ihm in der Regel zuerkannt.⁷⁴ *Kleine-Cosack* vertrat schon 1994 gestützt auf *Roxin* die Auffassung, dass den Syndikusanwälten auch bei ihrer Tätigkeit in den Unternehmen „alle Anwaltsprivilegien“ zustehen.⁷⁵ *Nickolai* sieht die Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechts als umstrittene, aber herrschende Meinung an. Er weist aber darauf hin, dass dies im Ergebnis nur von zweitrangiger Bedeutung sei, da in solchen Fällen regelmäßig der Mitgewahrsam des Beschuldigten als Dienstherrn ein Beschlagnahmeverbot ausschließe.⁷⁶

Konrad Redeker nimmt eine einstweilige Anordnung des Präsidenten des EuG vom 30.10.2003 zur Parallelproblematik im europäischen Recht zum Anlass, ausführlich die neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung, insbesondere der berufsrechtlichen, zur Stellung des Syndikusanwalts zu erörtern.⁷⁷ Freilich geht er hinsichtlich der Rechte aus den §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 StPO ohne eingehende strafprozessuale Prüfung (aber zustimmend) davon aus, es sei „in Deutschland, anders noch der EuG für die EU klären muss, nicht mehr streitig, dass auch dem Syndikusanwalt im Rahmen seiner Unternehmensberatung ein Zeug-

-
- 72 *Huber*, in: Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 08.09.2014, § 53 Rn. 12 (im Folgenden zitiert als: „BeckOK-StPO/Bearb.“); *Neubeck*, in: KMR, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. EL Nov. 2010, § 53 Rn. 15 (im Folgenden zitiert als: „KMR-StPO/Bearb.“); *Nickolai*, in: Wapnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 25 Rn. 49f.; *Ciolek-Krepold, K.*, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, München 2000, Rn. 307 ff.; *Huber-Lotters Schmid, S.*, Verschwiegenheitspflichten, Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote zugunsten juristischer Personen, Berlin 2006, S. 116; *Haefcke, M.*, Beschlagnahmefähigkeit der Interviewprotokolle einer Internal Investigation, in: CCZ 2014, 39 [42]; *Prütting, H.*, Das Anstellungsverhältnis des Syndikusanwalts, in: AnwBl 2001, 313; *Kleine-Cosack, M.*, Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, in: NJW 1994, 2249.
- 73 *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 203 Rn. 37 (im Folgenden zitiert als: „Schönke/Schröder-StGB/Bearb.“); *Kargl*, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 203 Rn. 32 (im Folgenden zitiert als: „NK-StGB/Bearb.“); *Fischer, T.*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 203 Rn. 14 (im Folgenden zitiert als: „Fischer-StGB“) verweist lediglich auf *Hassemer*.
- 74 *Prütting* AnwBl 2001, 313 [315].
- 75 *Kleine-Cosack* NJW 1994, 2249 [2254].
- 76 *Nickolai*, in: Wapnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 25 Rn. 8.
- 77 *Redeker, K.*, Der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt, in: NJW 2004, 889.

*nisverweigerungsrecht zusteht und dass Korrespondenz, die er in dieser Funktion geführt hat, dem Beschlagnahmeverbot unterfällt.*⁷⁸

Tido Park vertritt die Auffassung, dem Syndikusanwalt stünden die Rechte aus § 53 Abs. 1 Nr. 3 und § 97 StPO zu, wenn er bei der Rechtsberatung seines Unternehmens als Anwalt mit allen Rechten und Pflichten eines solchen tätig ist, wobei er die weitere Konkretisierung dieser Voraussetzungen wie *Roxin* vornimmt.⁷⁹ Der Syndikusanwalt müsse weisungsfrei arbeiten, Mandate ablehnen und Fremdmandate annehmen können.⁸⁰ Angesichts der uneinheitlichen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung hält *Park* fest, dass jedenfalls dann, wenn im konkreten Fall zusätzlich zum ständigen Beschäftigungsverhältnis ein *einzelnes Mandatsverhältnis* zwischen dem Unternehmen und dem bei ihm angestellten Syndikusanwalt begründet worden ist, welches auch separat abgerechnet wird, kein Zweifel am Eingreifen der anwaltlichen Privilegien der §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 StPO bestehe.⁸¹

Beulke, Lüdke und *Swoboda* haben den anwaltlichen Privilegien von Syndikusanwälten im Ermittlungsverfahren eine ausführliche Untersuchung gewidmet.⁸² Auch sie lassen dem Syndikusanwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen, soweit dieser mit anwaltlichen Aufgaben befasst ist und hierbei seine Unabhängigkeit hinreichend gesichert ist.⁸³ *Beulke, Lüdke* und *Swoboda* gehen ebenfalls davon aus, dass die „Notwendigkeit, dem Syndikusanwalt auch für seine Rechtsberatungstätigkeit innerhalb des ständigen Beschäftigungsverhältnisses ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO (bzw. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) und, daran anknüpfend, die Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen nach § 97 Abs. 1 StPO zuzugestehen, [...] mittlerweile nahezu unumstritten [ist]“.⁸⁴

Dabei setzen auch diese Autoren voraus, dass in concreto der Syndikusanwalt weisungsungebunden und ohne Zwang zur Übernahme bestimmter Mandate tätig wird. Dies sei aber nicht bereits automatisch beim Bestehen eines festen Anstellungsverhältnisses zu verneinen.⁸⁵ Vielmehr müssten weitere Anhaltspunkte für eine Weisungsgebundenheit bzw. Abhängigkeit gegenüber dem

78 *Redeker* aaO.

79 *Park, T.*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl., München 2009, Rn. 532.

80 So auch *Kempf*, in: Volk (Hg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 10 Rn. 55.

81 *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl., Rn. 535.

82 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009.

83 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 24 ff.

84 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 25.

85 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 42.

jeweiligen Dienstherrn hinzukommen, um dem Syndikusanwalt die Berufung auf die anwaltlichen Privilegien zu versagen. *Beulke, Lüdke* und *Swoboda* erwägen als Folge der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eine Vermutung für die Unabhängigkeit bei der gesamten rechtsberatenden Tätigkeit, die nicht schon durch das Bestehen eines ständigen Beschäftigungsverhältnisses widerlegt werde.

Gestützt auf *Hassemer* machen auch *Beulke, Lüdke* und *Swoboda* es zum Ausgangspunkt, dass die Qualifizierung der Tätigkeit des Syndikusanwalts als anwaltliche oder nicht-anwaltliche Tätigkeit im strafprozessualen Sinne nur anhand des *Schutzzwecks des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO* erfolgen kann.⁸⁶ Vor dem Hintergrund des institutionell zu verstehenden Vertrauensschutzzwecks sowie der Anerkennung des Syndikusanwalts durch § 46 BRAO sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch den Syndikusanwalt institutionell als sozial erwünscht erachtet und mit dem Vertrauensschutz der übrigen Rechtsanwälte ausstatten wollte. Zudem seien Rechtsabteilungen für Unternehmen unter den heutigen Wirtschaftsbedingungen unverzichtbar und auch nicht durch externe Kanzleien vollwertig zu ersetzen.⁸⁷

Beulke, Lüdke und *Swoboda* bedienen sich sodann auch des von *Hassemer* aufgestellten *funktionellen Anwaltsverständnisses des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO*, welcher nicht die Person, sondern die Funktion als Rechtsanwalt als Institution schütze.⁸⁸ Die konkreten Kriterien und beispielhaften Umschreibungen einer anwaltlichen Tätigkeit in diesem Sinne übernehmen die Autoren von *Hassemer*.⁸⁹

Urs Lewens hat die hier referierten Ansichten in seiner 2010 erschienen Dissertation zur „*Rechtsstellung des Syndikusanwalts in Straf- und Kartellverfahren*“ bestätigt und kommt nach Abwägung der vertretenen Meinungen auch zu dem Ergebnis, dass dem Syndikusanwalts ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, soweit er anwaltlich tätig ist.⁹⁰ Wer „Rechtsanwalt“ ist, bestimme sich in erster Linie formal nach der berufsrechtlichen Zulassung. Daher bestehe eine Vermutung dafür, dass Informationen, die der Syndikusanwalt innerhalb

86 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 26.

87 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 26 f.

88 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 27.

89 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, aaO, S. 27 f.

90 *Lewens, U.*, Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts in Straf- und Kartellverfahren, Hamburg 2010, S. 136 ff.

seiner Berufsausübung erlangt, auch in den Schutzbereich des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO fallen.

Die auf *Hassemer* zurückgehende Formulierung, wonach dem Syndikusanwalt das Zeugnisverweigerungsrecht nur und immer dann zustehe, soweit er mit „typisch anwaltlichen Aufgaben“ befasst ist, ist auch in der *aktuellen Kommentarliteratur* in weiten Teilen anerkannt.⁹¹

Michael Burmann hat jüngst bestätigt, dass der Syndikusanwalt gegenüber seinem Arbeitgeber durchaus eine Stellung wie ein selbständiger Rechtsanwalt haben kann. Hierfür sei aber Voraussetzung, „*dass er die Übernahme eines Beratungsmandates ablehnen bzw. jederzeit entsprechend der Regelung des § 627 BGB beenden kann.*“⁹² Das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts komme daher nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Die Anerkennung der anwaltlichen Privilegien für den Syndikusanwalt unter strengen Voraussetzungen im Einzelfall war auch das Ergebnis einer ausführlichen Befassung mit diesem Thema im *BRAO-Ausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer*.⁹³ Dort herrschte die Auffassung vor, dass pauschale Annahmen zur angeblich generell fehlenden Unabhängigkeit des Syndikusanwalts nicht den Ausschlag geben können. Unter engen und „möglicherweise als ideal“ zu bezeichnenden Voraussetzungen kämen Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeschutz nach Ansicht des Ausschusses in Betracht: „– *abgetrennte, abschließbare Unternehmensräume, – verschließbare Aktenschränke – mit Schlüsseln nur für Syndici, – unkontrollierte Korrespondenz und – eigene E-Mail-Server*“⁹⁴.

Letzteres wird man technisch so zu interpretieren haben, dass es nicht auf von den Unternehmensservern abgetrennte physisch alleinstehende Hardware,

91 SK-StPO/*Wohlers*, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 77 in Bezug auf den an § 53 Abs. 1 Nr. 3 anknüpfenden Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 StPO; *Otte*, in: *Radtke/Hohmann*, Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 53 Rn. 16 (im Folgenden zitiert als: „*Radtke/Hohmann-StPO/Bearb.*“); *Eschelbach*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafprozessordnung, Kommentar, 1. Aufl. 2014, § 53 Rn. 19 (im Folgenden zitiert als: „*Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bearb.*“); *Gercke*, in: *Heidelberger Kommentar*, Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 53 Rn. 13 (im Folgenden zitiert als: „*HK-StPO/Bearb.*“); vgl. auch AGH Bremen, Beschluss vom 11.10.2001 – 1 AGH 6/00 = AnwBl 2002, 298 unter Verweis auf *Roxin*.

92 *Burmann*, M., Die berufsrechtliche Stellung des Syndikus-Anwalts, in: FS *Tolksdorf* 2014, 443 [448].

93 Siehe den Bericht bei *Kury*, O., Die Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen; eine Anmerkung zur rechtlichen Stellung der Syndici, in: *BRÄK-Mitt.* 2013, 4 [4f.], der den breiten Raum betont, den diese Diskussion eingenommen habe. Dabei ist aber anzumerken, dass *Kury* leider nicht auf die durchaus viel diskutierten instanzgerichtlichen Entscheidungen aus dem Jahre 2005 (s. o.) eingeht.

94 *Kury* aaO, S. 5.

sondern auf die durch andere Mitarbeiter und Organmitglieder unzugängliche Bereiche von E-Mail-Diensten und Speichereinheiten ankommen soll.

aa) Konkretes Vertrauensverhältnis im Einzelfall

Die Formulierung von den „typisch anwaltlichen Aufgaben“ übernehmen auch *Ignor* und *Bertheau* in ihrer Kommentierung des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.⁹⁵ Sie stellen jedoch im Anschluss an LG Berlin, NStZ 2006, 470 als zusätzliche Voraussetzung darauf ab, ob „im konkreten Einzelfall ein Vertrauensverhältnis zu dem Rechtsratsuchenden entstanden ist“.

Diesem zusätzlichen Kriterium des konkreten Vertrauensverhältnisses schließt sich auch *Mann* in einem 2011 erschienenen Aufsatz an.⁹⁶ Nicht ausreichend soll daher eine *pauschale*, allgemeine Rechtsberatungsfunktion sein: *„Nicht unter den Schutz von Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeschutz im deutschen Recht fallen demnach z.B.: Dokumente in der Rechtsabteilung, die für jedermann faktisch zugänglich sind; Gutachten externer Rechtsanwälte im Gewahrsam der Syndikusanwälte; Dokumente, die vorläufig lediglich aus Anlass einer rechtlichen Frage zusammengestellt worden sind. Demgegenüber wären nach der hier vertretenen Ansicht Auskünfte des Syndikusanwalts zu bestimmten rechtlichen Fragen unabhängig von der Stellung des rechtsratsuchenden Mitarbeiters und unabhängig von der Form des erteilten Rechtsrats (mündlich, informell per E-Mail, schriftlich) vertraulich zu behandeln, wenn ein – zumindest informelles – Mandatsverhältnis besteht.“*⁹⁷

Zudem begrüßt *Mann*, dass das LG Berlin in seiner Entscheidung von 2005 (s. o.) das *Merkmal der Weisungsgebundenheit* für die Abgrenzung von anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit aufgegeben hat: *„Denn die Grenzen der Weisungsgebundenheit verschwimmen in Zeiten unternehmerisch organisierter Anwaltssozietäten. Schließlich kann sich auch ein Rechtsanwalt den Weisungen seines übergeordneten Partners ausgesetzt sehen, zu dem er in einem dienstvertraglichen Angestelltenverhältnis (gerade in Großkanzleien) steht.“*⁹⁸

95 *Ignor/Bertheau*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Aufl. 2008, § 53 Rn. 29 (im Folgenden zitiert als: „LR-StPO/Bearb.“).

96 *Mann, M.*, Anwaltsprivileg und Zeugnisverweigerungsrecht des unternehmensinternen Syndikus, in: DB 2011, 978 [981].

97 *Mann aaO*, S. 982.

98 *Mann aaO*, S. 981.

bb) Vollständige Gleichstellung des Syndikusanwalts

Zum Teil wird auch eine vollständige rechtliche Gleichstellung der Syndikusanwälte mit den externen freiberuflich tätigen Rechtsanwälten in Bezug auf die anwaltlichen Privilegien gefordert.⁹⁹ Angesichts der uneinheitlichen Rechtsprechung in Deutschland sowie der eher negativen Signalwirkung der jüngeren europäischen Rechtsprechung hierzu sei eine gesetzgeberische Klarstellung erforderlich. Die Notwendigkeit hierzu ergebe sich nicht zuletzt aus der Rechtsprechung des BGH zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Leiters der Rechtsabteilung und Innenrevision eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens und den dadurch deutlich gewordenen hohen Anforderungen an dessen juristische Tätigkeit.¹⁰⁰

3. Das „legal privilege“ des Syndikusanwalts nach dem Recht der Europäischen Union

Die Diskussion um das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts nach der StPO und die davon abhängigen Rechte wird teilweise im Kontext der jüngeren europarechtlichen Rechtsprechung zu den Anwaltsprivilegien im Rahmen von durch die Europäische Kommission geführten Wettbewerbsverfahren geführt. Es folgt daher hier ein Überblick über die Etappen der europäischen Rechtsprechung zu dieser Frage sowie die Reaktionen in der rechtswissenschaftlichen Literatur hierauf.

a) Etappen der Rechtsprechung des EuG und des EuGH

Der EuGH hat in seiner Entscheidung *AM&S Europe Ltd./Kommission*¹⁰¹ aus dem Jahr 1982 aus dem europäischen Sekundärrecht (VO 17/62) die umfassende Vertraulichkeit des Schriftwechsels zwischen Anwalt und Mandant in Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren abgeleitet. Die in einem ständigen Beschäftigungsverhältnis zu ihrem Mandanten stehenden Syndikusanwälte hat der Gerichtshof dabei jedoch von diesem Vertraulichkeitsschutz ausgenommen.

99 Moosmayer, K., Der EuGH und die Syndikusanwälte, in: NJW 2010, 3548 [3550] mit Hinweisen in Fn. 22 auf Hassemer wistra 1986, 1; Kleine-Cosack NJW 1994, 2249; Redeker NJW 2004, 889, und Roxin NJW 1992, 1129, und NJW 1995, 17.

100 Moosmayer NJW 2010, 3548 [3550] mit Bezug auf BGH, NJW 2009, 3173.

101 EuGH, Rs. 155/79, *AM&S Europe Ltd./Kommission*, Slg. 1982, S. 1575 = NJW 1983, 503.

Auch der Gerichtshof ging zunächst von der anwaltlichen Unabhängigkeit als zentraler Voraussetzung der Anwaltsprivilegien aus und arbeitet vor diesem Hintergrund Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Ausgestaltung der Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten heraus: *„Abgesehen von diesen Unterschieden gibt es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten jedoch insoweit gemeinsame Kriterien, als die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt ist, wenn der Schriftwechsel zum einen im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt wird und zum anderen von unabhängigen Rechtsanwälten, das heißt von Anwälten ausgeht, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind.“*¹⁰²

Der EuGH lehnt es folgerichtig ab, den aus der Vertraulichkeit folgenden Beschlagnahmeschutz auf das Verhältnis zu einem Rechtsanwalt auszudehnen, der zu seinem Mandanten in einem ständigen Beschäftigungsverhältnis steht.¹⁰³ Diese Begrenzung entspreche der *gemeinsamen Rechtstradition der Mitgliedstaaten*, welche die Privilegien des Anwalts übereinstimmend von dessen Unabhängigkeit abhängig mache: *„Was die zweite Voraussetzung anbelangt, so beruht die 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 in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt. Diesem Schutz stehen auf der anderen Seite die Berufs- und Standespflichten gegenüber, die im allgemeinen Interesse von dazu ermächtigten Institutionen festgelegt und kontrolliert werden.“*¹⁰⁴

Der *EuGH* bestätigte diese Grundsätze aus dem *AM&S-Urteil* in seinem Urteil vom 04.04.1990 in der *Rechtssache Hilti*.¹⁰⁵ Die Vertraulichkeit blieb auch in diesem Fall auf die Kommunikation des Unternehmens mit externen Anwälten beschränkt. Das *EuG* erkannte aber an, dass auch rein firmeninterne Dokumente, welche auf der Grundlage von Gutachten externer Anwälte erstellt worden sind, Vertraulichkeit genießen.¹⁰⁶

102 EuGH, NJW 1983, 503 [504].

103 Zur hierauf gestützten „aggressiven“ Ermittlungspolitik der EU-Kommission in den folgenden Jahren siehe *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 34 ff.

104 EuGH, NJW 1983, 503 [504].

105 EuGH, Urteil vom 04.04.1990 – T-30/89, Slg. 1990, II-163.

106 EuGH, Urteil vom 04.04.1990 – T-30/89, Slg. 1990, II-163, Rn. 19.

Der *Präsident des EuGH* stellte circa 20 Jahre später diese Rechtsprechung, insbesondere ihre Zeitgemäßheit, in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der *Rechtssache Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akros Chemicals Ltd./Kommission*¹⁰⁷ in Frage und erwoh in seinem Beschluss vom 30.10.2003, dass auch solche unternehmensinternen Unterlagen dem Anwaltsgeheimnis unterfallen können, welche zwischen der Unternehmensleitung und der Rechtsabteilung des Unternehmens ausgetauscht wurden. Hintergrund des Verfahrens war ein Ermittlungsverfahren der Kommission wegen eines Kartells auf dem Markt für Kunststoffzusätze gegen die beiden Chemieunternehmen. Ein solcher Vertraulichkeitsschutz komme dann in Betracht, wenn Unternehmensjuristen in ihrem Mitgliedsstaat zugleich eine Anwaltszulassung besitzen und daher externen Standesregeln unterliegen. Ihr ständiges Anstellungsverhältnis stehe dann nicht per se der für das Anwaltsprivileg entscheidenden Unabhängigkeit des Anwaltes entgegen.¹⁰⁸ Ausschlaggebend im konkreten Fall war, dass es sich um Dokumente handelte, welche die Verteidigung des Unternehmens in einem Wettbewerbsverfahren der Kommission vorbereiten sollten und lediglich noch nicht an die für die Verteidigung vorgesehenen externen Anwälte übergeben worden waren.¹⁰⁹

In der hierauf folgenden *Hauptsacheentscheidung*¹¹⁰ hielt der *EuGH* aber an der Rechtsprechung aus der Rechtssache AM&S fest, wonach nur die vertrauliche Kommunikation mit einem unternehmensunabhängigen Anwalt dem Anwaltsprivileg unterfalle. Zwar sei die Anerkennung der Rolle von Syndikusanwälten und der Vertraulichkeitsschutz der Kommunikation zwischen ihnen und ihren Unternehmen in der Europäischen Union seit der Entscheidung in Sachen AM&S weiter gestiegen. In den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten sei dennoch weiterhin keine einheitliche oder deutlich überwiegende Tendenz im Sinne einer generellen Anerkennung von Anwaltsprivilegien

107 EuGH, Beschluss vom 30.10.2003 – Rs T-125/03 R, T-253/03 R, Akzo Nobel Chemicals, Akros Chemicals Ltd./Kommission, Slg. 2003, II-04771; ausführlich zum Verfahrenshintergrund und -verlauf Seitz, C., Der Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren – Zu Umfang und Ausgestaltung des Anwaltsgeheimnisses nach der neuen europäischen Rechtsprechung, in: EuZW 2008, 204 [205 f.].

108 Zustimmungende Anmerkung bei Hofmann, H. C. H., Eine Neubestimmung der Reichweite des Anwaltsprivilegs in Wettbewerbsverfahren?, in: EuZW 2003, 742.

109 Beulke/Lüdke/Swoboda, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 38 ff.

110 EuGH, Urteil vom 17.09.2007 – Rs T-125/03, T-253/03, Akzo Nobel Chemicals, Akros Chemicals Ltd./Kommission.

auch für die Tätigkeit von Syndikusanwälten im Rahmen ihrer ständigen Beschäftigungsverhältnisse festzustellen.

Dieses Ergebnis hat der *EuGH* mit *Urteil vom 14.09.2010*¹¹¹ bestätigt und entschieden, dass das europarechtliche Anwaltsgeheimnis im europäischen Wettbewerbsrecht nur die Kommunikation mit externen Anwälten, nicht jedoch die mit einem Syndikusanwalt schützt.

Das Erfordernis der Unabhängigkeit setze das *Fehlen jedes Beschäftigungsverhältnisses* zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten voraus (Rn. 44 ff. des Urteils). Die Generalanwältin *Kokott* hatte in ihren *Schlussanträgen* noch die Auffassung vertreten, es hänge ganz entscheidend von der konkreten Praxis eines Unternehmens im Arbeitsalltag ab, ob ein Syndikusanwalt unabhängigen Rechtsrat erteilen kann oder aber Druck und Einflussnahme ausgesetzt ist: „Diesbezüglich ist die abstrakte Betrachtung der im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften zur Stellung von Syndikusanwälten für sich allein genommen nicht aussagekräftig, da sie weder über die Realität der Arbeitsbeziehungen innerhalb des jeweiligen Unternehmens noch über die wirtschaftliche Abhängigkeit und den Grad der persönlichen Identifizierung des Syndikusanwalts mit seinem Arbeitgeber Aufschluss gibt.“¹¹²

Der Gerichtshof machte sich dennoch ohne Einschränkung die von der Generalanwältin in den Nrn. 60 und 61 ihrer Schlussanträge¹¹³ vorgetragene und entscheidende Argumente zu eigen, wonach ein Syndikusanwalt 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 habe. Insbesondere könne der Syndikusanwalt etwaige Spannungen zwischen seinen Berufspflichten und den Zielen seines Mandanten weniger leicht ausräumen als ein externer Anwalt. Hinzu komme, dass der Syndikusanwalt im Rahmen seines Arbeitsvertrags zur *Erfüllung anderer Aufgaben* verpflichtet sein könne, etwa, wie im konkret entschiedenen Fall, denen des Koordinators für das Wettbewerbsrecht, die Auswirkungen auf die Geschäftspolitik des Unternehmens haben könnten. Solche Aufgaben könnten die engen Bindungen des Rechtsanwalts an seinen Arbeitgeber nur verstärken (Rn. 48 d. Urteils): „Demnach genießt der Syndikusanwalt auf Grund

111 EuGH, Urteil vom 14. 9. 2010 – C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals Ltd mit Sitz in Hersham [Vereinigtes Königreich] u. a. = EuZW 2010, 778.

112 EuGH, Schlussantrag (EuGH) vom 29.04.2010 – C-550/07 P – Rn. 74 = BeckRS 2010, 90528.

113 EuGH, Schlussantrag (EuGH) vom 29.04.2010 – C-550/07 P = BeckRS 2010, 90528.

sowohl seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit als auch der engen Bindungen an seinen Arbeitgeber keine berufliche Unabhängigkeit, die der eines externen Rechtsanwalts vergleichbar ist.“¹¹⁴

Zudem habe das EuG zu Recht festgestellt, dass in Bezug auf die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union *keine überwiegende Tendenz* zu Gunsten des Schutzes der Vertraulichkeit der unternehmens- oder konzerninternen Kommunikation mit Syndikusanwälten bestehe (Rn. 74 des Urteils). Vor dem Hintergrund der in den Mitgliedstaaten unterschiedlichen Stellung des Syndikusanwalts sei es mit Blick auf die Gleichbehandlung aller in der EU ansässigen Unternehmen unerlässlich, auf EU-Ebene das Anwaltsprivileg einheitlich auszulegen (Rn. 115 d. Urteils).

b) Literatur

Die Reaktionen der rechtswissenschaftlichen Literatur auf diese europäische Rechtsprechung sind geteilt. Der wohl überwiegende Teil wendet sich gegen den Ausschluss der Syndikusanwälte vom Vertraulichkeitsschutz in Verfahren der Kommission.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Akzo Nobel Chemicals, Akros Chemicals Ltd./Kommission ist in der Literatur *von einigen Autoren für überzeugend und richtig gehalten* geworden, insbesondere von Vertretern der Kommission.¹¹⁵ Es dürfe nicht verkannt werden, dass auch solche Syndikusanwälte, welche für ihren Arbeitgeber anwaltliche Tätigkeiten ausüben und dabei infolge ihrer Zulassung berufsrechtlichen Verpflichtungen unterliegen, gleichzeitig an die *Weisungen ihrer Vorgesetzten* gebunden blieben.¹¹⁶ Sie bildeten eine wirtschaftliche Einheit mit ihren Unternehmen und identifizierten sich mit diesen in der Regel stark. Nur externe Rechtsanwälte sähen sich bei Verstößen gegen ihre Berufspflichten regelmäßig *disziplinarischen Maßnahmen*, Ansehensverlust und Haftungsansprüchen Dritter ausgesetzt. Auch haftungsrechtlich bestehe eine andere Situation, da bei Syndikusanwälten, die in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen, die Anwaltshaftung meistens durch arbeitsvertragliche Regelungen verdrängt werden dürfte.¹¹⁷

114 EuZW 2010, 778 [781], Rn. 49 des Urteils.

115 Schnichels, D./Resch, T., Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, in: EuZW 2011, 47 [49]; Der Mitautor Dr. Dominik Schnichels war bei der Publikation 2011 Abteilungsleiter in der Europäischen Kommission in Brüssel (Fn. 1).

116 Schnichels/Resch EuZW 2011, 47 [49f.].

117 Schnichels/Resch aaO, S. 50.

Das aus der Rechtsprechung des EuGH resultierende mögliche Auseinanderfallen von europäischem und nationalem Schutzniveau für den Syndikusanwalt sei im Hinblick auf die *einheitliche Geltung des europäischen Wettbewerbsrechts* hinzunehmen.¹¹⁸

Zudem wird auf die weitreichenden Folgen hingewiesen, die eine Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des Anwaltsprivilegs auf die Syndikusanwälte im Zusammenspiel mit dem weitreichenden sachlichen Anwendungsbereich des Anwaltsprivilegs nach europäischer Rechtsprechung gehabt hätte: *„Demnach wäre wohl nur noch der Informationsaustausch zwischen den Unternehmen von der Europäischen Kommission uneingeschränkt einsehbar und verwertbar. Eine massive Einschränkung des Handlungsspielraums der Kommission im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Ermittlungen sowie erhebliche Rechtsunsicherheit wären die Folge. In diesem Zusammenhang sei auch auf das Allgemeininteresse an einer wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln im europäischen Binnenmarkt hingewiesen.“*¹¹⁹

Etwas zurückhaltender vertritt *Wolfgang Weiß* in Bezug auf das vom EuGH bestätigte Urteil des EuG die Auffassung, dass der *Gewinn an Rechtsklarheit* den Ausschluss der Syndikusanwälte vom Anwaltsprivileg rechtfertigen könnte.¹²⁰ Ausschlaggebend sei der Mangel an Unabhängigkeit, zumindest in einigen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten: *„Diese Unabhängigkeit ist infolge der unterschiedlichen nationalen Regelungen zum Berufs- und Standesrecht eines Unternehmensjuristen nicht stets gegeben. Dass manche Mitgliedsstaaten die Vertraulichkeit auf Unternehmensjuristen erstrecken, die zugleich als Anwälte zugelassen sind und daher den für diese einschlägigen Berufsregeln unterliegen, ändert am gemeineuropäischen Rechtsgrundsatz nichts.“* Die Erstreckung der Anwaltsprivilegien auf die Syndikusanwälte würde zudem eine gewisse, zumindest mittelbare, *gemeinschaftsrechtliche Beaufsichtigung* der Einhaltung der Berufspflichten erfordern. Der vielfach gemachte Hinweis auf die vergleichbare Abhängigkeit mancher in Kanzleien angestellter Anwälte könne keine Einbeziehung der Syndikusanwälte in den Vertraulichkeitsschutz rechtfertigen, sondern führe eher dazu, auch *„die Gewährung des legal privilege für solche Anwälte in Frage zu stellen.“*¹²¹

118 Schnichels/Resch aaO, S. 49.

119 Schnichels/Resch aaO, S. 51.

120 Weiß, W., Neues zum legal professional privilege – Eine Anmerkung zum Akzo Urteil des EuGH, in: EuR 2008, 546 [555].

121 Weiß aaO, S. 557.

Der überwiegende Teil der Literatur – insbesondere aus dem Kreis der Anwaltschaft – hat das Urteil des EuGH *kritisiert*.¹²² Es sei nicht nachvollziehbar, warum bei einem Unternehmen angestellte Juristen, die alle Voraussetzung für eine Zulassung als Rechtsanwälte erfüllen und demgemäß auch trotz ihrer Arbeitnehmereigenschaft zugelassen wurden, *kein Teil der Rechtspflege* sein sollen.¹²³ Ein Arbeitsvertrag entbinde ebenso wenig von der Wahrung der Unabhängigkeit wie das umfassende Dauermandat eines externen Anwalts. Das Urteil sei von *pauschalem Misstrauen* den Syndikusanwälten gegenüber geprägt und verkenne die Rolle, die Syndikusanwälte heute erfüllen.¹²⁴ Die Unternehmen erwarteten von ihren Syndikusanwälten in gleichem Maße wie von externen Anwälten unabhängigen Rechtsrat. Die (unbegründete) Besorgnis, dass ein Recht missbraucht werde, könne es nicht rechtfertigen, dieses gänzlich vorzuenthalten.

Die Generalanwältin *Kokott* hatte sich in ihren Schlussanträgen beim EuGH auch zu einer möglicherweise entstehenden *Missbrauchsanfälligkeit* des Anwaltsgeheimnisses geäußert, sollte dieses auch auf unternehmensinterne Syndikusanwälte ausgedehnt werden: „*Ein Missbrauch kann beispielsweise darin bestehen, dass der Rechtsabteilung eines Unternehmens unter dem Deckmantel von Ersuchen um Rechtsberatung letztlich Beweismittel und Informationen in der alleinigen oder überwiegenden Absicht übergeben werden, sie dem Zugriff der Kartellbehörden zu entziehen. Schlimmstenfalls können die operativen Abteilungen eines Unternehmens versucht sein, die unternehmens- oder konzerneigene Rechtsabteilung als Ort zur Aufbewahrung illegaler Dokumente wie Kartellvereinbarungen und Aufzeichnungen über Treffen von Kartellbeteiligten oder über die Arbeitsweise eines Kartells zu missbrauchen.*“¹²⁵

Auf die Frage, inwieweit dieses Misstrauen, wenn es überhaupt berechtigt wäre, nicht auch gegen eng mit dem Unternehmen verbundene (lukrative Dauermandate!) externe Anwälte bestehen könnte, ging sie in ihrem

122 Für eine Übersicht zu den Literaturstimmen zu den vorhergehenden Entscheidungen von EuG und EuGH siehe *Rieger, F./Jester, J./Sturm, M.*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Jg. 2005, Heft 35, S. 29. Hinsichtlich der AM&S-Rechtsprechung durch EuG und EuGH lasse sich von einer „weitgehenden Ablehnung“ der einschränkenden Auslegung des Anwaltsprivilegs sprechen; vgl. auch *Hamacher, P.*, Der Syndikusanwalt ist kein Anwalt 2. Klasse, in: *AnwBl* 2011, 42 [43]: „harsche Kritik“.

123 *Seitz EuZW* 2008, 204 [208] in Bezug auf das vom EuGH bestätigte Urteil des EuG.

124 *Berrisch, G.*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.09.2010 – C-550/07 P, in: *EuZW* 2010, 786 [786 f.]; *RA Dr. Georg M. Berrisch* vertrat in den Verfahren vor dem Gericht und dem Gerichtshof die Association of Corporate Counsel – European Chapter, die als Streithelfer die Klägerin Akzo unterstützte; ähnlich auch *Seitz EuZW* 2008, 204 [208] und *EuZW* 2010, 761 („Generalverdacht“).

125 EuGH, Schlussantrag (EuGH) vom 29.04.2010 – C-550/07 P – Rn. 150 = *BeckRS* 2010, 90528.

Schlussvortrag nicht ein. Den Missbrauchsbedürfnissen hat im Übrigen *Claudia Seitz* widersprochen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum ein Unternehmen kompromittierende Unterlagen gerade in Kartellverfahren überhaupt aufbewahren sollte, wenn sie nicht zur rechtmäßigen Vorbereitung eines Kronzeugenantrags dienen sollen.¹²⁶ Auch könne eine solche missbräuchliche Aufbewahrung ebenso gut auch bei einem externen Anwalt stattfinden. Jedenfalls dürften Unternehmensanwälte nicht generell unter den „Generalverdacht gestellt werden, sich bereitwillig an Kartellrechtsverstößen zu beteiligen.“¹²⁷

Zudem wird in Frage gestellt, ob das Urteil des EuGH tatsächlich etwas zur *Vermeidung und Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen* beitragen kann. Die Syndikusanwälte müssten sich nun überlegen, „*ob und inwiefern sie ihre Rechtsberatung dokumentieren, ob sie eine Handakte führen, wie sie Compliance-Programme gestalten, ob und in welcher Form sie whistle-blower hotlines zur Meldung möglicher Kartellverstöße einrichten, ob sie überhaupt noch schriftlich um kartellrechtlichen Rat angefragt werden möchten – kurz: wie sie ihr Tagesgeschäft gestalten.*“¹²⁸

Zum Teil wird auch ein grundlegender Vertrauensverlust zwischen Unternehmensangehörigen und deren Syndikusanwälten befürchtet.¹²⁹ Jedenfalls dürfe sich nichts an der entscheidenden *Rolle des Syndikusanwalts als zentralem Koordinator*, oft im Team mit externen Anwälten, bei der Aufdeckung und Bewältigung von potenziellen Rechtsverstößen ändern.¹³⁰ Dies müsse nach dem Urteil des EuGH durch Klarstellungen in den nationalen Rechtsordnungen sichergestellt werden.

Vor dem Urteil des EuGH war auch darauf hingewiesen worden, dass die Unternehmensjuristen in den verschiedenen Mitgliedsstaaten privatrechtliche Verbände gebildet hätten, die sich den *Berufsregeln des Rats der Anwaltschaften der europäischen Union (CCBE)* unterworfen haben.¹³¹ Diese Berufs-

126 Seitz, C., Ein Schritt vor und zwei zurück? – Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmensanwälte im Europäischen Kartellverfahren, in: EuZW 2010, 524 [526].

127 Seitz aaO.

128 Seitz EuZW 2010, 761.

129 Mann, M. / Leisinger, C. M., Kein „legal privilege“ für unternehmensinterne Rechtsanwälte, in: AnwBl 2010, 776 [779].

130 Moosmayer NJW 2010, 3548 [3551]; Der Autor RA Dr. Klaus Moosmayer war bei Veröffentlichung des Textes 2010 Chief Counsel Compliance der Siemens AG.

131 Rieger/Jester/Sturm, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Jg. 2005, Heft 35, S. 29; Eichler, H./Peukert, W., Vertraulichkeit der Rechtsberatung durch Syndikusanwälte und EMRK, in: AnwBl 2002, 189 [190] verweisen hierzu auf Belgien, Dänemark, Deutschland, Griechenland, Großbritannien, Irland, die Niederlande, Portugal und Spanien.

pfllichten könnten die Unabhängigkeit der zusammengeschlossenen Unternehmensanwälte hinreichend sicherstellen. Auch habe die Anerkennung des Anwaltsprivilegs in den verschiedenen Rechtsordnungen der EU seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache AM&S signifikant zugenommen.¹³²

c) Folgerungen für die Frage der Einordnung nach der StPO

Die dargestellten Entscheidungen des EuG und des EuGH haben für die Stellung des Syndikusanwalts im deutschen Strafprozessrecht keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen.¹³³ Die Urteile in der Rechtssache Akzo Nobel Chemicals, Akcros Chemicals Ltd./Kommission betreffen Ermittlungen der EU-Kommission in Wettbewerbsverfahren. Die Urteile haben daher auch für Untersuchungen nationaler Kartellbehörden, Kartellschadenersatzklagen vor nationalen Gerichten oder sonstige Streitigkeiten vor nationalen Gerichten oder Behörden keine unmittelbaren rechtlichen Folgen.¹³⁴ Zudem hat der Gerichtshof in seinem Urteil ausdrücklich den Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie betont, so dass *auch mittelbar keine Pflicht für die Mitgliedstaaten zur Anpassung* der nationalen Rechtsordnungen an die europäische Rechtsprechung besteht.¹³⁵

Gleichwohl verdienen die den Entscheidungen zugrunde gelegten *Argumente und Einschätzungen* Beachtung. Hierbei sind aber die Besonderheiten des europäischen Kartellverfahrensrechts, auf welches sich die europäische Rechtsprechung bezieht, und der dort geltenden anwaltlichen Privilegien zu beachten. *Peter Hamacher* hebt als Hintergrund der Rechtsprechung von EuG und EuGH hervor, dass diese Kartellverfahren, in denen die Kommission unmittelbar Unionrecht ausführt, auf den Schutz des überragenden europäischen Grundsatzes des fairen und freien Wettbewerbs und dessen Effizienz ausgerichtet sind.¹³⁶ Dies bedinge eine eher schwach ausgestaltete Verteidigungsposition.

Wichtiger ist jedoch, dass die anwaltlichen Privilegien nach europäischem Recht dort, wo sie eingreifen, einen deutlich weiteren sachlichen Anwendungsbereich haben, als die nach der StPO gewährten Geheimnisschutzrechte.¹³⁷ Im

132 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 41.

133 Vgl. *Beulke/Lüdke/Swoboda aaO*, S. 42; *Redeker NJW* 2004, 889 [893].

134 *Berrisch EuZW* 2010, 786.

135 *Berrisch aaO*.

136 *Hamacher AnwBl* 2011, 42 [44 f.].

137 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 33f.

Gegensatz zu § 97 Abs. 1 StPO, welcher nur insoweit Beschlagnahmeschutz gewährt, als sich die betreffenden Dokumente im (Mit-)Gewahrsam des zeugnisverweigerungsberechtigten Rechtsanwalts befinden, schützt das europäische Recht die Vertraulichkeit der gesamten schriftlichen Korrespondenz zwischen dem Unternehmen und dem Anwalt mit Bezug zum Verfahrensgegenstand, unabhängig davon, in wessen Gewahrsam sich die Dokumente im Zeitpunkt der Beschlagnahme befinden.¹³⁸ Der Grund für diese unterschiedliche Ausgestaltung wird darin gesehen, dass die europäische Rechtsprechung sich an dem angloamerikanisch geprägten Verständnis des „legal privilege“ orientiere, welches das Anwaltsgeheimnis (anders als die StPO und das Grundgesetz) als „*Recht und Privileg des Mandanten als Ausprägung seiner Verteidigungsrechte*“ verstehe.¹³⁹

Des Weiteren erfasst das europäische „legal privilege“ auch interne Vermerke/Notizen innerhalb des Unternehmens, wenn diese den extern erstellten Rechtsrat inhaltlich zusammenfassen.¹⁴⁰ Ein Gewahrsam des Berufsheimnisträgers muss gar nicht bestanden haben.

Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts im europäischen Verfahrensrecht und nach der StPO ist *nur beschränkt vergleichbar*. Insbesondere der deutlich eher voraussetzungsarme Umgang mit den Gewahrsamsverhältnissen im Rahmen einer Prüfung von Beschlagnahmeschutz, hätte im Falle einer Gewährung der Privilegien auch für Syndikusanwälte einschneidende rechtliche und praktische Folgen gehabt. Für die Rechtsstellung nach der StPO ist die Signalwirkung der europäischen Entscheidungen daher begrenzt.

Hinzu kommt, dass der EuGH seine Entscheidung, die Syndikusanwälte vom „legal privilege“ auszunehmen, nicht zuletzt damit begründet hat, dass es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten keine eindeutige Tendenz zum Vertraulichkeitsschutz für Syndikusanwälte gebe. Die Heterogenität der nationalen Rechtsordnungen in Europa ist aber kein relevantes Auslegungskriterium bei der Anwendung der StPO. Diesbezüglich ist auch zu bedenken, dass die Unterschiede in den Mitgliedsstaaten so weit reichen, dass in manchen Staaten in Unternehmen angestellten Juristen die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von vorneherein verwehrt ist. Hier besteht in Deutsch-

138 Seitz EuZW 2008, 204 [207]; *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 34.

139 *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 34 m. v. N.; vgl. *Rieger/Jester/Sturm*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Jg. 2005, Heft 35, S. 23.

140 Hierauf weist auch Seitz EuZW 2008, 204 [207] hin.

land, insbesondere seit der sog. Zweitberufsentscheidung des BVerfG, eine grundsätzlich andere rechtliche Ausgangslage.

IV. Der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO – Voraussetzungen und Kriterien

§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO nennt neben Berufsträgern wie Patentanwälten, Notaren und Steuerberatern auch „Rechtsanwälte“ als zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigte. Dies wird allgemein so verstanden, dass die StPO damit den berufsrechtlichen, in der BRAO weiter ausgestalteten Begriff des Rechtsanwalts übernimmt. Die Kommentierung des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch *Bertram Schmitt* beschränkt sich beispielsweise diesbezüglich auf die Feststellung: „Rechtsanwälte sind nur die nach § 12 BRAO zugelassenen Anwälte“¹⁴¹.

Gleiches gilt für das allgemeine Verständnis des auch im § 138 Abs. 1 StPO verwendeten Begriffs des Rechtsanwalts, wo die Rechtsanwälte neben den „Rechtslehrern an deutschen Hochschulen [...] mit der Befähigung zum Richteramt“ als zulässige Wahlverteidiger in Strafverfahren genannt sind.¹⁴² Diese formale Bezugnahme des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf das anwaltliche Berufsrecht der BRAO muss daher Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung zur Stellung des Syndikusanwalts sein.

1. Die Doppelberufstheorie und die Frage der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts

Der Syndikusanwalt ist ein gemäß § 12 BRAO zugelassener Rechtsanwalt, der aufgrund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft seinem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen hat (vgl. Definition in § 46 Abs. 1 BRAO).

Der konkreten Ausgestaltung der Rechtsstellung des Syndikusanwalts durch die berufsrechtliche Rechtsprechung liegt dabei die sog. *Doppelberufstheorie* zugrunde. Nach dieser, insbesondere durch den Anwaltssenat des BGH, in ständiger Rechtsprechung befolgten Theorie zerfällt die Tätigkeit des Syndikus in zwei Berufsbereiche: zum einen in den des arbeitsvertraglich ge-

141 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 15.

142 Vgl. Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 138 Rn. 2.

bundenen Angestellten, der nicht das Berufsbild des Anwalts erfülle (also letztlich einem nichtanwaltlichen Arbeitnehmer gleichstehen soll), und zum anderen in den des nebenberuflich tätigen freien Anwalts, der von Dritten außerhalb der Justitiartätigkeit mandatiert werden kann.¹⁴³

Es ist daher zu fragen, inwiefern das Berufsrecht die Tätigkeit des Syndikusanwalts im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses für seinen Dienstherrn als *anwaltliche Tätigkeit* anerkennt. Dies hängt aus der Sicht der berufsrechtlichen Rechtsprechung in erster Linie von der rechtlichen Bewertung der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts als unerlässliche Komponente des anwaltlichen Berufsbildes, wie es der BRAO zugrunde liegt, ab.

Die *anwaltliche Unabhängigkeit* prägt das berufliche Leitbild des Rechtsanwalts und ist in den Vorschriften der §§ 1 bis 3, 43 a Abs. 1 BRAO sowie des § 1 BORA verankert.¹⁴⁴ Der Sicherung der Unabhängigkeit dienen u.a. die Beschränkungen der Ausübung von Zweitberufen nach §§ 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO und das Verbot der Kapitalbeteiligung berufsfremder Dritter gemäß § 59 a, e BRAO. Auch das BVerfG hat sich in seiner sog. *Zweitberufsentscheidung* vom 04.11.1992, welche die Novellierung des § 46 BRAO 1994 entscheidend geprägt hat, im Wesentlichen auf diese Doppelberufstheorie gestützt.¹⁴⁵ Das BVerfG setzt sich in dieser Entscheidung eingehend mit der Frage auseinander, unter welchen (engen) Voraussetzungen einem Syndikus trotz seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 GG die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft versagt werden darf.

a) Die Zulassung des Syndikus zur Rechtsanwaltschaft

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wird gemäß § 6 Abs. 1 BRAO auf Antrag erteilt. Ein Antrag darf dabei nur aus den in der BRAO bezeichneten Gründen abgelehnt werden (Abs. 2). Die Bindung des Syndikusanwalts durch sein ständiges Beschäftigungsverhältnis ist dabei im Hinblick auf den *Versagungsgrund des § 7 Nr. 8 BRAO* relevant, mit welchem der Widerrufgrund des § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO korrespondiert.¹⁴⁶

143 Grundlegend BGH, Beschluss vom 7.11.1960 – AnwZ (B) 2/60; aus jüngerer Zeit vgl. etwa BGH, Beschluss vom 13.03.2000 – AnwZ 25/99 = NJW 2000, 1645.

144 Siehe ausführlich Singer, R., Urknall Bastille-Beschlüsse – Auswirkungen auf die Unabhängigkeit der Anwaltschaft, in: BRAK-Mitt. 2012, 146.

145 BVerfG, Beschl. v. 04.11.1992 – 1 BvR 79/85 u.a. = BVerfGE 87, 287; Vgl. Prütting AnwBl 2001, 313 [315].

146 Ein Überblick über die jüngere BGH-Rechtsprechung zum § 7 Nr. 8 BRAO findet sich bei Reineke, F.-W., Lust oder Leid. Der Zweitberuf des Rechtsanwalts, in: NJW 2008, 2881 [2882 ff.].

Die Bestimmung des § 7 Nr. 8 BRAO wurde durch die Berufsrechtsnovelle von 1994 mit dem Ziel einer verfassungskonformen Ausgestaltung neu gefasst und schließt heute die Zulassung aus, „wenn der Bewerber eine 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“.

Zuvor hatte das BVerfG in seiner zitierten Zweitberufsentscheidung die frühere Anwendungspraxis zum § 7 Nr. 8 BRAO a. F. teilweise als unverhältnismäßige Beschränkung der Freiheit der Berufswahl (Art. 12 GG) verworfen.¹⁴⁷ Diese (verfassungswidrige) Praxis hatte u.a. darin bestanden,¹⁴⁸ die Zulassung wegen Unvereinbarkeit des Zweitberufes immer dann zu versagen, wenn der Zweitberuf nicht in „gehobener Position“¹⁴⁹ ausgeübt wird oder wenn er kaufmännisch-erwerbswirtschaftlich¹⁵⁰ ausgerichtet ist.

Das BVerfG verwarf das Merkmal der gehobenen Stellung als zu unscharf, um einer Berufszugangsschranke die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit verleihen zu können. Vor allem bleibe „unklar, welches gesetzgeberische Ziel mit Hilfe des Merkmals der gehobenen Stellung erreicht werden soll. Das Sozialprestige des Anwaltsstandes kann nicht gemeint sein, weil berufsständische Belange allein eine Beschränkung der Berufsfreiheit nicht rechtfertigen (BVerfGE 76, 171 <189>). [...] Greift man auf die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurück, wonach das Erfordernis einer gehobenen Stellung den Zweck hat, die Freiheit und Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung zu gewährleisten, so verstößt die entsprechende Beschränkung der Berufswahl gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Zugangsvoraussetzung einer gehobenen Stellung im Zweitberuf ist ungeeignet, diesen Zweck zu fördern. Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz und auch keine entsprechende öffentliche Meinung, daß leitende Angestellte weniger beruflich eingebunden und Interessenkonflikten ausgesetzt seien als Angestellte in untergeordneten Positionen. Der Gesetzgeber geht im Gegenteil davon aus, daß jene sich mit den unternehmerischen Zielen ihres Arbeitgebers stärker identifizieren (vgl. § 5 Abs. 3 BetrVG) und von dessen Vertrauen besonders abhängig sind (vgl. § 14 KSchG). In untergeordneten Dienst- und Anstellungsverhältnissen können gewiß

147 BVerfG, Beschl. v. 04.11.1992 – 1 BvR 79/85 u. a. = BVerfGE 87, 287.

148 Vgl. die Aufzählung bei Feuerich/Weyland-BRAO/Vossenbürger, 8. Aufl. 2012, Rn. 89 m. w. N.

149 Etwa BGH, NJW 1987, 3011.

150 Etwa BGHZ 40, 194; 68, 397.

ebenfalls starke Bindungen und Abhängigkeiten bestehen, sie lassen sich aber mit hierarchischen Merkmalen allein nicht erfassen.“¹⁵¹

In § 46 BRAO a. F., so das BVerfG weiter, habe der Gesetzgeber bestimmt, dass die Tätigkeit eines Syndikus nicht generell unvereinbar mit dem Beruf des Rechtsanwalts ist. Aus der Begründung des Gesetzes gehe hervor, dass der Gesetzgeber *„die Unvereinbarkeit des anwaltlichen Berufsbildes mit einem abhängigen Dienstverhältnis klar erkannt hatte, aber dennoch – anders als bei Anstellungen im öffentlichen Dienst – eine Berufszugangsschranke nicht für erforderlich hielt.“*

Aus der Regelung der besonderen Berufspflichten des Syndikusanwalts durch § 46 BRAO a. F. ergebe sich zudem, *„daß es mit der Rechtsstellung eines unabhängigen Organs der Rechtspflege und mit dem Grundsatz der freien Advokatur vereinbar ist, neben dem Anwaltsberuf eine weisungsgebundene Tätigkeit auszuüben. Die abhängige Beschäftigung muß anwaltlichen Standespflichten nicht unterworfen sein und darf die Arbeitszeit und -kraft sogar überwiegend in Anspruch nehmen. Der Anwaltsberuf kann danach als Nebenberuf ausgeübt werden.“*

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft dürfe einem Syndikus daher nicht mit der Begründung versagt werden, er sei als Angestellter rechtsberatend, aber ohne Eigenverantwortlichkeit tätig.

Ein weiteres Zulassungsmerkmal für den Syndikusanwalt, welches das BVerfG nicht beanstandet hat, ist das der tatsächlichen Möglichkeit, den Anwaltsberuf trotz seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses ausüben zu können.

Voraussetzung ist die *rechtliche und tatsächliche Möglichkeit*, den Anwaltsberuf in nennenswertem Umfang, jedenfalls mehr als nur gelegentlich auszuüben. Maßgebend ist, ob der Syndikusanwalt trotz seiner Pflichten gegenüber seinem Dienstherrn im Einzelfall noch zu einer ordnungsgemäßen Betätigung als Anwalt in mehr als nur unerheblichem Umfang in der Lage ist, so dass ein reiner „Feierabend-Anwalt“ ausgeschlossen bleibt und die Berufsbezeichnung des Rechtsanwalts nicht zu einem „bloßen Titel“ wird.¹⁵²

Der BGH lässt es für die *tatsächliche* Ausübungsmöglichkeit genügen, wenn der Syndikusanwalt über seine Dienstzeit hinreichend frei verfügen kann, auch während der Dienststunden nicht nur in Ausnahmefällen erreichbar ist und

151 BVerfG, Beschl. v. 04.11.1992 – 1 BvR 79/85 u. a. = BVerfGE 87, 287 = NJW 1993, 317 [320].

152 BGH, Beschluss vom 29.09.2003 – AnwZ (B) 64/02.

etwaige Entfernungen zum Kanzleiort nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen der Berufsausübung als Anwalt führen.¹⁵³ Der *rechtliche* Handlungsspielraum muss dem Syndikus von seinem Arbeitgeber im Anstellungsvertrag oder durch eine Nebentätigkeitsgenehmigung bzw. Freistellungserklärung gestattet werden. Dies heißt nicht, dass der Syndikusanwalt zwingend während seiner Arbeitszeiten als Angestellter seinem Anwaltsberuf nachgehen dürfen muss.¹⁵⁴ Ihm muss aber ein hinreichender Handlungsspielraum gewährt werden, dessen Zusicherung nicht einseitig vom Arbeitgeber widerrufen werden kann.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung hat das BVerfG in einem *Beschluss vom 05.01.2001* unter anderem festgestellt, dass es in der BRAO keinen Grundsatz gibt, wonach *anwaltliche und erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten* unvereinbar seien. Das Zusammentreffen dieser beiden Tätigkeitsarten in einer Person stelle noch keinen Gemeinwohlbelang dar, der eine Einschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigen könne.¹⁵⁵ Ähnlich wie das BVerfG bereits in seiner Zweitberufsentscheidung zur alten Fassung weist der BGH darauf hin, dass sich diese grundsätzliche Vereinbarkeit erwerbswirtschaftlicher und anwaltlicher Tätigkeit bereits aus der gesetzlichen Regelung in § 46 BRAO ergibt: „*Dass eine Tätigkeit als angestellter Jurist in der Rechtsabteilung einer Aktiengesellschaft, wie sie der Ast. ausübt, mit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht von vornherein unvereinbar ist, ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Regelung in § 46 BRAO.*“¹⁵⁶

Die Doppelberufstheorie hat *Kleine-Cosack* entschieden und wiederholt *kritisiert*.¹⁵⁷ Er hält es für diskriminierend, Syndikusanwälten für den Hauptteil ihrer Berufsausübung den Rechtsanwaltsstatus abzuspochen. *Kleine-Cosack* arbeitet weiterhin heraus, dass es bei den Syndikusanwälten an einer spezialgesetzlichen Regelung der Unabhängigkeit fehle und man daraus sicherlich eine Ungleichbehandlung zu den zugelassenen Rechtsanwälten herleiten könne.¹⁵⁸ Die Verwendung des anwaltlichen Berufsbildes als Argument durch den Bundesgerichtshof dürfe nicht als so genannte „Allzweckwaffe“ gegen Syndikusanwälte verwandt werden. Zudem zwingt die Doppelberufstheorie den Syndikus, der seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beantragt, zu einer „Mogelpackung“ bzw. Lügen, indem er angeben muss, eine relevante Tätigkeit

153 Feuerich/Weyland-BRAO/Vossenbürger, 8. Aufl. 2012, Rn. 128 m. w. N.

154 Vgl. BGH BRAK-Mitt. 2010, 29.

155 BVerfG, Beschluss vom 05.11.2001 – 1 BvR 1523/00 = NJW 2002, 503.

156 BGH, Beschluss vom 29.09.2003 – AnwZ (B) 64/02 = NJOZ 2004, 420 [421].

157 Etwa *Kleine-Cosack* AnwBl 2014, 891; 2011, 467; 1990, 420 (in diesem Buch ab S. 145).

158 *Kleine-Cosack, M.*, Syndikusanwälte ante portas?, in: AnwBl 2011, 467.

als Anwalt auch außerhalb seines Dienstverhältnisses betreiben zu wollen.¹⁵⁹ Diese Kritik an den „Ungereimtheiten“ der praktischen Anwendung der Doppelberufstheorie, einschließlich der damit verbundenen Diagnose eines dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarfs, teilt auch *Susanne Offermann-Burckart*.¹⁶⁰

b) Das forensische Vertretungsverbot nach § 46 BRAO und der Anwaltsstatus von Syndizi

Die 1994 neu gefasste Vorschrift des § 46 BRAO orientiert sich eng an den durch das BVerfG aufgestellten Vorgaben.¹⁶¹ Sie setzt voraus, dass das Anstellungsverhältnis einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft weder unter dem Aspekt des § 43 a BRAO noch dem des Nebentätigkeitsverbots entgegensteht. Demgemäß verzichtet die BRAO in ihrer heutigen Fassung hinsichtlich des Syndikusanwalts auf eine besondere Zulassungsschranke und sieht mit § 46 BRAO lediglich eine Berufsausübungsregelung in Form des Verbots der forensischen Vertretung des Dienstherrn vor. Gemäß § 46 Abs. 1 BRAO darf der Syndikusanwalt *vor Gerichten oder Schiedsgerichten* für seinen Auftraggeber nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden.

Die aus dieser Regelung für die Tätigkeit des Syndikusanwalts im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses zu ziehenden Folgerungen sind umstritten. Dabei schwanken die Meinungen zwischen dem Argument, dass es sich um eine abschließende Regelung der für Syndici geltenden Besonderheiten gegenüber dem für alle Anwälte geltenden Berufsrecht handelt, und der Sichtweise, wonach sich die Vorschrift als eine Bestätigung der Zweiberufetheorie darstelle.

Henssler folgert aus § 46 Abs. 1 BRAO, dass jede Tätigkeit des Syndikusanwalts im Rahmen seines Angestelltenverhältnisses als nichtanwaltliche Tätigkeit einzustufen ist.¹⁶² Dazu verweist er auf die in der Begründung der Beschlussempfehlung durch den Rechtsausschuss zu § 46 BRAO vorgenommene Interpretation, wonach „*das in den §§ 1 bis 3 BRAO normierte Berufsbild des Rechtsanwalts, wie es sich auch in der Allgemeinheit von ihm als un-*

159 *Kleine-Cosack* aaO, S. 469; vgl. *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 7.

160 *Offermann-Burckart*, S., Die Systemrelevanz von Syndikusanwälten, in: *AnwBl* 2012, 778.

161 *Henssler/Prütting-BRAO/Henssler*, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 6.

162 *Henssler/Prütting-BRAO/Henssler*, aaO Rn. 19.

*abhängigem Organ der Rechtspflege gebildet hat, mit der Tätigkeit unvereinbar ist, wenn der Syndikus im Rahmen seines Dienstverhältnisses als Anwalt auftritt.*¹⁶³

Der BGH (IX. Zivilsenat) hat sich dieser Ansicht¹⁶⁴ in seinem Urteil vom 25.02.1999 angeschlossen.¹⁶⁵ Wenn die Tätigkeit im Rahmen des ständigen Beschäftigungsverhältnisses als anwaltliche Tätigkeit anzusehen wäre, könne die Unabhängigkeit nicht länger als wesentliches Charakteristikum des Anwaltsberufs aufrechterhalten werden: *„Denn ein festes Anstellungsverhältnis ist der anwaltlichen Unabhängigkeit abträglich (im Grundsatz ebenso Hassemer, wistra 1986, 1 [8]; a. A. Roxin, NJW 1992, 1129 [1135]).*¹⁶⁶ Die Anerkennung des Anwaltsstatus, auch soweit Rechtsberatung innerhalb des Dienstverhältnisses stattfindet, habe bei der Berufsrechtsreform 1994 keine Mehrheit im Parlament gefunden und sei auch mit § 1 BRAO unvereinbar.

Die in der Literatur überwiegende *Gegenansicht* schließt gerade aus der gesetzgeberischen Fassung des § 46 BRAO, dass auch die Tätigkeit des Syndikusanwalts für seinen Dienstherrn anwaltliche Funktionen erfüllt, soweit sie rechtsberatenden Charakter hat.¹⁶⁷ Die Verwendung der Worte „Gerichte“ und „Schiedsgerichte“ zeige, dass jede über den gerichtlichen Bereich hinausgehende juristische Arbeit durch § 46 BRAO nicht verwehrt werden soll und damit „als Rechtsanwalt“ geleistet werde.¹⁶⁸ Auch die Wendung: *„nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt“* in § 46 BRAO hätte entfallen müssen, wenn der Gesetzgeber einen Ausschluss der Anwaltlichkeit für diese Tätigkeit gewollt hätte. Aus der bewussten Wortwahl des § 46 BRAO ergebe sich daher für den Syndikusanwalt die Möglichkeit der anwaltlichen Vertretung und Beratung des eigenen Arbeitgebers: *„Diese außergerichtliche Tätigkeit ist nicht ‚weniger anwaltlich‘ als die forensische. Die Auffassung, wonach die Funktionen des Syndikusanwalts als solchem von seiner Funktion als Rechtsanwalt zu trennen ist, kann nur als realitätsfremd bezeichnet werden.*¹⁶⁹

163 BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

164 Zustimmung auch bei Feuerich/Weyland-BRAO/Böhnlein, 8. Aufl. 2012, § 46 Rn. 22 m. w. N. zu den verschiedenen Ansichten.

165 BGH, Urteil vom 25.02.1999 – IX ZR 384-97 = NJW 1999, 1715.

166 BGH, NJW 1999, 1715 [1716].

167 BeckOK-BRAO/Römermann/Zimmermann, Stand: 01.10.2014, § 46 Rn. 40 f.;

Hartung/Römermann-BRAO/Hartung, 4. Aufl. 2008, § 46 Rn. 21; Hommerich, C./Prütting, H., Das Berufsbild des Syndikusanwalts, Bonn 1998, S. 15; Roxin NJW 1995, 17 [21]; Biermann, J., Zur Neufassung des § 46 BRAO, in: AnwBl 1994, 562; vgl. Prütting AnwBl 2001, 313 [315, 318] und Prütting, H., Die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts, in: AnwBl 2009, 402.

168 BeckOK-BRAO/Römermann/Zimmermann, Stand: 01.10.2014, § 46 Rn. 40.

169 BeckOK-BRAO/Römermann/Zimmermann, aaO Rn. 41.

Hartung schließt sich dem an und betont, dass die „fehlerhafte“ Interpretation der Berufsrechtsnovelle durch den Rechtsausschuss nicht die „objektive Aussage des Gesetzes“ beeinflussen könne.¹⁷⁰ Zudem könne die Gegenansicht auch nicht das Verhältnis der Absätze 1 und 2 des § 46 BRAO zueinander erklären.¹⁷¹ Das Auftreten des Syndikus als Rechtsanwalt für seinen Arbeitgeber sei allgemein akzeptiert, gegebenenfalls auch in anwaltlicher Robe.¹⁷² Gleiches gelte für die verbreitete und gebilligte Nutzung von Anwaltsbriefpapier gegenüber Kunden des Unternehmens.

Zur Verwendung des Titels „Rechtsanwalt“ durch einen Syndikusanwalt im geschäftlichen Verkehr für seinen Arbeitgeber hat das *OLG Nürnberg* in einem Urteil vom 08.06.1993¹⁷³ ausgeführt, dass mit Blick auf den hiermit verbundenen Werbeeffect kein wettbewerbsrechtlicher Grund zur Untersagung liege.¹⁷⁴ Auch der Tatbestand der irreführenden Werbung i. S. d. § 3 UWG liege nicht vor: „Anhaltspunkte dafür, daß er [der Syndikusanwalt] darüber täuschen wollte, daß er bei seinem Schreiben nicht als Angestellter der Bekl. zu 2, sondern als selbstständiger Rechtsanwalt und somit als Organ der Rechtspflege tätig geworden sei, sind weder vorgetragen, noch erkennbar.“¹⁷⁵ Es ist daher anzumerken, dass das OLG Nürnberg keinen Grund zur Untersagung der Verwendung der Bezeichnung als Rechtsanwalt im geschäftlichen Verkehr gesehen hat. Zugleich geht das OLG aber, auf der Grundlage der Doppelberufstheorie, davon aus, dass damit gerade nicht ein Tätigwerden als Organ der Rechtspflege zum Ausdruck gebracht wird.

Als *Zwischenergebnis* lässt sich festhalten, dass der Anwaltsstatus der Syndici in ihrem ständigen Beschäftigungsverhältnis bezogen auf ihre innerhalb des Anstellungsverhältnisses geleistete juristische Arbeit umstritten ist. Die BRAO trifft mit § 46 BRAO zwar eine spezielle Berufsausübungsregel für den Syndikusanwalt. Auf eine eindeutige Einordnung der Syndikustätigkeit als anwaltliche oder nichtanwaltliche konnten sich aber die entgegengesetzten Meinungen in Literatur und Rechtsprechung bisher nicht einigen.

170 *Hartung/Römermann-BRAO/Hartung*, 4. Aufl. 2008, § 46 Rn. 21.

171 Vgl. *Roxin NJW* 1995, 17 [21].

172 *Prütting AnwBl* 2009, 402.

173 *OLG Nürnberg*, Urteil vom 08.06.1993 – 3 U 1075/93 = *NJW* 1994, 2301.

174 Vgl. *Feuerich/Weyland-BRAO/Böhnlein*, 8. Aufl. 2012, § 46 Rn. 13.

175 *NJW* 1994, 2301.

c) Die Argumentation aus § 5 Fachanwaltsordnung

Die Rechtsprechung befasst sich auch in *zahlreichen weiteren Konstellationen des Berufsrechts* mit der Stellung des Syndikusanwalts. Die Frage nach dem Charakter seiner Tätigkeit für seinen Arbeitgeber stellt sich z. B. bei der Prüfung der Anerkennung von als Syndikus bearbeiteten Fällen als Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen im Sinne von § 5 Fachanwaltsordnung (FAO). Sie stellt sich auch hinsichtlich der Berücksichtigung der Syndikustätigkeit bei der Bewerbung für das Amt des (Anwalts-)Notars, ebenso bei der Berücksichtigung von Syndikusfällen beim Nachweis effektiver und regelmäßiger Tätigkeit im Sinne von § 11 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie bei der umstrittenen Befreiung angestellter Anwälte eines nichtanwaltlichen Arbeitgebers von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung.¹⁷⁶

Wegen der möglichen Argumentation auch im Hinblick auf die Vergleichssituation soll im Folgenden kurz auch *die Entwicklung der Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Syndikustätigkeit nach § 5 FAO* dargestellt werden.

Der Anwaltssenat des BGH hatte zunächst in einem Beschluss vom 13.03.2000¹⁷⁷ – AnwZ (B) 25/99 – die Auffassung vertreten, dass die Bearbeitung von Fällen als Syndikus auch dann zum Nachweis der praktischen Erfahrung nicht ausreiche, wenn der Syndikus „im Zweitberuf Rechtsanwalt“ sei. Denn die Tätigkeit des Syndikus sei „keine anwaltliche“. Diese auf die Doppelberufstheorie gestützte Entscheidung des BGH ist auf teilweise deutliche Kritik gestoßen.¹⁷⁸

Mit Beschluss vom 18.06.2001 begann der BGH eine Kursänderung.¹⁷⁹ Der Anwaltssenat räumte ein, dass der Syndikus zumindest in bestimmten Einzelfällen auch für seinen Arbeitgeber weitgehend weisungsfrei tätig sein könne. Unter Umständen könne diese Tätigkeit auch nach der Fachanwaltsordnung zu berücksichtigen sein. Diese „*Kehrtwende*“ wurde in Teilen der Literatur begrüßt.¹⁸⁰

176 Für einen ausführlichen Überblick über diese Fragen und die dazugehörige Diskussion in Rechtsprechung Literatur siehe *Offermann-Burckart* AnwBI 2012, 778 [782ff.]; vgl. auch *Kury* BRAK-Mitt. 2013, 2.

177 NJW 2000, 1645.

178 Etwa *Prütting* AnwBI 2001, 313; *Kleine-Cosack, M.*, Zum Anspruch des Syndikusanwalts auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung, in: *EWIR* 2000, 859.

179 BGH, Beschluss vom 18.06.2001 – AnwZ (B) = NJW 2001, 3130.

180 Etwa *Posegga, V.*, Zur Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung durch einen Syndikusanwalt, in: *EWIR* 2001, 1137; vgl. auch *Filges, A. C.*, Der Syndikus als Fachanwalt, in: *NZA* 2013, 257 [258].

Eine weniger kategorische Einordnung der Syndikustätigkeit nimmt auch der Beschluss des BGH vom 13.01.2003¹⁸¹ – AnwZ (B) 25/02 – vor. Für die Frage, ob die von einem Rechtsanwalt in seiner Syndikustätigkeit bearbeiteten Fälle im Rahmen des § 5 FAO zu berücksichtigen sind, komme es nicht entscheidend auf die dienst- oder arbeitsvertragliche Grundlage der Syndikustätigkeit an. Maßgebend sei vielmehr, „*ob und inwieweit hinsichtlich der betreffenden Fälle nach den konkreten Umständen eine selbstständige, das heißt eigenständige und von fachlichen Weisungen freie Bearbeitung durch den Syndikus gewährleistet war*“.¹⁸² Die arbeitsvertragliche Bindung eines Syndikusanwalts an seinen Auftraggeber stehe einer in fachlicher Hinsicht weisungsfreien Tätigkeit des Syndikus nicht von vornherein entgegen: „*Eine fachliche Unabhängigkeit mag zwar für einen Syndikusanwalt nicht typisch sein, kann aber im Einzelfall durchaus bestehen*“.¹⁸³

Die Prüfung der Anrechenbarkeit nach § 5 FAO sei daher stets anhand der *Umstände des Einzelfalls* vorzunehmen. Eine auf sachlichen Weisungen beruhende Abhängigkeit könne nicht allein aus den der Syndikustätigkeit zu Grunde liegenden Organisationsstrukturen hergeleitet werden, „*wenn nach der Fallgestaltung offenbar ist, dass eine solche fachliche Abhängigkeit jedenfalls in bestimmten Tätigkeitsbereichen nicht besteht*“.¹⁸⁴

Eine weitere Entwicklungsstufe¹⁸⁵ der berufsrechtlichen Rechtsprechung stellt der Beschluss des BGH vom 06.03.2006 – AnwZ (B) 37/05 – dar.¹⁸⁶ Wiederum geht es um den Nachweis besonderer praktischer Erfahrung i. S. d. § 5 FAO. Hier hatte der betroffene Rechtsanwalt alle seine vorgelegten Fälle als Angestellter einer Steuerberatungsgesellschaft bearbeitet. Der BGH stellt zunächst fest, dass auch der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege Anstellungsverträge mit anderen Rechtsanwälten, mit Rechtsanwaltsgeellschaften, auch mit Steuerberatern oder Steuerberatungsgesellschaften eingehen kann. Entscheidend sei dabei der Anstellungsvertrag: „*Der Anstellungsvertrag muss die Unabhängigkeit des angestellten Rechtsanwalts sicherstellen (Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 1 BRAO Rdnr. 22)*“.¹⁸⁷

181 NJW 2003, 883; vgl. BGH, Beschluss vom 18.04.2005 – AnwZ (B) 31/04 = NJW 2005, 1943.

182 NJW 2003, 883 [884].

183 AaO.

184 AaO.

185 Vgl. Prütting AnwBl 2009, 402 [404].

186 NJW 2006, 1516.

187 AaO, S. 1516f.

Der Senat entschied hier, dass der Antragsteller in seiner Funktion als Syndikusanwalt seine Mandate im Ergebnis hinreichend „*fachlich unabhängig und selbstständig*“ bearbeitet habe. Damit nähert sich der BGH den Literaturstimmen an, welche die Tätigkeit der Syndikusanwälte dann als anwaltliche Tätigkeit gelten lassen, wenn sie in concreto ihre Fälle auch innerhalb des Anstellungsverhältnisses weisungsfrei und somit unabhängig bearbeiten können. Ob an der früheren Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Fälle festgehalten werden sollte, lässt der Senat ausdrücklich offen: „*Es kann auch offen bleiben, ob an dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die in Rechtsprechung (AnwGH Frankfurt a. M., NJW 2000, 1659 [1660]) und Schrifttum (Kleine-Cosack, EWiR 2000, 859 [860]; Hartung, MDR 2000, 671; Prütting, AnwBl 2001, 313 [315]; Koch, in: Festschrift Hans-Jürgen Rabe, S. 77 [86]; Redeker, NJW 2004, 889 [890]; Biermann, AnwBl 1994, 562 [564]) geäußerten Bedenken festzuhalten ist.*“¹⁸⁸

Hanns Prütting sieht in dieser Entwicklung eine „relativ deutliche“ Tendenz zur Gleichstellung des Syndikusanwalts:¹⁸⁹ „*Die Rechtsprechung des BGH hat in den vergangenen acht Jahren in ganz vorsichtigen Teilschritten den Syndikus dem selbständigen Rechtsanwalt gleichgestellt und seine Anwaltseigenschaft auch bei Tätigkeit für den Arbeitgeber anerkannt, ohne sich die dem zu Grunde liegenden rechtlichen Voraussetzungen (nämlich die Ablehnung der Doppelberufstheorie und die Anerkennung des Syndikus als Rechtsanwalt in allen Berufsfragen) ausdrücklich zu eigen zu machen.*“¹⁹⁰

Eine eindeutige Anerkennung der Tätigkeit des Syndikusanwalts in seinem Beschäftigungsverhältnis als anwaltliche Tätigkeit hat der BGH jedoch auch in Folgeentscheidungen noch nicht vollzogen. In einem Beschluss vom 04.11.2009 wird wiederum der Grundsatz betont, wonach die Tätigkeit innerhalb des festen Beschäftigungsverhältnisses eine nichtanwaltliche sei.¹⁹¹ In die gleiche Richtung weist auch der Beschluss des BGH vom 07.02.2011¹⁹² –

188 BGH, aaO, S. 1517.

189 Prütting AnwBl 2009, 402 [404] weist noch auf die weiteren Entscheidungen des BGH vom 15.05.2006 und vom 08.10.2007 hin (BGH, NJW 2006, 2488; BGH, NJW 2008, 517), welche die Zulassungsvoraussetzungen nach § 7 Nr. 8 BRAO betreffen, und führt aus: „*In beiden Entscheidungen wird die Tätigkeit als Versicherungs-, Finanzdienstleistungs- oder Immobilienmakler von der anwaltlichen Tätigkeit abgegrenzt und betont, dass die Tätigkeit des Syndikus im Geschäftsbereich der Rechtsabteilung dem Berufsbild des Rechtsanwalts und seiner Stellung als unabhängiges Organ entspreche und dazu im Gegensatz der Angestellte stehe, der im Geschäftsbereich Vermögensberatung seine Aufgaben wahrzunehmen habe.*“

190 Prütting AnwBl 2009, 402 [404].

191 BGH, Beschluss vom 04.11.2009 – AnwZ (B) 16/09 = NJW 2010, 377 [379].

192 = NJW 2011, 1517.

AnwZ (B) 20/10, in dem die Anerkennung der Tätigkeit als Syndikus als Tätigkeit als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 EuRAG i. V. m. § 2 Abs. 1 EuRAG abgelehnt wird.

Volker Römermann kritisiert die zitierten Entscheidungen als inkonsequent: „Auch die ‚Weisungsfreiheit‘ lehnt der BGH ab. Bei angestellten Rechtsanwälten wird auf die Einhaltung dieser Voraussetzung allgemein verzichtet, wenn Arbeitgeber wiederum ein Anwalt ist. Nimmt hingegen ein Unternehmen die Arbeitgeberrolle ein, so soll die Anerkennung von Fällen plötzlich an der Weisungsunterworfenheit scheitern. Das ist paradox, zumal Syndikusanwälte sich in der Praxis mangels eines fachlich versierten Vorgesetzten oftmals einer größeren inhaltlich-juristischen Freiheit erfreuen als Angestellte eines Rechtsanwalts. Auch wenn damit Fälle, die im Anstellungsverhältnis zu einem Unternehmen bearbeitet wurden, eigentlich komplett aus der Zählung herausfallen müssten, bleibt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung bei seinem seit einigen Jahren bekannten ‚Schlingerkurs‘“¹⁹³.

In Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH ist in der Satzungsversammlung der BRAK eine Änderung des § 5 FAO diskutiert worden, welche auf das Merkmal einer „weisungsfreien“ Fallbearbeitung als Voraussetzung für die Anrechnung als praktische Erfahrungen als Grundlage für den Fachanwaltstitel verzichtet. Die nicht abgeschlossene Diskussion hierzu ist jedoch mit Blick auf die insgesamt schwierige Grundsatzdiskussion zur Statusfrage des Syndikusanwalts zunächst zurückgestellt worden.¹⁹⁴

d) Folgerungen für den Anwaltsbegriff der BRAO:

Die Folgerungen für den Anwaltsbegriff der BRAO als Grundlage für die Frage der Anwendung des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den Syndikusanwalt sind ebenso ambivalent wie die methodisch mehrschichtige Rechtsprechung. Einerseits hält der BGH in seiner berufsrechtlichen Rechtsprechung weiterhin an der Doppelberufstheorie fest. Andererseits verschließt er auch aus gegebenem Anlass nicht die Augen davor, dass in der Praxis durchaus Kon-

193 Römermann, V., Anm. zu BGH, Beschl. v. 04.11.2009 – AnwZ (B) 16/09, in: NJW 2010, 380; Kritik auch bei Offermann-Burckart AnwBl 2012, 778 [782]; Prütting, H., Die Ausgrenzung des Syndikus – ein Schritt in die falsche Richtung. Widerspruch zwischen BGH und BFH fordert den Gesetzgeber – Vorschlag für neuen § 46 BRAO, in: AnwBl 2013, 78 [81f.] sieht auch in einer Entscheidung des BGH vom 07.02.2011 einen „schweren Rückschlag“. Die Entscheidung, in der der BGH ohne Einschränkungen auf die Doppelberufstheorie abstellt, betrifft die Voraussetzungen der Zulassung eines ausländischen Syndikus zur Rechtsanwaltschaft in Deutschland gemäß § 11 EuRAG.

194 Siehe die Darstellung der Diskussion bei Filges NZA 2013, 257 [258f.].

stellationen vorkommen, in denen eine weisungsfreie Bearbeitung von Fällen gesichert ist, sodass auch die Anforderungen des § 5 FAO erfüllt sind. Damit ist der BGH insbesondere in der Entscheidung vom 13.01.2003 auf dem Weg zu der richtigen Erkenntnis, dass die strenge Anwendung der Doppelberufstheorie realitätsfern wäre, wenn man nicht wenigstens die konkreten Umstände des Einzelfalls mit in Betracht zieht. Der BGH sollte sich dann aber auch zu dem Grundsatz durchringen, dass die Frage, inwiefern ein Syndikusanwalt im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses unabhängig tätig ist, generell eine Frage des Einzelfalls ist. Die arbeitsvertragliche Bindung muss bei entsprechender Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und angestelltem Rechtsanwalt gerade nicht einer fachlich weisungsfreien Tätigkeit des Syndikusanwalts entgegenstehen.

e) Arbeitsrechtliches Direktionsrecht und anwaltliche Unabhängigkeit

Nach der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur liegt die entscheidende Gefährdung der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts in seiner (als generell gegeben unterstellten) Bindung an das Direktionsrecht seines Arbeitgebers. Das Hineinwirken dieser Weisungsgebundenheit bei einer forensischen Tätigkeit zu verhindern, ist gerade der Zweck des in § 46 BRAO aufgestellten Vertretungsverbots.¹⁹⁵

An den die anwaltliche Unabhängigkeit ausgestaltenden Vorschriften der §§ 1 bis 3, 43 a Abs. 1 BRAO sowie des § 1 BORA fällt auf, dass diese Vorschriften letztlich offen lassen, an welche Art von Abhängigkeit die Vorsilbe „Un-“ anknüpft, um Einflüsse oder gar Weisungen von wem oder was zu vermeiden. Gewiss ließe sich als puristische Erklärung vertreten, dass es zum Wesen des Rechtsanwaltsberufs gehört, von jeglicher Abhängigkeit frei zu sein: Vom Staat, den Gerichten, den Strafverfolgungsbehörden, den Mandanten, von finanziellen Sorgen, von politischen, weltanschaulichen, religiösen, parteipolitischen Interessen. Dann bliebe nur noch – wie es etwa Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG für die Bundestagsabgeordneten regelt – das Postulat, sich als „Vertreter des ganzen Volkes (zu verstehen), an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“ zu sein. Oder wie der Richter, der nach Art. 97 Abs. 1 GG „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“ zu sein hat. Beides kann aber nicht gemeint sein. Denn da der Rechtsanwalt weder als „Vertreter

195 Feuerich/Weyland-BRAO/Böhllein, 8. Aufl. 2012, § 46 Rn. 11 ff.

des ganzen Volkes“ bestellt ist, noch zur Unabhängigkeit auch im Sinne der Unparteilichkeit und Neutralität (wie der Richter) auch nur berechtigt wäre, muss es ein Maß an Interessenorientierung und geschäftlicher Angewiesenheit auf das Vertrauen und Wohlwollen der jeweils vertretenen Klientel geben, die der Gesetzgeber bei der Verwendung des Begriffs „Rechtsanwalt“ nicht nur toleriert, sondern sogar per definitionem voraussetzt.

Damit sollte auch klar sein, dass die anwaltliche Unabhängigkeit durchaus relativ und nicht einmal in allen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gleichmäßig und gleichbedeutend verwendet sein kann. Am deutlichsten wird dies bei § 1 BRAO, wo die berühmte Formel vom „Organ der Rechtspflege“ in einem Atemzug mit der Betonung der Unabhängigkeit ausgesprochen wird, was dafür spricht, dass in diesem Zusammenhang die Unabhängigkeit von den staatlichen, namentlich den Justizinstitutionen gemeint ist. Dagegen dienen z. B. die Regeln, wonach ein Rechtsanwalt seine Zulassung disziplinarisch entzogen bekommen kann, wenn er in Vermögensverfall gerät (§ 14 BRAO), der Sicherung einer finanziellen Unabhängigkeit. Das sogar strafbewehrte Gebot der Parteilichkeit und einseitigen Interessenvertretung (§ 356 StGB) soll eine Abhängigkeit von Personen vermeiden, die auf der Gegenseite streiten. Die Unabhängigkeit vom Mandanten ist im Berufsrecht nur mittelbar geregelt, indem § 43 a Abs. 1 BRAO jedem Anwalt verbietet, „*Bindungen einzugehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden*“. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wie sehr der Rechtsanwalt Weisungen der Mandanten zu befolgen hat, solange sie auf rechtlich zulässige Gestaltungen, Prozessvorbringen, Beweisanträge u. ä. gerichtet sind. Für den Anwalt in der Rolle des Strafverteidigers ist das mit einem breiten Meinungsspektrum zwischen vollständiger Weisungsgebundenheit und vollständiger Freiheit vertreten. Bei der Frage, ob ein Rechtsmittel eingelegt, durchgeführt oder wieder zurückgenommen wird, bindet die StPO den Verteidiger soweit, dass sogar eine ohne oder gegen den Willen des Mandanten abgegebene Prozessklärung als ungültig zu werten ist (§§ 297, 302 Abs. 2 StPO). Im Zivilprozess, wo teilweise Anwaltszwang besteht, verträgt sich die ganz allgemein aus dem Geschäftsbesorgungsvertragsverhältnis nach §§ 675, 665 BGB bestehende Weisungsgebundenheit ebenfalls mit § 43 a BRAO. Darüber hinaus gilt für außerforensische Beratungsverhältnisse der Grundsatz, dass der Mandant jeweils selbst entscheidet, inwieweit er der rechtlichen Beratung durch seinen Anwalt folgt und letztlich die Entscheidungen selbst zu treffen hat, die dieser auch – bei rechtlicher Vertretbarkeit – mittragen darf.

Daraus folgt, dass die internen Beratungs-, Vertretungs- oder Verteidigungsverhältnisse, jedenfalls losgelöst von der Frage nach einer Entscheidungsdominanz im Einzelnen, nicht zu jenen Bindungen gehören, die die „berufliche Unabhängigkeit“ des Anwalts gefährden und daher dem Verbot des § 43 a BRAO unterliegen können. Dasselbe muss auch für sog. Dauermandate gelten, sodass der Gesetzgeber bisher geglaubt hat, nur noch den Sonderfall regeln zu müssen, dass das „Dauermandatsverhältnis“ in die Form einer dienstvertraglichen Anstellung gekleidet ist. Diese Regelung ist in § 46 BRAO dahingehend getroffen, dass eine forensische Vertretung des Dienstherrn (Dauermandanten?) wegen der (nur) insoweit zu befürchtenden Beeinträchtigung des freien advokatorischen Prozesshandlungsspielraums verboten sein soll.

Wie diese Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts zu gewichten ist, und ob sie der Anerkennung seiner Tätigkeit als anwaltliche entgegensteht, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Dabei steht zum einen der Vergleich der Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts mit den Bindungen eines frei tätigen Rechtsanwalts im Vordergrund. Zum anderen wird gefragt, ob und inwiefern das Direktionsrecht zu einer Gefährdung der anwaltlichen Berufspflichten führt.

In der Literatur ist auf die Vergleichbarkeit des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts des Arbeitgebers des Syndikusanwalts mit dem *Anspruch des Mandanten des freien Rechtsanwalts aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag*, seinem Anwalt nach §§ 675, 665 BGB Weisungen zu erteilen, hingewiesen worden.¹⁹⁶ So entstünden auch für den freien Rechtsanwalt – „insbesondere bei einflussreichen und zahlungskräftigen Mandanten“ – Zwänge, die seine Unabhängigkeit in Frage stellen könnten.¹⁹⁷ In der Praxis freier Rechtsanwälte kommt es immer wieder vor, dass sie einer Anregung des Gerichts, „aus praktischen und wirtschaftlichen Erwägungen“ von der Fortsetzung des Rechtsstreits abzusehen, allein unter Hinweis auf eine entgegenstehende Weisung ihres Mandanten nicht folgen.¹⁹⁸ Ebenso hat der Rechtsanwalt, der im Wege der Prozesskostenhilfe oder als Pflichtverteidiger beigeordnet worden ist, im Regelfall nicht einmal die Möglichkeit, das Mandat wegen Unbelehrbarkeit des Mandanten niederzulegen bzw. vom Vorsitzenden des Strafgerichts entpflichtet zu

196 Prütting AnwBl 2013, 78 [83]; Offermann-Burckart AnwBl 2012, 778 [781]; Lewens, Rechtsstellung, 2011, S. 41; Prütting AnwBl 2009, 402 [403]; Prütting AnwBl 2001, 313 [317].

197 Hartung, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 46 BRAO Rn. 9.

198 Offermann-Burckart AnwBl 2012, 778 [781].

werden.¹⁹⁹ Es wird außerdem darauf verwiesen, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers des Syndikusanwalts durch einzelvertragliche Regelung in erheblichem Umfang eingeschränkt werden könne.²⁰⁰ Die bereits gängigen Arbeitsverträge von Syndikusanwälten böten hierfür zahlreiche Beispiele. Im Ergebnis sei daher alleine aus der unterschiedlichen Rechtsnatur von Arbeitsvertrag und anwaltlichem Geschäftsbesorgungsvertrag noch nicht auf eine durchschlagende Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts zu schließen.²⁰¹ Ebenso wenig aussagekräftig sei die Kündigungsmöglichkeit des nicht-anwaltlichen Arbeitgebers.²⁰² Die Behauptung der Abhängigkeit des Syndikusanwalts von seinem Dienstherrn sei axiomatischer Natur und halte einer eingehenden Prüfung nicht stand.²⁰³

Der oben bereits zitierte Beschluss des LG Berlin vom 30.11.2005²⁰⁴ – 505 Qs 185 – lehnt es ausdrücklich ab, die Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts als entscheidendes Kriterium für die Prüfung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO anzuwenden. Die Frage der Weisungsgebundenheit führe weder als pauschaler Ausschlussgrund noch als maßgebliches Kriterium für die Prüfung im Einzelfall zu sachgerechten Ergebnissen: *„Dieses Kriterium ist zwar von der Herleitung her plausibel, jedoch unpraktisch. Denn es ist im Einzelfall kaum feststellbar, wie die tatsächlichen Strukturen in einem Unternehmen sind und wie stark oder wie wenig die Unternehmensleitung einem Mitglied der Rechtsabteilung bei der Bearbeitung einer einzelnen bestimmten Angelegenheit hineinregiert. Freiheit und Gebundenheit sind keine Folge des mehr oder weniger engmaschigen Dienstvertrages, sie sind vielmehr Ausfluss von Haltung, Gesinnung und Charakterstärke. An diesen Eigenschaften kann es sowohl bei einem Syndikusanwalt als auch bei einem Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei und einzelnen Mandaten (Nicht-Syndikusanwalt) mangeln (vgl. bereits Heins, Der neue Entwurf zur Bundes-Rechtsanwalts-Ordnung, NJW 1958, 201, 203).“*²⁰⁵

-
- 199 Zu den hohen und meist übertriebenen Anforderungen an eine Entpflichtung wegen gestörten Vertrauensverhältnisses vgl. SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2011, § 143 Rn. 16, Seier, J., Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung, in: FS Hirsch 1999, S. 977 ff. [992] und auch schon Hamm, R., Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß, in: NJW 1993, 289 ff. [294]; dagegen für die h.M. („substantiierte Darlegung der Gründe“) Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, § 143 Rn. 5.
- 200 Offermann-Burckart AnwBl 2012, 778 [781].
- 201 Prütting AnwBl 2001, 313 [317]; Bissel, C., Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, Bonn 1996, S. 120f.
- 202 Lewens, Rechtsstellung, 2011, S. 41f.
- 203 Bissel, Rechtsstellung, 1996, S. 120.
- 204 NStZ 2006, 470.
- 205 AaO, S. 471.

Entsprechende Vergleiche zwischen Syndikusanwalt und dem bei einem anwaltlichen Arbeitgeber angestellten Rechtsanwalt kehren in der Literatur an vielen Stellen wieder.²⁰⁶ Auch der in einer Anwaltskanzlei angestellte Rechtsanwalt befinde sich in der Rechtswirklichkeit oftmals persönlich, wirtschaftlich und beruflich „in großer Nähe zur Abhängigkeit“. Hartung zufolge werde anwaltliche Unabhängigkeit nur durch die „hohe Qualität anwaltlicher Dienstleistungen“ gewährleistet: „Aus diesen Gründen ist es angezeigt, den Status des Syndikusanwalts neben dem freien Rechtsanwalt als weitere Möglichkeit anwaltlicher Berufsausübung anzuerkennen.“²⁰⁷

Peter Hamacher hält die „Strukturen, Weisungswege und Beendigungsmodalitäten“ bei niedergelassenem und beim Syndikusanwalt sogar für „nahezu ununterscheidbar“.²⁰⁸ Die Vertreter dieser Ansicht heben hervor, dass der Syndikusanwalt bei der rechtsberatenden Tätigkeit für seinen Arbeitgeber an die *berufsrechtlichen Pflichten* eines Rechtsanwalts gebunden sei, was unter Berufungsrechtlern²⁰⁹ und auch in der berufsrechtlichen Rechtsprechung²¹⁰ weitgehend anerkannt sei. Der Syndikusanwalt müsse daher auch bei seiner Tätigkeit im Unternehmen entsprechend § 43 a BRAO die Verschwiegenheitspflicht und das Sachlichkeitsgebot wahren, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen beachten und seine Rechtsberatung dem Gesetz verpflichtet betreiben.

Die Einbindung des Syndikusanwalts in die anwaltliche Berufsgemeinschaft und deren Berufsregeln stelle daher einen *normativen Bezugsrahmen* dar, „der die ökonomisch orientierten Interessenvertretungen des Unternehmens eingrenzt; der Syndikusanwalt unterliegt daher außerökonomischen normativen Verpflichtungen und leitet hieraus seine Funktion als ‚rechtliches Gewissen‘ des Unternehmens ab.“²¹¹

206 Etwa Hartung, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 46 BRAO Rn. 10.

207 Hartung aaO Rn. 11.

208 Hamacher AnwBl 2011, 42 [44].

209 Es lässt sich etwa verweisen auf: Prütting AnwBl 2013, 78 [82]; Prütting AnwBl 2009, 402 [403]; Hommerich, C., Professionals in Organisations – oder: Vom Sinn des Syndikus, in: AnwBl 2009, 406 [407]; Prütting AnwBl 2001, 313 [317]; Bissel, Rechtsstellung, 1996, S. 122ff.; Hommerich/Prütting, Berufsbild, 1998, S. 46; Neumann, J., Die Rechtsabteilung im Unternehmen – Funktion und Organisation, in: AnwBl 1991, 631; Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Lewens, Rechtsstellung, 2010, S. 43 und Merk, H., Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, in: NJW 2014, 2310 [2312].

210 Etwa AGH Bremen, Beschluss vom 11.10.2001 – 1 AGH 6/00 = AnwBl 2002, 298.

211 Kremer, T./Voet van Vormizeele, P., Neues Rollenverständnis für Syndikusanwälte und das Anwaltsprivileg, in: AG 2011, 245 [246].

Zwar unterliege der Syndikusanwalt bei der Wahrung dieser Pflichten in seinem Unternehmen besonderen Gefährdungen. Es sei aber vor allem eine *„Frage der persönlichen, also der inneren Unabhängigkeit des Anwalts, ob und inwieweit er solchen Gefährdungen standhält.“*²¹² Die Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts zeige sich im Innenverhältnis zu seinem Mandanten, wenn er vor Risiken und eventueller Aussichtslosigkeit einer Verfahrensführung warnt: *„Will man im Ernst behaupten, dass es solche Warnungen im Innenverhältnis vom Syndikus der Rechtsabteilung nicht gibt?“*²¹³

Solche Rollenkonflikte seien zudem nicht nur für Syndikusanwälte berufstypisch, sondern bestünden etwa auch bei Ärzten in Krankenhausorganisationen.²¹⁴ Weisungen seines Arbeitgebers, welche ihn zu einem Verstoß gegen seine Berufspflichten zwingen, brauche der Syndikusanwalt nicht zu befolgen.²¹⁵ Das Direktionsrecht aus § 106 GewO, wonach dieses *„nach billigem Ermessen“* auszuüben ist, finde diesbezüglich seine Grenzen in den §§ 134, 138 BGB.²¹⁶

Hanno Merkt geht, vor dem Hintergrund eines allgemeinen Wandels des Berufsbildes (s. u.), sogar so weit, Unabhängigkeit und Freiheit von fachlichen Weisungen im Hinblick auf die anwaltliche Beratung als *„immanente Bestandteile der Rolle und der Stellung des Syndikusanwalts“* zu postulieren.²¹⁷ Dementsprechend sei es für die Beurteilung der anwaltlichen Unabhängigkeit auch unerheblich, ob ein Rechtsanwalt in einem *Anstellungsverhältnis zu einem anwaltlichen oder einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber* steht: *„Vielmehr ist jede Weisung, auch diejenige eines anwaltlichen Arbeitgebers, die sich auf die inhaltliche Mandatsbearbeitung im Sinne der fachlichen Tätigkeit bezieht, als unzulässig anzusehen.“*²¹⁸

Von Teilen der Literatur wird der *Vorrang der Berufspflichten gegenüber dem Weisungsrecht* des Arbeitgebers als weniger eindeutig beurteilt, oder es wird bestritten, dass dieser zur Sicherung der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts ausreicht. *Posegga* zufolge hat der Syndikusanwalt kein Recht, ent-

212 Prütting AnwBl 2013, 78 [82].

213 Prütting aaO, S. 83.

214 Kremer/Voet van Vormizeele AG 2011, 245 [246].

215 AGH Bremen, Beschluss vom 11.10.2001 – 1 AGH 6/00 = AnwBl 2002, 298; Kremer/Voet van Vormizeele AG 2011, 245 [247]; Lewens, Rechtsstellung, 2010, S. 43; Hartung, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 46 BRAO Rn. 9.

216 Vgl. Lewens, Rechtsstellung, 2011, S. 42.

217 Merkt NJW 2014, 2310 [2312]; Vgl. Kremer/Voet van Vormizeele AG 2011, 245 [247].

218 Lewens, Rechtsstellung, 2011, S. 43 m. w. N.; Vgl. Kleine-Cosack, M., Vom Syndikusanwalt zum Unternehmensjuristen – dient das der Anwaltschaft?, in: AnwBl 2012, 947 [953].

gegen einer ausdrücklichen Weisung seines Arbeitgebers zu handeln.²¹⁹ Um eine Pflicht des Syndikusanwalts, berufsrechtswidrigen Weisungen Folge zu leisten, auszuschließen, sei aber eine Festlegung im Arbeitsvertrag, die dem Syndikusanwalt die Wahrung der anwaltlichen Berufsrechte und -pflichten ermöglicht, ausreichend. *Reinhard Singer* betont auf der Grundlage der Doppelberufstheorie die Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit bei einer erwerbswirtschaftlich geprägten Tätigkeit im Zweitberuf.²²⁰ Die abhängige Stellung des Syndikusanwalts gegenüber seinem berufsfremden Arbeitgeber rechtfertige es daher auch, so *Singer*, ihm berufliche Privilegien wie das Zeugnisverweigerungsrecht vorzuenthalten. Die Vergleiche der Bindungen, denen Syndikusanwälte und niedergelassene Rechtsanwälte unterliegen, seien kaum nachvollziehbar: „Selbst wenn der Syndikus – wie im niederländischen Recht – ausdrücklich von den Weisungen seines Arbeitgebers freigestellt ist und compliance-Programme zur Förderung gesetzestreuem Verhaltens der Mitarbeiter im Unternehmen installiert wurden, ist noch lange nicht gesichert, dass diese Verpflichtungen in der Realität auch eingehalten werden“²²¹.

Otmar Kury zufolge, der hier die Auffassung des BRAO-Ausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer wiedergibt, ist die Nichtbefolgung rechtswidriger Anweisungen eine Selbstverständlichkeit.²²² Als solche berühre sie aber nicht den Charakter des Arbeitsvertrags des Syndikusanwalts und könne auch nicht zur Unbeachtlichkeit der Unterschiede zwischen Arbeits- und Mandatsvertragsverhältnis führen. Dementsprechend werde durch den BRAO-Ausschuss die Vergleichbarkeit der Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts mit den Bindungen frei tätiger Rechtsanwälte grundsätzlich verneint. *Otmar Kury* betont, der Ausschuss teile die Ansicht von der Vergleichbarkeit „nicht einmal im Ansatz“.²²³ Die beiden Vertragsverhältnisse unterschieden sich, so der Bericht bei *Kury*, „in nahezu allen Einzelheiten“.

Auch hier sind als *Zwischenergebnis* zunächst die auseinandergehenden Literaturstimmen festzuhalten, aber auch die Einsicht, dass die aus seiner arbeitsvertraglichen Bindung folgende Weisungsgebundenheit des Syndikusanwalts kein zwingender Grund ist, die im Rahmen des Dienstverhältnisses

219 *Posegga, V.*, Der Syndikusanwalt und die Voraussetzungen für den Erwerb der Fachanwaltsbezeichnung, in: MDR 2003, 609 [613].

220 *Singer* BRAK-Mitt. 2012, 145 [150]; vgl. zuletzt *Singer, R.*, Unternehmensjuristen und ihre Rente, in: BRAK-Mitt. 2014, 282.

221 *Singer, R.*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.09.2010 – C-550/07 P, in: DStR 2010, 2270 [2271].

222 *Kury* BRAK-Mitt. 2013, 2 [3].

223 *Kury* aaO.

für den Arbeitgeber geleistete rechtsberatende und z. B. vertragsgestaltende Tätigkeit generell als nichtanwaltliche Arbeit anzusehen. Insbesondere ist die Argumentation des LG Berlin in seinem Beschluss vom 30.11.2005 (s. o.) nicht von der Hand zu weisen, wonach die inhaltliche Freiheit von sowie die Gebundenheit an Weisungen des Dienstherrn eine Frage der konkreten Umstände des Einzelfalls ist.²²⁴ Zudem unterliegt der Syndikusanwalt nach allgemeiner Ansicht auch bei seiner Tätigkeit im ständigen Beschäftigungsverhältnis seinen berufsrechtlichen Pflichten als Anwalt. Das gilt namentlich dann, wenn er vom Arbeitgeber gezielt im Hinblick auf seinen Anwaltsberuf und wegen der damit verbundenen erhöhten Autorität seiner im Unternehmen zur Geltung gebrachten Rechtsmeinungen angestellt wurde und ihm die Freiheit belassen wird, seine Entscheidungen auch gegen das Votum der „Vorgesetzten“ zu treffen und sogar Aufträge im Falle der erkannten rechtlichen Unvertretbarkeit abzulehnen. Durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses kann also die Vereinbarkeit von Berufsrecht und arbeitsrechtlichem Direktionsrecht hinreichend sichergestellt werden. Die berufsrechtlichen Pflichten des Syndikusanwalts und die damit einhergehende Aufsicht und disziplinarische Überwachung durch die RAKammern und Berufsgerichte stellen zugleich die aus verfassungsrechtlicher Sicht maßgebliche Sicherung gegen einen unangemessenen Gebrauch von Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrechten dar.²²⁵

2. Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO – Normzweck des Vertrauensschutzes

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass dem Berufsrecht keine eindeutige und im Einzelfall sachgerechte Einordnung der Tätigkeit des Syndikusanwalts für seinen Arbeitgeber als anwaltliche oder nichtanwaltliche Tätigkeit im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO entnommen werden kann. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit des Syndikusanwalts für seinen Arbeitgeber in den Schutzbereich des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO einbezogen ist, muss daher in erster Linie anhand des Normzwecks des § 53 Abs. 1 StPO bestimmt werden.²²⁶

224 Im Ergebnis auch so *Mann*, DB 2011, 978 [981]; vgl. auch *Redeker* NJW 2004, 889 [890]; *Posegga* MDR 2003, 609 [611].

225 BVerfG, Beschluss vom 19.07.1972 – 2 BvL 7/71 = NJW 1972, 2214 [2216].

226 So im Ergebnis auch *Lewens*, Rechtsstellung, 2010, S. 120ff.; *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 26; *Roxin* NJW 1992, 1129 [1132]; *Hassmer* wistra 1986, 1 [12]; jeweils m. w. N.

a) Der Schutz des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses

Den in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannten Berufen ist gemeinsam, dass ihre Ausübung sich typischerweise als individuelle Beratung in persönlichen, rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten oder aber als unmittelbarer Dienst an der Gesundheit des Menschen kennzeichnen lässt. *„Solche Leistungen berühren – häufiger und stärker als andere Berufstätigkeiten – Bereiche, in denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen Beachtung verlangen. Sie sind daher in besonderer Maße davon abhängig, daß derjenige, der sie – als Klient oder Patient – in Anspruch nimmt, die Möglichkeit hat, sich seinem Gegenüber frei, offen und rückhaltslos anzuvertrauen, ohne befürchten zu müssen, daß Tatsachen oder Umstände, die der andere dadurch kraft seines Berufes erfährt, offenbart werden könnten.“*²²⁷

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO will in erster Linie dieses Vertrauen gegenüber der strafprozessualen Wahrheitserforschung und den diese ausführenden Organen der Strafrechtspflege schützen.²²⁸ Der Schutz des Vertrauensverhältnisses ermöglicht dabei erst eine effektive und sachgerechte Wahrnehmung der beruflichen Aufgaben der jeweiligen Berufsgeheimnisträger. Daher liegt die Funktionsfähigkeit des Vertrauensverhältnisses auch im öffentlichen Interesse.²²⁹ Zugleich soll auch der Berufsgeheimnisträger als Vertrauensperson aus der Zwangslage eines Pflichtenwiderstreits – Wahrung des Vertrauens und Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der Aufklärung von Straftaten – befreit werden.²³⁰

Die Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur konzipieren den Schutzzweck des § 53 StPO *institutionell und funktionsbezogen*.²³¹ Die Zeugnisverweigerungsrechte des § 53 Abs. 1 StPO zielten vor allem auf den Schutz bestimmter rechtlicher und sozialer Institutionen ab, die vom Gesetzgeber als für das soziale Zusammenleben erwünscht und notwendig angesehen werden.

227 BVerfG, Beschluss vom 15.01.1975 – 2 BvR 65/74 = NJW 1975, 588 [589].

228 BGH, Beschluss vom 18.02.2014 – StB 8/13 = NStZ-RR 2014, 149 [150]; KK-StPO/Senge, 7. Aufl. 2013, § 53 Rn. 1; Krause, D. M., Die Befugnis zur Entbindung von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht bei Mandatsverhältnissen juristischer Personen mit Wirtschaftsprüfern (§ 53 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 StPO), in: FS Dahs 2005, 349 [353f.], jeweils m. w. N.

229 BVerfG, Beschluss vom 15.01.1975 – 2 BvR 65/74 = NJW 1975, 588 [589]; vgl. Ignor, A., Der rechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Visier des Gesetzgebers, in: NJW 2007, 2403 zur doppelten verfassungsrechtlichen Fundierung des Vertrauensschutzes durch § 53 StPO in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG m. w. N.

230 BGHSt 9, 59 [61].

231 Etwa BGHSt 9, 59 [61]; OLG Schleswig, NJW 1981, 294; KK-StPO/Senge, § 53 Rn. 1; LR-StPO/Dahs, 25. Aufl. 1999, § 53 Rn. 1; jeweils m. w. N.

Zum Teil wird ein *individualbezogener Ansatz* bei der Bestimmung des Schutzzwecks des § 53 StPO vertreten.²³² § 53 StPO zielt in erster Linie auf den Schutz des sich dem Berufsgeheimnisträger anvertrauenden Mandanten vor der Offenbarung seiner Geheimnisse in der Öffentlichkeit. Die Kommunikation des Mandanten mit dem Berufsgeheimnisträger könne als Teil seiner Privatsphäre begriffen werden, da der Mandant bei der Inanspruchnahme von Hilfe und Rat durch den Berufsgeheimnisträger faktisch zur Offenlegung privater Geheimnisse gezwungen sei.

Auch das *Rangverhältnis der verschiedenen Schutzzwecke und -richtungen des § 53 Abs. 1 StPO* ist umstritten.²³³ Aufgrund der engen Verzahnung öffentlicher und privater Interessen dabei dürfte es nicht möglich oder sinnvoll sein, neben dem zentralen Schutz der vertraulichen Kommunikation zwischen Rat-suchendem und Berater unabhängig vom Einzelfall einzelne Zwecke aus-sondern und zu bewerten.²³⁴

Bei der Gewährung der Zeugnisverweigerungsrechte haben der Gesetzgeber sowie die Rechtsanwendungsorgane die durch das Rechtsstaatsprinzip und das darin enthaltene Gebot einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess gesetzten *Grenzen* zu beachten. Die strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte beschränken die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung eines Verdachts strafbarer Handlungen und beeinträchtigen daher möglicherweise die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung.

Die Einbeziehung der verschiedenen Berufsgruppen in den Schutz des § 53 StPO bedarf daher jeweils einer *berufsspezifischen Legitimation*. So steht etwa die Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf Angehörige wirtschafts- und steuerberatender Berufe deshalb mit dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang, weil die Angehörigen dieser Berufe *„nach ihrer Ausbildung, den für sie geltenden Berufsregelungen (WirtschaftsprüferO v. 24. 7. 1961, BGBl. I 1049 und Steuerberatungsg v. 16. 8. 1961, BGBl. I 1301), der durch Kammern wahrgenommenen Standesaufsicht und der disziplinarischen Überwachung durch Berufsgerichte eine gewisse Gewähr dafür bieten, daß sie von der ihnen eingeräumten Aussageverweigerungsbefugnis keinen unangemessenen*

232 SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 10 m. w. N.

233 Ausführlich dazu Huber-Lotterschmid, Verschwiegenheitspflichten, 2006, S. 35 ff.

234 Huber-Lotterschmid, aaO, S. 41 unter Verweis auf Rengier, R., Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, Grundlagen, Reformfragen und Stellungen im System der Beweisverbote und im Revisionsrecht, Paderborn/München/Wien u. a. 1979, S. 24 f.

*Gebrauch machen, sie insbesondere nur dann in Anspruch nehmen, wenn es die Wahrung ihres Berufsgeheimnisses unabdingbar erfordert und höherwertige Interessen des Gemeinwohls nicht entgegenstehen.*²³⁵

Die Anforderungen an die institutionelle Sicherung gegen einen Fehlgebrauch des Zeugnisverweigerungsrechts sowie der hiervon abhängigen Rechte sind im Einzelnen wiederum umstritten.²³⁶ Zum Teil wird von einer – vornehmlich zu § 203 StGB vertretenen – Ansicht eine über den funktionalen Zusammenhang mit der Berufsausübung hinausgehende *Sonderbeziehung als Voraussetzung im Einzelfall* verlangt.²³⁷ Der BGH hat die Notwendigkeit einer solchen Sonderbeziehung bislang offengelassen.²³⁸ Nach h. M. können Umfang und Grenzen der nach § 203 StGB strafbewehrten Schweigepflichten nicht maßgeblich sein für die Bestimmung der Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.²³⁹ § 203 Abs. 1 StGB verbiete von vornherein nur das „unbefugte“ Weitergeben eines Geheimnisses. Zwar sei die prozessuale Zeugenpflicht eine anerkannte Begrenzung des Schutz- und Anwendungsbereichs des § 203 StGB.²⁴⁰ Die Reichweite der durch § 53 Abs. 1 StPO eingeschränkten Zeugnispflicht im Strafverfahren sei dabei aber unabhängig von § 203 StGB zu bestimmen.²⁴¹

Die referierten Grundsätze gelten auch für das Verhältnis zwischen dem in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ebenfalls aufgeführten *Rechtsanwalt* zu seinem Mandanten.²⁴² Der Rechtsanwalt ist „*unabhängiges Organ der Rechtspflege* (vgl. §§ 1, 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seiner Mandanten zu vertreten. „*Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, im Rahmen seiner freien und von Artikel 12 Absatz I 1 GG geschützten Berufsausübung seinen Mandanten umfassend beizustehen. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant.*“²⁴³

235 BVerfG, Beschluss vom 19.07.1972 – 2 BvL 7/71 = NJW 1972, 2214 [2216].

236 SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 52ff. m. w. N., der sowohl vor einer Verabsolutierung als auch vor Geringschätzung der einzelnen Kriterien warnt (Rn. 56).

237 Schönke/Schröder-StGB/Lenckner/Eisele, 28. Aufl., § 203 Rn. 15 m. w. N.; ablehnend OLG Köln, NJW 2000, 3656 [3657].

238 BGH, Beschluss vom 18.02.2014 – StB 8/13 = NSIZ-RR 2014, 149 [150].

239 KK-StPO/Senge, 7. Aufl. 2013, § 53 Rn. 3 m.w.N.; LR-StPO/Dahs, 25. Aufl. 1999, § 53 Rn. 1; Hassemer wistra 1986, 1 [2].

240 Grundlegend Geppert, K., Der Zeugenbeweis, in: Jura 1991, 132 [136].

241 LR-StPO/Dahs, 25. Aufl. 1999, § 53 Rn. 1; Hassemer wistra 1986, 1 [2].

242 BVerfG, Beschluss vom 18.04.2007 – 2 BvR 2094/05 = NJW 2007, 2749 [2750f.] m. w. N.

243 BVerfG, Beschluss vom 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 [1919].

Auch hier liegt die geschützte Vertraulichkeit des Tätigwerdens des Anwalts nicht zuletzt im *Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege*.²⁴⁴ Die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts nach § 43 a Abs. 2 BRAO gehört zu den anwaltlichen Grundpflichten und wird durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO prozessual abgesichert. Das Anwaltsgeheimnis hat zugleich einen subjektivrechtlichen Grundrechtsgehalt, neben dem Mandanten auch zugunsten des Anwalts selbst.²⁴⁵ Im Verfassungsrecht ist es im Recht auf informationelle Selbstbestimmung und im Recht auf ein faires Verfahren verankert.

Das BVerfG hat mehrfach die fundamentale objektive *Bedeutung der „freien Advokatur“* und die damit zusammenhängende Notwendigkeit des Vertrauensschutzes durch §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 Abs. 1 StPO hervorgehoben: *„Diese objektiv-rechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potenzieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen.“*²⁴⁶

Der Schutzzweck des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfasst im *Ergebnis* die Tätigkeit des Syndikusanwalts als anwaltliche, soweit zwischen ihm und seinem Arbeitgeber bzw. Vertretern seines Arbeitgebers im *Einzelfall ein Vertrauensverhältnis mit schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen* besteht und die Erfüllung der Aufgaben des Syndikusanwalts ohne den Schutz durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erheblich beeinträchtigt wäre. Hierfür ist eine Beurteilung im Einzelfall unumgänglich. Eine solche erhebliche Beeinträchtigung kann sich insbesondere dadurch ergeben, dass das Vertrauensverhältnis zum Syndikusanwalt unter den jeweiligen Umständen ohne den Schutz durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO von Anfang an mit Unsicherheiten belastet wäre, so dass sich sein Arbeitgeber bzw. dessen Vertreter nicht in vollem Umfang dem Syndikusanwalt anvertrauen.

244 BVerfGE 110, 226 [252] = NJW 2004, 1305 m. w. N.

245 Gurlit, E./Zander, S., Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Anwaltsgeheimnisses, in: BRAK-Mitt. 2012, 4 [5 ff.].

246 BVerfG, Beschluss vom 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 [1919] m. w. N.

b) Wandel des Berufsbilds des Syndikusanwalts – Corporate Governance und Compliance

In der Diskussion um seine berufsrechtliche Stellung wird immer wieder auf einen aktuellen Wandel des Berufsbilds des Syndikusanwalts verwiesen, welcher insbesondere mit der Entwicklung in den Bereichen Corporate Governance und Compliance verbunden sei. Es stellt sich die Frage, wie sich diese Entwicklungen auf die Anwaltseigenschaft und ein gesteigertes Schutzbedürfnis für die Vertraulichkeit der Syndikus-Tätigkeit auswirkt.

Hanno Merkt plädiert dafür, die Frage der Rechtsstellung des Syndikusanwalts aus der rein berufsrechtlichen Perspektive herauszunehmen und in den Kontext seiner Funktion im Unternehmen, bei dessen Leitung und Überwachung zu stellen.²⁴⁷ Er knüpft an einen allgemeinen Wandel des typischen Arbeitsbereichs im Zivil- und Wirtschaftsrecht an, welcher sich auch auf die typischen beruflichen Aufgaben von Syndikusanwälten auswirke: „Mit der Verlagerung des Tätigkeitsschwerpunkts von der Streitvorbereitung und -begleitung zur Konfliktvermeidung, zur außergerichtlichen Einigung, vor allem aber zur gestaltenden und in jüngerer Zeit zunehmend ‚rechtsdurchsetzenden‘ Tätigkeit wurde deutlich, dass es um mehr als bloße rechtliche Sachbearbeitung geht. In dem Maße, in dem in der niedergelassenen Anwaltschaft der nicht-streitige Bereich an Quantität und Qualität zunahm, wurde auch in den Unternehmen aus der bloß sachbearbeitenden Rechtsabteilung eine genuin anwaltliche Beratung.“²⁴⁸

Das Berufsbild des niedergelassenen Rechtsanwalts mit dem Schwerpunkt im Wirtschaftsrecht sei heute in mindestens ebenso starkem Maße wie durch die forensische, auch durch die kautelarische Tätigkeit geprägt. Die „Dichotomie von forensischer Tätigkeit des niedergelassenen Anwalts und sachbearbeitender Tätigkeit des Syndikus“ entspreche schon seit längerer Zeit nicht mehr der Realität.²⁴⁹ Der Syndikusanwalt werde im Unternehmen und den beteiligten Berufskreisen als kautelarisch beratender Rechtsanwalt wahrgenommen.

Die Entwicklung in den Bereichen der Corporate Governance und Compliance mache im Unternehmen präventive Maßnahmen zur Sicherstellung

247 *Merkt* NJW 2014, 2310; *Merkt*, H., Syndikusanwalt und Anwaltsprivileg – Chancen für das Rechtssystem, in: AnWBI 2014, 278.

248 *Merkt* NJW 2014, 2310 [2311 f.].

249 *Merkt* aaO, S. 2312; auch *Merkt* AnWBI 2014, 278 [281]; Vgl. *Kleine-Cosack* AnWBI 2012, 947 [953].

rechtmäßigen Verhaltens zunehmend unverzichtbar.²⁵⁰ Da es sich bei der Compliance-Arbeit (etwa Erarbeitung von Richtlinien, präventive Rechtsberatung oder rechtliche Betreuung von internen Untersuchungen) um eine im Kern juristische Aufgabe handele, verändere und erweitere dies auch die Aufgaben einer Rechtsabteilung, auch wenn die Rechtsentwicklung hier „noch stark im Fluss“ sei.²⁵¹

Vor diesem Hintergrund sei eine von Weisungen geleitete Rechtsberatung durch den Syndikusanwalt schon mit den gesetzlichen Vorgaben für die Geschäftsleitung unvereinbar, liefe dem Unternehmensinteresse entgegen und brächte hohe Haftungsrisiken mit sich²⁵²: „Die berufsrechtliche Unabhängigkeit und Objektivität des Syndikus wird also ganz wesentlich durch gesellschaftsrechtliche Anforderungen unterstützt und flankiert.“²⁵³

Neben diesen gewachsenen Anforderungen im Rahmen präventiver Beratung weisen *Thomas Kremer* und *Philipp Voet van Vormizeele* auch auf sich entwickelnde Aufgabenfelder für den Syndikusanwalt im Rahmen des Risikomanagements hin.²⁵⁴ Auch in diesem Zusammenhang liege eine sachliche und personelle Unabhängigkeit der Rechtsabteilung bereits per se im Unternehmensinteresse. Auch *Siegfried Schwung* schildert den Bedeutungszuwachs der rechtsberatenden Rolle des Syndikusanwalts vor dem Hintergrund einer „zunehmenden Verstrafrechtlichung“²⁵⁵ oder zumindest „Verrechtlichung“²⁵⁶ des Handelns im Unternehmen. *Schwung* beschreibt jedoch vor allem eine Zunahme der unternehmerischen, weniger der anwaltlichen Tätigkeit des Syndikusanwalts.²⁵⁷ Traditionell sei die „rein beratende und weniger die prozessintegrierte unternehmerische Tätigkeit des Syndikusanwalts charakteristisch“ gewesen.²⁵⁸ Heute sei der Syndikusanwalt demgegenüber vermehrt „sowohl Berater als

250 Ausführlich *Merkt* NJW 2310 [2313f.] m. w. N.; Die Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheit und einen berufsrechtlichen Reformbedarf im Zusammenhang mit Corporate Governance schildern auch *Knöfel, O./Mock, S.*, Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance, in: AnwBl 2010, 230, welche dabei von einem allgemeinen „Erosionsprozess“ der Verschwiegenheit in der wirtschaftsrechtlichen Unternehmensberatung ausgehen (S. 233).

251 *Merkt* NJW 2014, 2310 [2314] und *Merkt* AnwBl 2014, 278 [282f.]; Vgl. *Kremer/Voet van Vormizeele* AG 2011, 245 [248].

252 *Kremer/Voet van Vormizeele* AG 2011, 245 [247].

253 *Merkt* NJW 2014, 2310 [2314]; vgl. *Schwung, S.*, Corporate Governance/Compliance und der Syndikusanwalt, in: AnwBl 2007, 14 [15].

254 *Kremer/Voet van Vormizeele* AG 2011, 245 [247].

255 *Schwung* AnwBl 2007, 14 [16].

256 *Schwung, S.*, Think Global – Welche Anforderungen werden an den Syndikusanwalt im Zeitalter der Globalisierung gestellt?, in: BB 2007, 2419.

257 *Schwung* BB 2007, 2419 [2420].

258 *Schwung* aaO.

auch umsetzender Akteur des umfassenden Informations-, Überwachungs- und Kontrollgefüges²⁵⁹ und werde in „Projektorganisationen zum gesetzten Teamplayer“²⁶⁰.

Beulke, Lüdke und Swoboda betonen diesbezüglich zwar, dass sich eine Rechtsabteilung „auch im Bereich Compliance nicht mit Strategieentscheidungen oder sonstigen Management-, Verwaltungs- oder Marketingaufgaben befasst.“²⁶¹ Sie sei nicht selbst Kontrollorgan, sondern berate diese nur (anwältlich). Auch der von diesen Literaturstimmen gezeichnete Wandel des Berufsbildes des Syndikusanwalts im Sinne einer stetig wachsenden Anerkennung des anwaltlichen Charakters auch der „in-house-Tätigkeit“ kann im Ergebnis aber nicht die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung der Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO entfallen lassen. Die allgemeine Entwicklung in den Bereichen Corporate Governance und Compliance sowie die damit einhergehenden Vertraulichkeitsbedürfnisse sind aber bei der jeweiligen Prüfung des Vorliegens eines schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses zu berücksichtigen. Zudem verdeutlicht diese Entwicklung, dass auch an der Funktionsfähigkeit der anwaltlichen Rechtspflege durch den Syndikusanwalt im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses ein öffentliches Interesse besteht wie es allgemein den Zeugnisverweigerungsrechten des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugrunde liegt.

V. Beschlagnahmeschutz im Vertrauensverhältnis zum Syndikusanwalt

Der Beschlagnahmeschutz des § 97 StPO knüpft an das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 StPO an. Die Funktion des § 97 Abs. 1 StPO, welcher für bestimmte Gegenstände Beschlagnahmeverbote aufstellt, ist es, solche Gegenstände von der Beschlagnahme auszunehmen, deren Verwertung eine Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte des § 53 StPO bedeuten würde.²⁶² Der Inhalt des verweigerten Zeugnisses soll nicht auf dem Umweg über die Beschlagnahme entsprechender Dokumente und

259 Schwung AnwBl 2007, 14 [16].

260 Schwung BB 2007, 2419 [2420]; Dabei bestünden die „engsten Beziehungen mit dem Hauptsekretariat, der Bilanzabteilung, Investor Relation, Treasury und, soweit vorhanden, dem ‚Business Practices Office‘/, Compliance Officer“, während nach außen die Mandate an Wirtschaftsprüfer und in Einzelfällen eingeschaltete Rechtsanwälte gesteuert werden müssen.“, Schwung AnwBl 2007, 14 [16].

261 Beulke/Lüdke/Swoboda, Unternehmen, 2009, S. 43.

262 BVerfG, NJW 1972, 1123 [1125]; BGH, NJW 1998, 1963; 1992, 763 [764]; OLG Frankfurt a.M., NJW 2002, 1135 [1136]; Meyer-Goßner/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 1 m. w. N.

die Beweisverwertung in das Strafverfahren eingeführt werden können.²⁶³ Es ist bereits an dieser Stelle anzumerken, dass Umfang und Grenzen des Beschlagnahmeschutzes nach § 97 Abs. 1 StPO nicht mit denen des Rechts zur Zeugnisverweigerung nach § 53 Abs. 1 StPO übereinstimmen. Gegenüber dem § 53 StPO ist der Beschlagnahmeschutz durch § 97 Abs. 1 StPO voraussetzungsreicher, wie im Folgenden bei der Anwendung auf den Syndikusanwalt zu zeigen sein wird.

Die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 Abs. 1 StPO umfasst

- schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 b das Zeugnis verweigern dürfen;
- Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 b Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt;
- andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 b Genannten erstreckt.

Gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 StPO gelten diese Ausnahmen von dem (stets unter Richtervorbehalt stehenden) Beschlagnahmerecht aber nur, wenn die Gegenstände sich im Gewahrsam der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen befinden. Der Zeugnisverweigerungsberechtigte darf zudem nicht selbst der Teilnahme, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig sein (§§ 97 Abs. 2 S. 3, 160 a Abs. 4 StPO). Gegenstände, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren, genießen ebenfalls keinen Beschlagnahmeschutz (§ 97 Abs. 2 S. 3 StPO).

Hinsichtlich der Anforderungen des § 97 Abs. 2 S. 1 StPO an die Gewahrsamsverhältnisse ist zwischen der Beschlagnahmefreiheit für einen Verteidiger nach § 97 Abs. 1 i. V. m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO und für einen Rechtsanwalt, der nicht zugleich Verteidiger ist, gemäß § 97 Abs. 1 i. V. m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO zu differenzieren. Hinsichtlich von Verteidigungsunterlagen wird § 97 Abs. 2 S. 1 StPO durch § 148 StPO erweitert, welcher den Grundsatz der unüberwachten Kommunikation zwischen dem

Verteidiger und seinem Mandanten, „auch [!] wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet“, festlegt. Daraus wird zu Recht und ohne dass darüber Streit bestünde, geschlossen, dass auch alle Unterlagen, die der Beschuldigte erkennbar zu seiner Verteidigung angefertigt hat bzw. die einen konkreten Bezug zu den aktuellen Vorwürfen in dem laufenden Ermittlungsverfahren aufweisen, für die Strafverfolgungsbehörden tabu zu sein haben, ohne dass es noch auf Gewahrsamserfordernisse des § 97 Abs. 2 S. 1 StPO ankäme.²⁶⁴ Über den Wortlaut hinaus sind die nach § 97 StPO geschützten Mitteilungen und Aufzeichnungen des Beschuldigten und seines Verteidigers unabhängig davon beschlagnahmefrei, ob sie sich noch nicht oder nicht mehr im Gewahrsam des Verteidigers befinden.²⁶⁵

Das gilt nicht in demselben Maße für die Kommunikationsinhalte zwischen einem Rechtsanwalt, der nicht Verteidiger ist und seinem (z. B. zivilrechtlichen) Mandanten.²⁶⁶

1. Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Unternehmen und Syndikusanwalt

Die Nrn. 1 und 2 des § 97 Abs. 1 StPO schützen nur das *Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem in Anspruch genommenen Berufsgeheimnisträger*. Während § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO ausdrücklich von schriftlichen Mitteilungen von bzw. für den Beschuldigten spricht, bezieht sich Nr. 2 dem Wortlaut nach nur auf Aufzeichnungen, die der Verteidiger bzw. Rechtsanwalt über die ihm vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen erstellt hat. Dass der Syndikusanwalt im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses für seinen Arbeitgeber anwaltlich tätig werden kann, solange er nicht gegen das Verbot der forensischen Vertretung nach § 46 BRAO verstößt, haben wir oben gezeigt. Das dann unter bestimmten Voraussetzungen durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO geschützte Vertrauensverhältnis besteht zwischen dem Syndikusanwalt und dem ihn beschäftigenden Unternehmen, was auch der Rechtsprechung des BVerfG entspricht.²⁶⁷ Da das *Unternehmen als juristische Person* nicht selbst Beschuldigter eines Ermittlungsverfahrens sein kann, sind

264 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 37 m. w. N.

265 SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 87 m. w. N.

266 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 36ff. m. w. N.

267 Vgl. BVerfG NSZ-RR 2004, 83 [84], wo ausdrücklich von einem Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträger und juristischer Person ausgegangen wird, das freilich nicht gleichbedeutend sein müsse mit dem Vertrauensschutz für Organmitglieder.

die Nr. 1 und 2 des § 97 Abs. 1 StPO auf dieses Vertrauensverhältnis mit dem Syndikusanwalt nicht unmittelbar anwendbar.

Ein Beschlagnahmeschutz für das Unternehmen als juristische Person kommt lediglich dann in Betracht, wenn dieses die *beschuldigtenähnliche Stellung eines Beteiligten* nach §§ 431, 442 oder § 444 StPO einnimmt.²⁶⁸ Dies ist der Fall, wenn das Unternehmen wegen einer Einziehung, eines Verfalls oder einer Geldbuße gemäß § 30 OWiG am Strafverfahren als (Neben-)Beteiligte geführt wird. Der dann jeweils anwendbare § 434 Abs. 1 S. 2 StPO (für den Einziehungsbeteiligten unmittelbar; für den Verfallsbeteiligten über § 442 Abs. 1 und 2 StPO; im Verfahren über die Festsetzung einer Geldbuße nach § 444 Abs. 2 S. 2 StPO) verweist auf die für die Verteidigung geltenden Vorschriften, insbesondere den § 148 StPO. § 432 StPO verweist auf die Vorschriften über die Vernehmung des Beschuldigten.

Die juristische Person hat als Nebenbeteiligte in jeder Lage des Verfahrens eine Rechtsstellung, die der eines Beschuldigten entspricht.²⁶⁹ Dies gilt über den engen Wortlaut des § 434 hinaus auch schon für den Zeitraum vor einer förmlichen Anordnung der Beteiligung, welche das Gesetz in der Regel erst zugleich mit der Anklageerhebung vorsieht.²⁷⁰ Diese beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens führt aber *nicht zu einer Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO*. Sie begründet keinen Beschlagnahmeschutz für das Vertrauensverhältnis des Unternehmens zu einem Rechtsanwalt, der nicht zugleich Verteidiger i. S. d. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO ist. § 434 Abs. 1 S. 2 StPO verweist nur auf die für die Verteidigung geltenden Vorschriften.²⁷¹ Die Erstreckung dieser Verweisung auch auf das Verfahrensstadium vor der förmlichen Beteiligungsanordnung wird gerade damit begründet, dass es dem Betroffenen auch in dieser Lage des Verfahrens nicht verwehrt werden könne, sich zur Verteidigung seiner Interessen vertreten zu lassen.²⁷² Dementsprechend setzt der Verweis des § 432 Abs. 2 StPO auf die

268 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 10c.

269 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, aaO; SK-StPO/Weißlau, 4. Aufl. 2013, § 434 Rn. 2; LR-StPO/Gössel, 26. Aufl. 2009, § 434 Rn. 2.

270 Jahn, M. / Kirsch, S., Anmerkung zu LG Bonn, Beschluss vom 21.06.2012 – 27 Qs 2/12, in: NZWiSt 2013, 28 [29] m. w. N.

271 Rütters, S./Schneider, A., Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen im Unternehmensgewahrsam, in: GA 2014, 160 [171]; einige Autoren sehen demgegenüber den § 97 StPO als vom Verweis mitumfasst an, etwa Jahn, M. / Kirsch, S., Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, in: StV 2011, 151 [153].

272 Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO/Burghart, 1. Aufl. 2014, § 434 Rn. 4 m. w. N.; LR-StPO/Gössel, 26. Aufl. 2009, § 434 Rn. 2.

Vorschriften über die Vernehmung des Beschuldigten voraus, dass die juristische Person Einwendungen vorbringen will, sie folglich ihre Verteidigung beabsichtigt.

Soweit die juristische Person Nebenbeteiligte bzw. Nebeninteressentin des Strafverfahrens ist, kommt folglich ein Beschlagnahmenschutz zugunsten des Vertrauensverhältnisses zu dem für sie anwaltlich tätigen Syndikusanwalt nur dann in Betracht, wenn dieser zugleich ihr bestellter Verteidiger bzw. Vertreter i. S. d. § 434 StPO ist.

a) Der Syndikusanwalt als „Verteidiger“ seines Unternehmens

Gemäß § 434 Abs. 1 StPO kann sich ein Unternehmen in den Fällen der Nebenbeteiligung durch einen Rechtsanwalt oder eine andere Person, die als Verteidiger gewählt werden kann, vertreten lassen. Entsprechendes gilt gemäß § 46 Abs. 2 OWiG i. V. m. § 137 StPO in Bußgeldverfahren, in denen nach § 30 OWiG auch gegen eine juristische Person eine Geldbuße verhängt werden kann. Für eine juristische Person, die als Beteiligte in Betracht kommt, gilt dies bereits im Ermittlungsverfahren, wie sich aus der in § 432 StPO vorgesehenen beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung des Beteiligungsinteressenten ergibt.²⁷³ Wer als Verteidiger gewählt werden kann, regelt § 138 StPO, der gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 StPO entsprechend anzuwenden ist.

Für die Vertreter der Doppelberufstheorie kann ein Syndikusanwalt nach § 138 StPO nur insoweit zum Verteidiger gewählt werden, als er *außerhalb seines Dienstverhältnisses* handelt.²⁷⁴ Von einem Handeln des Syndikusanwalts außerhalb seines Dienstverhältnisses ist dann auszugehen, wenn er von einer anderen Person als seinem Arbeitgeber zum Verteidiger gewählt wird.²⁷⁵ Solche „andere Personen“ können auch Mitarbeiter des Unternehmens sein, bei welchem der Syndikusanwalt beschäftigt ist.²⁷⁶ Auf Grund des forensischen Vertretungsverbots des § 46 BRAO darf der Syndikusanwalt jedoch keine gesetzlichen Vertreter seines Arbeitgebers gerichtlich vertreten.²⁷⁷ Geschäfts-

273 Meyer-Goßner-StPO/Meyer-Goßner, 59. Aufl. 2014, § 434 Rn. 1.

274 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 59. Aufl. 2014, § 138 Rn. 8; SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2011, § 138 Rn. 10; MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer, 1. Aufl. 2014, § 138 Rn. 8; Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO/Beulke, 1. Aufl. 2014, § 138 Rn. 8; alle unter Verweis auf *Kramer AnwBl* 2001, 140.

275 SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2011, § 138 Rn. 10.

276 SK-StPO/Wohlers aaO; *Kramer AnwBl* 2001, 140 [141 f.].

277 SK-StPO/Wohlers aaO; *Kramer aaO*, S. 141 ff.

fürer einer GmbH oder Vorstandsmitglieder einer AG, nicht aber Organmitglieder, welche die juristische Person nicht gesetzlich vertreten, wie z. B. ein Aufsichtsratsmitglied, sind hinsichtlich der Beschränkung des § 46 BRAO dem Dienstherrn des Syndikusanwalts gleichgestellt.²⁷⁸

Dies schließt die Wahl des Syndikusanwalts als Verteidiger nach den Maßstäben des § 138 Abs. 2 StPO aber nicht aus.²⁷⁹ Gemäß § 138 Abs. 2 StPO können andere als die von Abs. 1 genannten Personen mit Genehmigung des Gerichts gewählt werden. Gehört die gewählte Person im Fall der notwendigen Verteidigung nicht zu den Personen, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen (Abs. 1), kann diese zudem nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass ein Beschlagnahmeschutz im Verhältnis des Syndikusanwalts zu dem ihn beschäftigenden Unternehmen nur dann in Betracht kommt, wenn das Unternehmen zumindest Beteiligungsinteressent i. S. d. § 432 StPO ist oder die Vorschriften der StPO gemäß § 46 Abs. 1 OWiG in einem Bußgeldverfahren anwendbar sind. Auch dann kann der Syndikusanwalt jedoch nur unter den engen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 StPO als Verteidiger mit dem dann durch § 148 StPO gewährten Beschlagnahmeschutz gewählt werden.

b) Vertrauensverhältnis zwischen Syndikusanwalt und seinem Unternehmen als Drittem

Ob der Beschlagnahmeschutz für das Vertrauensverhältnis zum Syndikusanwalt auch dann in Betracht kommt, wenn das Unternehmen nicht die Verfahrensstellung eines Nebenbeteiligten hat, ist fraglich. Entgegen den Nrn. 1 und 2 ist der Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO seinem Wortlaut nach nicht auf das Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten beschränkt. Der Wortlaut der Nr. 3 umfasst vielmehr: *„andere Gegenstände [...], auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt.“*

278 Ausführlich Kramer, B., Der Syndikusanwalt im Strafverfahren, in: AnwBl 2011, 140 [142 f.], auch zu möglichen Verteidigungsverboten hinsichtlich anderer Betriebsangehöriger in der Reichweite der Zurechnungsnorm des § 14 Abs. 2 StGB bzw. § 9 OWiG.

279 SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2011, § 138 Rn. 10; Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO/Beulke, 1. Aufl. 2014, § 138 Rn. 8; Kramer AnwBl 2001, 140 [143].

Ob sich daraus jedoch im Falle eines für ein Unternehmen tätigen Berufsgeheimnisträgers ein Beschlagnahmeschutz auch für Dokumente ergibt, die nicht auf Straftaten des „Mandanten“ (Unternehmen), sondern auf *Straftaten eines Dritten* (etwa eines Unternehmensmitarbeiters) hinweisen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. *Matthias Jahn* weist zu dieser „seit 1953 schwelenden Streitfrage“ darauf hin, dass der BGH die Frage der Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf Nichtbeschuldigte in zwei Entscheidungen ausdrücklich offen gelassen habe.²⁸⁰

Eine in der Literatur vertretene Ansicht²⁸¹ knüpft an den Charakter des § 97 Abs. 1 StPO als akzessorischer Umgehungsschutz zum § 53 Abs. 1 StPO an, welcher ohne Unterschied Schutz für Informationen von Beschuldigten oder Nichtbeschuldigten gewährt. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit einer hierzu parallelen bzw. parallelisierenden Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO.²⁸² Die verfassungsrechtlichen Garantien der Berufsausübungsfreiheit des Anwalts, des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Mandanten sowie der Freiheit der Advokatur im Rechtsstaat wiesen zu einer entsprechenden verfassungskonformen Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO an.²⁸³ Die gleiche Interessenlage beim Schutz von Gehörtem (§ 53 StPO) wie beim Schutz von gegenständlich Erhaltenem (§ 97 StPO) verbiete eine unterschiedliche Behandlung von Drittgeheimnissen.²⁸⁴ Zudem gewährleiste nur eine solche Auslegung, dass Rechtssuchende nicht aus Angst vor einer späteren Beschlagnahme auf anwaltlichen Beistand verzichteten.²⁸⁵ Der Anwendung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf Nichtbeschuldigte stünden des Weiteren weder die Einführung noch die danach erfolgte Neufassung des

280 *Jahn, M.*, Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, in: ZIS 2011, 453 [454 f.] mit Bezug auf BGHSt 43, 300 [304] und BGH NSTZ 1997, 562; das Zitat findet sich auf S. 454; dieser Hinweis auch bei LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 23.

281 Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO/Eschelbach, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 10; HK-StPO/Gercke, 5. Aufl. 2012, § 97 Rn. 31; *Kirsch, S.*, Anmerkung zu LG Saarbrücken, Beschluss vom 12.03.2013 – 2 Qs 15/13, in: NZWiSt 2013, 154 [156]; *Erb, V.*, Die Beschlagnahme von Unterlagen bei Rechtsanwältinnen außerhalb einer Vertrauensbeziehung zum Beschuldigten, in: FS Kühne 2013, 171 [179 f.]; *Jahn/Kirsch* StV 2011, 151; *Jahn* ZIS 2011, 453; *Gercke, B.*, Zum Beschlagnahmeschutz anwaltlicher Unterlagen bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: FS Wolter 2013, S. 933; *Gräfin von Galen, M.*, Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, in: NJW 2011, 945.

282 *Gercke*, in: FS Wolter 2013, 933 [943 ff.]; *Jahn* ZIS 2011, 453 [456 f.].

283 Ausführlich *Jahn* ZIS 2011, 453 [457 ff.]; im Ergebnis auch so *Erb*, in: FS Kühne 2013, 171, der aber außerhalb der Vertrauensbeziehung zum Beschuldigten nur mandatsbezogene eigene Aufzeichnungen und selbst eingeholte schriftliche Auskünfte durch § 97 Abs. 1 StPO vor Beschlagnahme geschützt ansieht (S. 185).

284 HK-StPO/Gercke, 5. Aufl. 2012, § 97 Rn. 31.

285 *Jahn* ZIS 2011, 453 [459].

§ 160 a StPO entgegen.²⁸⁶ Die Gesetzesmaterialien enthielten keine Anhaltspunkte dafür, dass durch die Abschaffung des „Zwei-Klassen-Rechts“ durch die Neufassung des § 160 a StPO der Regelungsgehalt des § 97 StPO verändert werden sollte. Dieser bleibe vielmehr gemäß § 160 a Abs. 5 StPO ausdrücklich unberührt.

Der *Gegenansicht* zufolge wird trotz des weiter gehenden Wortlauts auch durch § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur das Vertrauensverhältnis zum jeweiligen Beschuldigten geschützt.²⁸⁷ Dem Regelungszusammenhang des Abs. 1 Nr. 3 sowie seiner systematischen Stellung sei trotz des von den Nrn. 1 und 2 abweichenden Wortlauts die Notwendigkeit eines Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigtem zu entnehmen.²⁸⁸ Auch der Schutzzweck des § 97 StPO erfasse keine sog. Drittgeheimnisse.²⁸⁹ Diese Auslegung sei nach Prüfung durch das BVerfG auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren steht ihr nicht entgegen.²⁹⁰ In Betracht komme lediglich ein sich für den Einzelfall unmittelbar aus der Verfassung ergebendes Beschlagnahmeverbot. Diesbezüglich obliege es aber dem von einer Beschlagnahme betroffenen Beschwerdeführer, darzulegen, aus welchen Gründen ein solches über die Vorschriften der StPO hinaus im konkreten Fall bestehen soll.²⁹¹

c) Eigene Stellungnahme dazu:

Die besseren Argumente sprechen für die zuerst genannte Ansicht, welche den Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf das Verhältnis zum Nicht-Beschuldigten erstreckt. Es ist zu begrüßen, dass diese von vielen Autoren als die im Vordringen befindliche Auffassung wahrgenommen wird. Nur durch

286 Jahn/Kirsch StV 2011, 151 [155]; im Ergebnis auch so Galen NJW 2011, 945, die allerdings auf die Reichweite des § 160 a StPO in der seit 2011 geltenden Fassung verweist, welche auch für den § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine am umfassenden Wortlaut orientierte Auslegung gebietet.

287 LG Hamburg NJW 2011, 942; LG Bonn NZWiSt 2013, 21 [24]; LG Dresden NJW 2007, 2709; Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 10a m. w. N.; LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 21; KK-StPO/Greven, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 1; MüKo-StPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 15; BeckOK-StPO/Ritzert, Stand: 08.09.2014, § 97 Rn. 4; Huber-Lotterschmid, Verschwiegenheitspflichten, 2006, S. 113.

288 LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 21.

289 MüKo-StPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 15.

290 BVerfG, Beschluss vom 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00 = NSiZ-RR 2004, 83 und dies bestätigend BVerfG NJW 2009, 281 [282].

291 BVerfG, Beschluss vom 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00 = NSiZ-RR 2004, 83 [84].

diese Auslegung lässt sich ein Beschlagnahmeschutz zugunsten eines Rechtsrat in Anspruch nehmenden Unternehmens begründen, unabhängig davon, ob dieses bereits eine beschuldigtenähnliche Stellung einnimmt und ausdrücklich einen externen Verteidiger beauftragt hat. Zu Recht ist angemerkt worden, dass eine bewusste Nichtregelung bzw. generelle Ablehnung der Beschlagnahmeverbote zugunsten von Unternehmen bzw. juristischen Personen durch den Gesetzgeber nicht erkennbar ist.²⁹² Die Differenz zwischen anwaltlicher Beratung des Unternehmens außerhalb eines Verteidigungsverhältnisses, etwa durch den Syndikusanwalt, und Beratung bzw. Untersuchungen im Rahmen einer Unternehmensverteidigung, in der Regel durch externe Anwälte, bleibt wegen der grundverschiedenen Anforderungen an die Gewahrsamsverhältnisse nach § 97 Abs. 2 S. 1 StPO auch bei weiter Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO von einiger Bedeutung.²⁹³

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass die instanzgerichtliche Rechtsprechung an einer einschränkenden Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO festhält und bislang keine gegenteilige höchstgerichtliche Klärung vorliegt. Zudem hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 11.07.2008 zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei und Beschlagnahme einer Handakte erneut bestätigt, dass die Auffassung der Fachgerichte, „*die Beziehung eines Nichtbeschuldigten zu einem Berufsheimnisträger unterliege nicht der Schutznorm des § 97 I StPO*“, verfassungsrechtlich unbedenklich sei.²⁹⁴ Zwar konnte diese Entscheidung des BVerfG noch nicht die spätere Einführung und v. a. Neufassung des § 160a StPO berücksichtigen.²⁹⁵ Hier muss jedoch auf die fortbestehende Unsicherheit und letztlich auch Unwahrscheinlichkeit einer weiten Auslegung der Beschlagnahmefreiheit des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch die Strafverfolgungsbehörden sowie die sie kontrollierenden Instanzgerichte hingewiesen werden.

292 Rütters/Schneider GA 2014, 160 [171], die vor dem Hintergrund der Diskussion der Beschlagnahmefreiheit von Aufzeichnungen über unternehmensinterne Untersuchungen noch einen dritten Ansatz schildern, der eine planwidrige Regelungslücke annimmt und zumindest zu einer analogen Anwendung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugunsten des Unternehmens kommt.

293 Vgl. Gercke, in: FS Wolter 2013, 933 [945 f.].

294 BVerfG, NJW 2009, 281 [282].

295 Gercke, in: FS Wolter 2013, 933 [942].

2. Vertrauensverhältnis zwischen Syndikusanwalt und Unternehmensorganen

Eine hiermit zusammenhängende Frage ist es, ob der Schutz des § 97 Abs. 1 StPO eingreift, wenn der Mandant des Zeugnisverweigerungsberechtigten eine juristische Person ist, und das Strafverfahren sich gegen einen *Geschäftsführer oder Vorstand der juristischen Person* richtet.

Teilweise wird die Einbeziehung der Organe einer juristischen Person, durch die sie im Rechtsverkehr handelt, in das geschützte Vertrauensverhältnis zwischen der juristischen Person und dem sie beratenden Berufsgeheimnisträger vertreten.²⁹⁶ Nur so könne gewährleistet werden, dass Organmitglieder nicht auf anwaltliche Beratung aus Angst vor späteren Beschlagnahmen verzichten.²⁹⁷ Dass ein Interesse der juristischen Person an den Vorteilen aus strafbaren Handlungen von der Rechtsordnung nicht anerkannt werde, wie vom BVerfG ausgeführt, sage nichts darüber aus, ob nicht gleichwohl andere, insbesondere individuelle, Interessen der Organe Schutz verdienen.²⁹⁸ Zudem erkenne das materielle Strafrecht die Eigenständigkeit der juristischen Person nicht an (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB). Es müssten daher durch Einbeziehung der Organe der juristischen Person in den Schutzbereich des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO Widersprüche zwischen materiellem und Prozessrecht vermieden werden.²⁹⁹

Die *überwiegende Ansicht*³⁰⁰ lehnt eine solche Einbeziehung von Organvertretern in das geschützte Vertrauensverhältnis ab und verweist auf die einschränkende Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, welcher nur das Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten selbst schütze, und die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente (s. o.).³⁰¹ Eine Erstreckung des gemäß § 97 StPO geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Berufs-

296 OLG Celle, wistra 1986, 83; OLG Köln, StV 1991, 507 [508]; SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 10; Huber-Lotterschmid, Verschwiegenheitspflichten, 2006, S. 113f.; Krause, in: FS Dahs 2005, S. 374; Schmitt, P., Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts (§ 53 I Nr. 3 StPO, § 383 Nr. 6 ZPO) und des Beschlagnahmeverbots (§ 97 StPO) bei Beratern juristischer Personen – zugleich ein Beitrag zu der Entbindungsbefugnis des Konkursverwalters, in: wistra 1993, 9 [12].

297 Huber-Lotterschmid, Verschwiegenheitspflichten, 2006, S. 114.

298 Huber-Lotterschmid aaO unter Hinweis auf Krause, in: FS Dahs 2005, S. 374.

299 SK-StPO/Wohlers, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 10; Huber-Lotterschmid, Verschwiegenheitspflichten, 2006, S. 114.

300 BVerfG NStZ-RR 2004, 83 [84]; OLG Nürnberg, OLGZ 1977, 370 [373]; Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 10a m. w. N.; MüKo-StPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 64; KK-StPO/Greven, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 6; BeckOK-StPO/Ritzert, Stand: 08.09.2014, § 97 Rn. 4.

301 Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 10a.

geheimnisträger und juristischer Person auf deren Organe ist laut BVerfG auch verfassungsrechtlich nicht gefordert.³⁰² Die rechtliche Eigenständigkeit einer juristischen Person müsse auch in diesem Zusammenhang beachtet werden. Auch die typische Interessenkonstellation gebiete keine Ausweitung des Vertrauensschutzes: *„Das Interesse der Vertreter von juristischen Personen und das Interesse der vertretenen juristischen Person können sich einerseits entsprechen, andererseits sich aber auch diametral entgegenstehen (dies gilt insbesondere bei Straftaten zu Lasten der Gesellschaft). Die Rechtsordnung geht nicht von einem schützenswerten Interesse der juristischen Person an strafbaren Handlungen zu ihren Gunsten oder in ihrem Interesse aus, weswegen sich das gem. § 97 StPO geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträger und juristischer Person nicht auf deren Organe erstreckt (vgl. Nack, § 97 Rn 6; Schäfer, § 97 Rn 8).“*³⁰³

Auch in dieser Streitfrage ist das Festhalten der instanzgerichtlichen Rechtsprechung an einer engen Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu beachten. Das BVerfG hat ausdrücklich auch hinsichtlich des Vertrauensschutzes zugunsten von Organvertretern juristischer Personen deren verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit festgestellt. Von einem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Berufsgeheimnisträger und den Organen einer juristischen Person durch die Beschlagnahmeverbote des § 97 Abs. 1 StPO kann folglich nicht mit Rechtssicherheit ausgegangen werden.

3. Die Bedeutung der konkreten Gewahrsamsverhältnisse nach § 97 Abs. 2 S. 1 StPO

Gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 StPO gilt die Beschlagnahmefreiheit nach Abs. 1 nur für Gegenstände, die im *Gewahrsam der zeugnisverweigerungsberechtigten Person* sind. Hierfür genügt es, wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte Mitgewahrsam an den betreffenden Gegenständen hat.³⁰⁴ Gewahrsam meint dabei die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft bzw. eine tatsächliche Verfügungsmacht.³⁰⁵

Ein *Mitgewahrsam des Beschuldigten* schließt nach herrschender Ansicht die Beschlagnahmefreiheit aus.³⁰⁶ Dies mag mit dem Regelungszweck des

302 BVerfG, Beschluss vom 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00 = NStZ-RR 2004, 83 [84].

303 BVerfG, NStZ-RR 2004, 83 [84].

304 BGHSt 19, 374; 25, 168; Meyer-Goßner-StPO/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 97 Rn. 12 m. w. N.

305 KMR-StPO/Hadamitzky, 68. EL 2013, § 97 Rn. 6.

306 BGHSt 19, 374; LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 30 m. w. N.

Schutzes einer Kommunikationssphäre zwischen Beschuldigtem und Berufsgeheimnisträger zwar nur schwer vereinbar sein.³⁰⁷ Diese Beschränkung gilt jedoch (nur) dann nicht, wenn es sich um Verteidigungsunterlagen handelt, für die dann der Grundsatz der freien Verteidigung nach § 148 StPO in Ergänzung des § 97 StPO gilt.

Voraussetzung der Beschlagnahmefreiheit nach § 97 Abs. 1 StPO ist folglich eine gewisse Gewahrsamssphäre des Berufsgeheimnisträgers als Ausdruck der Vertraulichkeit der Kommunikation. Dabei ist die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die Gegenstände entscheidend. Ein Mitgewahrsam des Beschuldigten wird nicht schon durch zivilrechtliche Herausgabeansprüche gegenüber dem Berufsgeheimnisträger begründet.³⁰⁸

Hinsichtlich der *Gewahrsamsverhältnisse in einem Unternehmen* ist anerkannt, dass derjenige den Gewahrsam innehat, der das Unternehmen tatsächlich und rechtlich beherrscht.³⁰⁹ Dies sind bei einer juristischen Person die zur Geschäftsführung berufenen Organe, was im Wesentlichen dem zivilrechtlichen Organbesitz entspricht.³¹⁰ Im Falle einer AG etwa ist folglich grundsätzlich von Mitgewahrsam des Vorstands an den in der Rechtsabteilung vorhandenen Unterlagen auszugehen. Für den Syndikusanwalt als anwaltlichen Berater seines Unternehmens i. S. d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO kommt es mit Blick auf die Beschlagnahmefreiheit daher darauf an, dass nur er selbst bzw. seine Gewahrsamsgehilfen oder Berufshelfer i. S. v. § 53 a StPO Gewahrsam an den betreffenden Unterlagen haben. Nur unter diesen Bedingungen kann die Beschlagnahmefreiheit auch dann Bestand haben, wenn in dem Strafverfahren, in dessen Rahmen die Beschlagnahme erfolgen soll, Verantwortliche der Unternehmensleitung bzw. Vorgesetzte des Syndikusanwalts Beschuldigte sind.

Im Unternehmen des Syndikusanwalts sind daher entsprechende *organisatorische Maßnahmen* erforderlich, wenn eine solche „Gewahrsamsenkclave“ geschaffen werden soll, die den Anforderungen des § 97 Abs. 2 Nr. 1 StPO genügen. Als solche kommen im Einzelnen in Betracht:³¹¹

- Verschließbarkeit des Büros des Syndikusanwalts – Zugangsrecht nur für ihn und seine unmittelbaren Mitarbeiter;

307 So LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 27.

308 LG Frankfurt a.M., StV 1993, 351; LG München I, NJW 1984, 1191; Ciolek-Krepold, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2000, Rn. 259 m. w. N.

309 BGHSt 19, 374; LR-StPO/Menges, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 28 m. w. N.

310 LR-StPO/Menges, aaO.

311 Vgl. Beulke/Lücke/Swoboda, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 75f.; LG Frankfurt a.M. StV 1993, 351; Roxin NJW 1995, 17 [22]; Ciolek-Krepold, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2000, Rn. 311f.

- Abschließbare Aktenschränke – kein direkter Zugang für den Dienstherrn;
- Einrichtung eines speziellen verschließbaren Aktenraums;
- Separierte Aufbewahrung bzw. Speicherung elektronischer Dokumente jeweils mit Passwortschutz;
- Gesondertes Intranet für die Rechtsabteilung.

4. Schutz vor sonstigen Ermittlungsmaßnahmen durch § 160 a StPO

Gemäß § 160 a Abs. 1 S. 1 StPO sind Ermittlungsmaßnahmen gegen eine in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 oder 4 StPO genannte Person oder gegen einen Rechtsanwalt unzulässig, wenn die Maßnahme voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nach S. 2 nicht verwendet werden.

Das Verhältnis des Schutzes vor Ermittlungsmaßnahmen durch § 160 a StPO zur Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO ist in der Literatur ebenfalls umstritten. Ansatzpunkt ist dabei der Abs. 5 des § 160 a StPO, wonach § 97 von § 160 a „unberührt“ bleibt. Die herrschende Ansicht sieht § 97 StPO als gegenüber § 160 a StPO speziellere Vorschrift an und folgert daraus, dass § 160 a StPO nur insoweit einschlägig ist, als § 97 StPO keine Regelung trifft.³¹² Diese Auslegung werde auch auf die Gesetzesmaterialien gestützt, welche nur eine solche ergänzende Anwendung des § 160 a StPO vorsähen.³¹³ § 97 StPO gehe daher insbesondere auch dann vor, wenn § 160 a StPO einen weitergehenden Schutz vorsehe. § 160 a StPO enthalte keine „Meistbegünstigungsklausel“.³¹⁴ Zwar bringt die Gegenansicht beachtliche Argumente gegen diese einschränkende Auslegung des § 160 a StPO vor.³¹⁵ Wegen des Überwiegens der herrschenden Ansicht sowie ihrer Bestätigung durch das LG Mannheim ist an

312 KK-StPO/Griesbaum, 7. Aufl. 2013, § 160 a Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt, 57. Aufl. 2014, § 160 a Rn. 17 m. w. N.; BeckOK-StPO/Sackreuther, Stand: 08.09.2014, § 160 a Rn. 17; Gercke, in: FS Wolter 2013, 933 [940f.]; Thum HRRS 2012, 535; Jahn/Kirsch StV 2011, 151 [154]; auch LG Mannheim, NZWiSt 2012, 424 [430].

313 BT-Drucks. 16/5846, S. 38.

314 Jahn, M./Kirsch, S., Anmerkung zu LG Mannheim, Beschluss vom 03.07.2012 – 24 Qs 1, 2/12, in: NSTZ 2012, 718.

315 Balla, E., Beschlagnahmeschutz im Rahmen von Internal Investigations – Zur Reichweite und Grenze des § 160 a StPO, in: NZWiSt 2013, 46 [50ff.]; Bertheau, C., § 160 a StPO neuer Fassung – doch offene Fragen bleiben, in: StV 2012, 303 [306]; vgl. auch SK-StPO/Wolter, 4. Aufl. 2011, § 160 a Rn. 48, der eine „Synchronisation durch verfassungskonforme Auslegung“ fordert.

dieser Stelle jedoch die Empfehlung geboten, sich darauf einzurichten, dass wenn die Voraussetzungen des § 97 StPO nicht vorliegen, auch § 160 a StPO keinen Schutz vor Durchsuchung und Beschlagnahme bietet.

VI. Zusammenfassung zur Darstellung des Meinungsstandes

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass der Syndikusanwalt auch bei der Tätigkeit für seinen Dienstherrn das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO haben kann. Die Anknüpfung des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO an den Anwaltsbegriff des Berufsrechts allein führt dabei noch nicht zu einer eindeutigen Einordnung der Tätigkeit des Syndikusanwalts als anwaltliche oder nichtanwaltliche. Erforderlich ist eine Prüfung im Einzelfall, die sich maßgeblich am Schutzzweck des strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts orientiert.

Die Meinungen in der berufsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung, insbesondere zum forensischen Vertretungsverbot nach § 46 BRAO, gehen auseinander. Zwar hält der BGH in seiner berufsrechtlichen Rechtsprechung grundsätzlich weiterhin an der Doppelberufstheorie fest. Andererseits erkennt er jedoch an, dass die Tätigkeit des Syndikusanwalts unter bestimmten Voraussetzungen als weisungsfreie Fallbearbeitung anzusehen ist und daher als praktische anwaltliche Erfahrung im Sinne der Fachanwaltsordnung zu berücksichtigen ist. Die Doppelberufstheorie wird in der Literatur beharrlich als realitätsfern und nicht für jede Konstellation sachgerecht kritisiert. Der BGH ist vor diesem Hintergrund auf dem Weg zu der richtigen Erkenntnis, dass die Frage, inwiefern ein Syndikusanwalt im Rahmen seines ständigen Beschäftigungsverhältnisses unabhängig tätig wird, generell eine Frage des Einzelfalls ist.

Dabei ist die aus seiner arbeitsvertraglichen Bindung folgende Weisungsgebundenheit kein zwingender Grund, die im Rahmen des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber geleistete rechtsberatende und z. B. vertragsgestaltende Tätigkeit generell als nichtanwaltliche Arbeit anzusehen. Auch hier gilt, wie es insbesondere das LG Berlin in seinem Beschluss vom 30.11.2005 festgestellt hat, dass die inhaltliche Freiheit von sowie die Gebundenheit an Weisungen des Dienstherrn eine Frage der konkreten Umstände des Einzelfalls ist.

Vor diesem Hintergrund muss sich die Prüfung, ob dem Syndikusanwalt im Einzelfall das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusteht, am Schutzzweck des Rechts zur Zeugnisverweigerung orientieren. Dieser erfasst die Tätigkeit des Syndikusanwalts als anwaltliche, soweit zwischen ihm und seinem Arbeitgeber bzw. dessen Vertretern ein Vertrauensverhältnis mit schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen besteht und die Erfüllung der Aufgaben des Syndikusanwalts ohne den Schutz durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erheblich beeinträchtigt wäre. Dieses Ergebnis entspricht auch der im strafprozessualen Schrifttum sowie in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung überwiegenden Ansicht. Die Entscheidungen des EuGH, die den Syndikusanwalt vom Schutz des „legal privilege“ nach europäischem Recht ausnehmen, führen dabei nicht zu einer anderen Bewertung der Rechtsstellung des Syndikusanwalts nach der StPO.

Eine entscheidende Rolle bei dieser Einbeziehung des Syndikusanwalts in den Schutzbereich des § 53 StPO spielt die unter Berufsrechtlern allgemein vertretene Ansicht, wonach der Syndikusanwalt auch bei seiner Tätigkeit im ständigen Beschäftigungsverhältnis seinen berufsrechtlichen Pflichten als Rechtsanwalt unterliegt. Durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses kann die Vereinbarkeit von Berufsrecht und arbeitsrechtlichem Direktionsrecht hinreichend sichergestellt werden. Die berufsrechtlichen Pflichten des Syndikusanwalts und die damit einhergehende Aufsicht und disziplinarische Überwachung durch die Rechtsanwaltskammern und Berufsgerichte stellen dabei zugleich die aus verfassungsrechtlicher Sicht maßgebliche Sicherung gegen einen unangemessenen Gebrauch von Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrechten dar.

Ein Beschlagnahmeschutz im Verhältnis des Syndikusanwalts zu dem ihn beschäftigenden Unternehmen oder zu dessen Organvertretern ergibt sich daraus jedoch nur in sehr eingeschränktem Maße. Sofern das Unternehmen zumindest Beteiligungsinteressent i. S. d. § 432 StPO (Einziehung und Verfall) ist oder die Vorschriften der StPO gemäß § 46 Abs. 1 OWiG in einem Bußgeldverfahren anwendbar sind, kommt ein Beschlagnahmeschutz in Betracht. Auch dann kann der Syndikusanwalt jedoch nur unter den sehr engen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 StPO als Verteidiger mit dem dann durch § 148 StPO gewährten Beschlagnahmeschutz gewählt werden. Hinsichtlich des Beschlagnahmeschutzes für den Rechtsanwalt, der nicht zugleich Verteidiger ist, darf nicht verkannt werden, dass die instanzgerichtliche Rechtsprechung an einer einschränkenden Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

festhält, wonach nur das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Beschuldigtem geschützt wird. Als juristische Person kann das den Syndikusanwalt beschäftigende Unternehmen jedoch nicht Beschuldigter in diesem Sinne sein. Es muss daher auf die fortbestehende Unsicherheit und letztlich auch Unwahrscheinlichkeit einer Beschlagnahmefreiheit der beim Syndikusanwalt befindlichen Unterlagen nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO hingewiesen werden. Zudem müssen, auch wenn im Einzelfall Unterlagen durch § 97 Abs. 1 StPO vor Beschlagnahme geschützt sind, die Anforderungen des § 97 Abs. 2 StPO an die Gewahrsamsverhältnisse im Unternehmen beachtet werden. Der Mitgewahrsam eines Beschuldigten schließt den Schutz des § 97 Abs. 1 StPO aus. Eine weitere Voraussetzung des Vertrauensschutzes zugunsten des Syndikusanwalts durch die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO sind daher organisatorische Maßnahmen, die für den Syndikusanwalt eine „Gewahrsamsenkave“ hinsichtlich seiner anwaltlichen Unterlagen schaffen und den Dienstherrn vom unmittelbaren Zugang ausschließen.

VII. Bisherige Regelungsvorschläge

Vor diesem Hintergrund sind in der Vergangenheit bereits verschiedene Vorschläge zu einer gesetzlichen Regelung bzw. Klarstellung der Rechtsstellung des Syndikusanwalts in Bezug auf seine Tätigkeit im ständigen Beschäftigungsverhältnis gemacht worden. Diese sollen an dieser Stelle als Hintergrund für die sich anschließende eigene Stellungnahme – unkommentiert – aufgelistet werden:

1. DAV-Stellungnahme von Oktober 1993:³¹⁶

§ 46 BRAO wird wie folgt gefasst: *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.*

2. DAV-Stellungnahme Nr. 42/2012 (Stand: Mai 2012):

- § 46 BRAO erhält folgende Überschrift: *§ 46 Rechtsanwälte in ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnissen*

316 Mitgeteilt durch Koch, L., Rohrkrepiererl, in: AnwBl 1994, 120.

- Abs. 1 wird wie folgt gefasst: *(1) Der Rechtsanwalt, der seinen Beruf in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis ausübt, darf für seinen Dienstherrn vor Gerichten und Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden.*
- Nach Abs. 3 wird der folgende Abs. 4 angefügt: *(4) Wer in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis nach Abs. 1 steht, übt in ihm seinen anwaltlichen Beruf dann aus, wenn er Berater und Vertreter in den Rechtsangelegenheiten seiner Dienstherrn ist oder wenn sein Dienstherr Rechtsanwalt ist.*

3. Das „modifizierte Zulassungsmodell“ der BRAK (Stand: Juli 2013):

- § 6 BRAO wird wie folgt neu gefasst: *(1) Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wird auf Antrag erteilt.*
(2) Als Rechtsanwalt kann auch zugelassen werden, wer seine Tätigkeit ganz oder überwiegend in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis bei einem nicht anwaltlichen Arbeitgeber ausübt und für diesen überwiegend rechtsbesorgend tätig ist (Syndikusanwalt).
(3) Ein Antrag darf nur aus den in diesem Gesetz bezeichneten Gründen abgelehnt werden.
- In § 46 BRAO wird folgender neuer Absatz 4 eingefügt: *(4) Für den nach § 6 Abs. 2 BRAO zugelassenen oder tätigen Rechtsanwalt gelten die Absätze 1 bis 3 entsprechend. Er darf seine rechtsbesorgende Tätigkeit für seinen Auftraggeber nur in dessen Rechtsangelegenheiten und denen der mit diesem verbundenen Unternehmen erbringen und muss dabei fachlich weisungsfrei sein.*

VIII. Eckpunktepapier des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vom 13.01.2015

1. Die „kleine berufsrechtliche Regelung“

Der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz *Heiko Maas* hat auf dem Neujahrsempfang des Deutschen Anwaltvereins am 13.01.2015 sein

Eckpunktepapier für eine „*Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte*“ vorgestellt.³¹⁷ Dieses sieht eine berufsrechtliche Regelung der Tätigkeit von in Unternehmen angestellten Rechtsanwälten vor. *Maas* sprach bei der Vorstellung von einer „kleinen berufsrechtlichen Regelung“.³¹⁸

Die insgesamt dreizehn aufgeführten Eckpunkte markieren folgende Regelungspläne:

- Die Doppelberufstheorie wird aufgegeben. Es soll geregelt werden, dass der bei einem Unternehmen angestellte Rechtsanwalt bei der Beratung und Vertretung seines Arbeitgebers anwaltlich tätig ist (Nr. 3). Eine daneben ausgeübte Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt soll weiterhin zulässig, aber als Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltschaft nicht mehr notwendig sein (Nr. 5).
- Voraussetzung für die Zulassung des bei Nichtanwältinnen angestellten Juristen als (in dieser Eigenschaft tätiger) Rechtsanwalt sei, dass sich die Gewährleistung seiner Unabhängigkeit aus dem Anstellungsvertrag ergibt (Nr. 9). Diese dürfe nicht durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers beeinträchtigt werden (Nr. 8).
- Für den zugelassenen Syndikusanwalt sollen die allgemeinen Regelungen des Berufsrechts gelten, wobei der Satzungsversammlung der BRAK die weitere Konkretisierung überlassen wird (Nr. 12).
- Ein gerichtliches Vertretungsverbot für den Syndikusanwalt soll in zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren insoweit fortgelten, als Anwaltszwang besteht. Die Vertretung in Verfahren ohne Anwaltszwang wird in der Funktion als Syndikusanwalt möglich sein, nicht nur – wie bisher – als sonstiger Vertreter des Arbeitgebers (Nr. 10). Die Vertretung des Arbeitgebers in verwaltungs-, finanz- und sozialgerichtlichen Verfahren soll unbeschränkt zulässig sein.
- Für die Verteidigung in Straf- und Bußgeldverfahren, die gegen den Arbeitgeber oder Mitarbeiter in Unternehmensangelegenheiten geführt werden, soll für den Syndikusanwalt ein generelles Vertretungsverbot gelten (Nr. 11), ohne dass davon eine Ausnahme in den Fällen bestehen

317 Abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 12.03.2015): http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150113_Eckpunkte_Syndikusanwaelte.html

318 Siehe den Bericht in AnwBl 2015, M34.

wird, in denen der Syndikusanwalt als außerhalb des Unternehmens niedergelassener Anwalt tätig wird.

- **Die Anwaltsprivilegien des Strafprozessrechts, insbesondere Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot, sollen für den Syndikusanwalt ausdrücklich ausgeschlossen werden (Nr. 13).**

Zur Begründung für den zuletzt genannten Ausschluss der anwaltlichen Privilegien verweist das Eckpunktepapier zum einen auf die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität der Strafverfolgung und das Ziel einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung. Beides sehen die Verfasser durch Zeugnisverweigerungsrechte oder „vergleichbare verfahrensrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung“ gefährdet. Dabei wird unterstellt, dass bei Gewährung der Anwaltsprivilegien die Gefahr bestehe, dass innerhalb eines Unternehmens vorhandene Beweismittel zum Syndikusanwalt verschoben und so dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen würden. Zudem müsse die von den Ermittlungsbehörden vorzunehmende Beurteilung, ob bei bestimmten Ermittlungsmaßnahmen Beweiserhebungsverbote zu berücksichtigen sind, anhand äußerlich einfach feststellbarer Kriterien möglich sein. Die Unterscheidung zwischen Rechtsberatung und sonstiger geschäftlicher Beratung sei kein taugliches Abgrenzungskriterium für die privilegierte und nicht-privilegierte Tätigkeit des Syndikusanwalts.

Parallel dazu wird auch das generelle Vertretungsverbot in Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen mit dem sonst in Betracht kommenden Vertraulichkeitsschutz nach §§ 53 Abs. 1 Nr. 2, 97 Abs. 1 bis 3 StPO etc. begründet. Die Gefahren einer zu weitgehenden Einschränkung der Effektivität der Strafverfolgung sowie der unzulässigen Verschiebung von Beweismitteln stünden auch hier im Raum.

2. Erste Reaktionen auf das Eckpunktepapier

Der Vorschlag, die Stellung der Syndikusanwälte prinzipiell berufsrechtlich zu regeln, wurde in der Anwaltschaft weitgehend positiv bewertet, teilweise aber auch mit der Sorge kommentiert, auf diese Weise lasse sich die sozialversicherungsrechtliche Problematik nicht eindeutig klären.

Der *Deutsche Anwaltverein* (DAV) hat die berufsrechtliche Sicherung der Tätigkeit der Syndikusanwälte als anwaltliche Tätigkeit begrüßt. Sie führe zu einer Stärkung des Rechts in den Unternehmen. Zugleich hat der DAV angekündigt, sich darüber hinausgehend auch für die Anerkennung der anwalt-

lichen Privilegien einsetzen zu wollen.³¹⁹ Auch der *Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ)* hat das Eckpunktepapier umfassend begrüßt und dabei die mit der Abschaffung der Doppelberufstheorie erfolgende Klarstellung für das Berufsbild der Syndikusanwälte betont.³²⁰ Es dürfe jedoch kein neuer Anwaltstypus entstehen, der lediglich eine besondere Ausprägung des Rechtsanwalts sei. Hinsichtlich der geplanten Einschränkungen der anwaltlichen Privilegien weist der BUJ auf die möglicherweise entstehende Rechtsunsicherheit im Falle von Ermittlungsmaßnahmen ausländischer Behörden bei international tätigen Unternehmen hin. Der im Eckpunktepapier genannten Gefahr, Beweismittel könnten in die Rechtsabteilung verschoben werden, um sie dem Zugriff der Ermittlungsbehörden zu entziehen, widerspricht der BUJ mit Nachdruck. Ein solcher Generalverdacht werde dem berufsrechtlichen Selbstverständnis der Syndikusanwälte nicht gerecht, zumal bereits bestehende Sicherungsmittel der Strafprozessordnung einem derartigen Missbrauch der Rechtsstellung entgegenwirkten.

Demgegenüber hat die Hauptversammlung der *Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)* sich in ihrer Sitzung am 27.02.2015 der berufsrechtlichen Lösung des Eckpunktepapiers nicht angeschlossen. Sie verweist dabei auf strukturelle und methodische Unschärfen des Vorschlags, insbesondere hinsichtlich der Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft sowie des Schutzes des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses.³²¹ Die bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Probleme sollten vorzugsweise durch eine Änderung des Sozialrechts gelöst werden, wie es die BRAK bereits am 02.12.2014 mit einer Gesetzesnovelle zum SGB VI vorgeschlagen hat.³²²

Die avisierte Reform des Berufsrechts ist auch von einigen – bereits in der vorherigen Diskussion engagierten – *Literaturstimmen* positiv bewertet worden. *Susanne Offerman-Burckart* hat dabei hervorgehoben, dass die Entscheidung darüber, ob eine konkrete Tätigkeit im Unternehmen anwaltlicher oder nicht-anwaltlicher Natur ist, richtigerweise den Rechtsanwaltskammern

319 Siehe die Pressemitteilung des DAV Nr. 3/15, abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 12.03.2015): <http://anwaltverein.de/interessenvertretung/pressemitteilungen/pm-03-15>

320 Siehe die Stellungnahme des BUJ vom 18.02.2015, abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.03.2015): http://www.buj.net/resources/Server/BUJ-Stellungnahmen/BUJ_Stellungnahme_150218.pdf

321 Siehe die Presseerklärung Nr. 3 der BRAK vom 27.02.2015, abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.03.2015): <http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2015/presseerklaerung-03-2015/>

322 Der Gesetzgebungsvorschlag ist abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 16.03.2015): http://www.brak.de/w/files/05_zur_rechtspolitik/national/2014-12-04_gesetzgebungsvorschlag_syndikus_endf.pdf

überantwortet werde.³²³ Hinsichtlich der die Anwaltsprivilegien betreffenden Nr. 13 des Eckpunktepapiers fordert sie eine eingehendere Betrachtung des „Ist-Zustands“, die eine zumindest weiter ausdifferenzierte Regelung gebiete.³²⁴ Es sei gängige Praxis, dass Syndikusanwälte ihre nach der Doppelberufstheorie vorgeschriebene Kanzlei häufig in den Räumen ihres Arbeitgebers einrichten, was „eigentlich“ gegen das berufsrechtliche Gebot einer Bürogemeinschaft nur mit Angehörigen sozietätsfähiger Berufe verstoße. Trotzdem seien praktisch keine Fälle bekannt geworden, in denen Syndikusanwälte gegenüber den Ermittlungsbehörden geltend gemacht hätten, bestimmte Unterlagen befänden sich in ihrem Büro als ihrer Anwaltskanzlei und unterlägen deshalb einem Beschlagnahmenschutz.

Auch *Hanns Prütting* hat das Eckpunktepapier als „großen Schritt in die richtige Richtung“ und vor allem die Abschaffung der „unhaltbaren Doppelberufstheorie“ begrüßt.³²⁵ Der geplante Ausschluss der Anwaltsprivilegien lasse sich insbesondere hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts problematisieren.³²⁶ Das Argument, es bestehe kein klarer und für die Ermittlungsbehörden handhabbarer Unterschied zwischen Syndikusanwälten und juristischen Mitarbeitern ohne Zulassung, sei unzutreffend, da es die Bedeutung des Außenauftretens sowie die Wirkungen der Anwaltszulassung verkenne.

Unter dem Motto „*Besser eine kleine als keine Lösung!*“ hat *Hanno Merkt* das Eckpunktepapier positiv gewertet, einzelne Eckpunkte jedoch als unzureichend kritisiert.³²⁷ Er warnt vor zu viel Ermessensspielraum für die Kammern, die dann über die Anwaltseigenschaft der Syndikustätigkeit entscheiden sollen. Das Vertretungsverbot in zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren mit Anwaltszwang sieht *Merkt* vor allem wegen drohender Nachteile in transatlantischen Rechtskonflikten als bedenklich an. Die Kommunikation des Syndikusanwalts müsse der anwaltlichen Verschwiegenheit unterworfen werden. Dies gelte auch für das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht. Die Aussagepflicht sei nicht mit dem Grundverständnis als vollwertiger Rechtsanwalt vereinbar und dürfe nicht durch einen „realitätsfremden Generalverdacht“ gerechtfertigt werden: „*Etwaigen Missbräuchen kann dann*

323 *Offermann-Burckart*, S., Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte: Fast die Quadratur des Kreises, in: *AnwBl* 2015, 202 [203 f.] (in diesem Buch ab S. 169).

324 *Offermann-Burckart* aaO, S. 207 (in diesem Buch ab S. 169).

325 *Prütting*, H., Das Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums zu den Syndikusanwälten. Ein wichtiger legislativer Schritt, in: *AnwBl* 2015, 199.

326 *Prütting* aaO, S. 201.

327 *Merkt*, H., Syndikusanwälte: Besser eine kleine als keine Lösung!, in: *BB Die erste Seite* 2015, Nr. 8.

punktgenau und effektiv durch empfindliche (Haftungs-)Sanktionen begegnet werden, die auch generalpräventiv wirken und den Syndikus zudem im Unternehmen gegen etwaige Einflussnahme abschirmen.“

IX. Eigene Stellungnahme

Angesichts des vorstehend ausführlich dargestellten breiten Meinungsspektrums in Literatur und Rechtsprechung wäre es vermessen, gerade auch aus der Perspektive des Strafverteidigers und Strafrechtslehrers, selektiv vorzugswürdig angesehene Argumente zusammenzustellen, um sie schließlich als „einzig richtige“ Lösung zum Ergebnis dieser Untersuchung zu erklären. Es sei uns stattdessen erlaubt, anhand der persönlichen Erfahrung mit Kontakten als externer Anwalt über die in Rechtsabteilungen tätigen Rechtsanwälte zu den jeweiligen Mandanten aus der Führungsebene von Unternehmen oder auch zu nachgeordneten Mitarbeitern den Bedarf an Vertraulichkeitsschutz zum Ausgangspunkt eigener Auslegungen zum geltenden Recht, zum Regelungs- und Klarstellungsbedarf durch den Gesetzgeber sowie zum nun mit dem Eckpunktepapier vorliegenden berufsrechtlichen Regelungsvorschlag zu machen.

1. Beispielsfall

Dazu sei folgende durchaus typische Fallkonstellation als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen genommen:

Grundfall

Die Staatsanwaltschaft erhält einen konkreten Hinweis auf die Beteiligung eines Mitarbeiters der Einkaufsabteilung eines Unternehmens an strafrechtlich relevanten Manipulationen im Beschaffungswesen in Verbindung mit einem bestimmten Zuliefererbetrieb. Sie erwirkt einen Durchsuchungsbeschluss nach § 103 StPO, den sie in der Weise vollstreckt, dass sie beim Leiter der Rechtsabteilung, RA X, vorspricht und erklärt, dass eine Durchsuchung im eigentlichen Sinne entbehrlich werde, wenn das Unternehmen sämtliche die in Rede stehende Geschäftsbeziehung betreffenden Unterlagen freiwillig herausgebe. RA X verspricht die Hilfe bei der Auswertung der elektronisch gesicherten (auch E-Mail-)Daten, die zunächst in einem Datenvolumen von mehreren Terabyte gespiegelt und verschlüsselt gesichert werden. In der Vorbereitung des Gesprächs mit der Staatsanwaltschaft zum Zwecke des Ausfilterns der verfahrensrelevanten von den irrelevanten Dokumenten spricht X mit dem Leiter der Einkaufsabteilung L.E., der ihn um ein vertrauliches Gespräch gebeten hat. L.E. vertraut X in der Gewissheit, dass er es ja schließlich mit einem schweigepflichtigen Rechtsanwalt zu tun hat, an, seinen sichtbar hohen Lebensstandard, der im Betrieb

schon zu allerlei Gerüchten Anlass gegeben hatte, mit Hilfe von Provisionen finanziert zu haben, die er regelmäßig vom Lieferanten umsatzbezogen erhält. Gleichzeitig macht er zu seiner „Entschuldigung“ geltend, im Ergebnis habe das eigene Unternehmen durch diese Methode der Bindung an den Geschäftspartner nur Vorteile gehabt. X weist darauf hin, dass er spätestens bei der rechtlichen Bewertung dieses letztgenannten Aspekts in Loyalitätskonflikte geriete, wenn er nun auch noch die persönliche Beratung des L.E. in strafrechtlicher Hinsicht oder gar die förmliche Strafverteidigung übernehmen wollte. Deshalb vermittelt er L.E. den Kontakt mit einem externen Strafverteidiger, der schon beim ersten Telefonat den Eindruck gewinnt, dass hier nur eine „Vorwärtsverteidigung“ mit dem Ziel einer milden Strafe in Frage kommt, was aber voraussetze, dass man möglichst schnell auch mit Hilfe von X und seinen Zugängen zu weiteren Informationen aus dem Unternehmen nicht nur dessen Kooperationsbereitschaft gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, sondern auch die Reue und den Aufklärungswillen seines Mandanten L.E. unter Beweis stellen kann. Es kommt dann zu einem Dreiergespräch, bei dem alle Beteiligten als selbstverständlich davon ausgehen, dass auch taktische Fragen des Vorgehens bei der konstruktiven Unterstützung der Staatsanwaltschaft offen und unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses erörtert werden können.

Fallvariante 1:

Die Geschäftsleitung erfährt durch X von der Bereitschaft des L.E., ein Geständnis abzulegen und von der Zusage der kooperativen Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung durch die Rechtsabteilung. Dem anwaltlichen Rat des X folgt die Geschäftsleitung ohne weiteres, indem sie X ermuntert, der Staatsanwaltschaft „alles zu geben, was sie benötigt“.

Fallvariante 2:

Die Geschäftsleitung erfährt von dem Vorgang zunächst nichts und sträubt sich, als X auch die auf der „Chefetage“ geführten Akten zur Übergabe an die Staatsanwaltschaft bereitstellen möchte, gegen jedwede Kooperation mit den Ermittlungsbehörden. Dem Ansinnen, X möge die Geschäftsführung „heraushalten“, ist X unter Hinweis auf seine anwaltliche Wahrheitspflicht nicht bereit zu folgen. Außerdem gibt er zu bedenken, dass L.E. ihm auch anvertraut hatte, sich bei seinen Nebengeschäften mit dem Lieferantunternehmen stets der Zustimmung oder Duldung durch die „Hausspitze“ gewiss gewesen zu sein, die ihm nur eingeschärft hatte, davon nichts gegenüber der Rechtsabteilung verlauten zu lassen, die sonst wieder auf den überfälligen Aufbau eines (zu teuren) Compliance-Systems drängen und auch arbeitsrechtliche Konsequenzen verlangen würde, die für L.E. zum Arbeitsplatzverlust und für die Firma per Saldo zu einem erheblichen Umsatz- und Gewinneinbruch geführt hätten.

2. Die Zwei-Berufe-Theorie ist lebensfremd

Wäre der Syndikus Rechtsanwalt X ein Anhänger der Zweiberufe-Theorie, hätte er schon bei dem Ansinnen des L.E., mit ihm ein vertrauliches Gespräch zu führen, darauf hinweisen müssen, dass er „hier“ nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt, sondern als Bediensteter des gemeinsamen Arbeitgebers tätig ist, sodass es nur noch an der aus amerikanischen Kriminalfilmen bekannten Belehrung gefehlt hätte: *„Alles, was Sie ab jetzt sagen, kann gegen Sie verwertet werden.“* Wenn daraufhin L.E. geschwiegen hätte, wäre das in beiden Fallvarianten nicht nur nicht in seinem Interesse gewesen, sondern auch nicht in dem des Dienstherrn und auch nicht einmal im Interesse der Staatsanwaltschaft und der Rechtsgemeinschaft daran, dass Kriminalität wirksam zu bekämpfen sei. Auch der externe Strafverteidiger wäre nicht zu dem Mandat gekommen (das müsste er verkraften) und auch nicht zu den für dessen Wahrnehmung wichtigen Informationen. In der Fallvariante 2 (Konflikt mit der Geschäftsleitung, die strafrechtlich gefährdet ist) dient das Verständnis, wonach der Syndikus auch in seiner In-house-Rechtsberatung anwaltlich tätig und an das Berufsrecht gebunden ist, den Interessen einer guten Unternehmensführung sowie den Interessen aller Beteiligten auch eher, als bei den praktischen Folgerungen des ohnehin sehr gekünstelt wirkenden Zwei-Berufe-Modells.

Die Vorstellung, Herr X übe seinen Beruf gleichsam als gesplante Persönlichkeit aus, erscheint bei lebensnaher Betrachtung weit weg von der Realität. Im Regelfall hat der Dienstherr ihn gerade deshalb in seine Rechtsabteilung berufen, weil er wusste, dass er den Status des Rechtsanwalts über zwei Staatsexamina und eine Zulassung durch die öffentlich-rechtliche Anwaltskammer erworben hat und damit eine höhere Sachkompetenz als jeder andere auch akademisch und sogar juristisch ausgebildete leitende Mitarbeiter sowie einen dem Anwaltsberuf eigenen Vertrauensvorschuss mitbringt. In den meisten Fällen hat die Rechtsanwaltskammer ihm die Zulassung als Rechtsanwalt erteilt und ihn entsprechend vereidigt, nachdem er schon in seinen Antragsunterlagen angegeben hatte, wo er seine Praxis ausüben werde und mit welchem arbeitsrechtlichen Status er dort tätig sein wird. Wenn dann zu dem Konstrukt einer außerhalb des Dienstverhältnisses noch formell angemeldeten (oder auch nur fingierten) „freien“ Praxis in der privaten Wohnung gegriffen wird, die augenzwinkernd von der Kammer formal als „Erstberuf“ akzeptiert wird, grenzt dies an ein Maß von Unwahrhaftigkeit und Irreführung des Publikums, das gerade für einen juristischen Beruf unwürdig sein sollte.

3. Vorzüge einer „Ein-Beruf-Theorie“

Die Publikumserwartungen gehen jedenfalls in eine andere Richtung: man verbindet die professionellen Qualitäten eines Rechtsanwalts so sehr mit seinem Fulltime-Arbeitsumfeld, dass der Syndikusanwalt gerade wegen seiner Einbindung in eine betriebliche und u. U. komplex organisierte Unternehmenswelt über eine die Juristerei übersteigende Fachkompetenz verfügt und wegen der engen Bindung an das Recht, insbesondere auch an das anwaltliche Berufsrecht, als „rechtliches Gewissen“ des Unternehmens zu fungieren hat. Dass dies gelegentlich auch (wie in der Fallvariante 2) zu Konflikten führt, nachdem die Geschäftsleitung es in pflichtwidriger Weise bewusst unterlassen hat, die Rechtsabteilung in zweifelhafte, bedenkliche oder gar unzulässige Praktiken überhaupt einzuweihen, liegt auf der selben Ebene, auf der auch die Konsultation von frei praktizierenden Rechtsanwälten wegen unseres Rufes als notorische Bedenkenträger vermieden wird. Und auch das Gegenargument, dass trotz des Wirkens der Rechtsabteilungen mit den darin tätigen Rechtsanwälten immer noch Defizite in der Compliance vorkommen,³²⁸ besagt über die Anwaltseigenschaft der Syndici genau so viel und genau so wenig wie der Umstand, dass es immer noch Kranke gibt, über die Berechtigung der in Krankenhäusern tätigen Mediziner, sich Ärzte zu nennen.

4. Notwendigkeit einer strafbewehrten Schweigepflicht auch der Syndizi

Völlig unverständlich wäre für das Rechtspublikum die Vorstellung, was man einem angestellten Anwalt an Wissen anvertraut, werde durch die Strafdrohung für die Verletzung des Anwaltsgeheimnisses nach § 203 StGB nur insoweit geschützt, als er es in seiner unbedeutenden Nebenrolle als (scheinbar) „frei“ praktizierender (Wohnzimmer-)Anwalt in Erfahrung gebracht hat. Das Beispiel zeigt, wie sehr die Zwei-Berufe-Theorie an der Realität der Lebensanschauungen, aber auch der mit der Anstellung eines Rechtsanwalts durch die Arbeitgeber verfolgten Zwecke vorbeigeht. Dass der Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Syndikus das ihm anvertraute Wissen straflos ausplaudern dürfen soll (oder nur wie jeder andere Mitarbeiter die Betriebsgeheimnisse zu wahren hätte), würde niemand verstehen.

328 So zuletzt wieder Singer, BRAK-Mitteilungen 2014, 282 [290].

5. Abgrenzung zu wirklichen Doppelberufen von Rechtsanwälten

Zwei voneinander in ihren Rechts- und Pflichtenkreisen getrennte Berufe übt der Geschäftsführer einer GmbH aus, der vorher frei praktizierender Anwalt war und die handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung unter Beibehaltung seiner Zulassung übernommen hat. Dasselbe gilt für die Parlamentsabgeordneten, die noch als Mitglieder einer Anwaltssozietät in einem anzeigepflichtigen Nebenberuf als Rechtsanwalte tätig bleiben. Einen Sonderfall bildete einer der Autoren³²⁹ dieser Untersuchung, als ihn der Landtag einstimmig zum Hessischen Datenschutzbeauftragten wählte, und wegen der im Hessischen Datenschutzgesetz ausdrücklich geregelten „völligen Unabhängigkeit“ dieses Amtes weder die zuständige Rechtsanwaltskammer noch die Hessische Landesregierung Bedenken gegen dieses „Nebenamt“ (der Beruf des Rechtsanwalts wurde gleichzeitig in der Frankfurter Praxis ausgeübt) hatten. Die Strafbewehrung der Schweigepflicht aus den Rechtsanwaltsmandaten folgte in dieser Zeit wie davor und danach aus § 203 StGB. Die ebenfalls strafbewehrte Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses in der Rolle als Behördenleiter folgte aus §§ 23 HDSG, 353 b StGB. Die Unabhängigkeit als Datenschutzbeauftragter, der damals noch nur für den öffentlichen Bereich zuständig war, sodass auch die rechts- und fachaufsichtsfreie Tätigkeit im ministerialfreien Raum garantiert war, folgte aus dem HDSG, während die davon getrennte Anwalts-tätigkeit der Rechtsaufsicht durch die RAK unterstand.

Mit all diesen Konstellationen von wirklich getrennt ausgeübten Mehrfachberufen ist bei realistischer und lebensnaher Betrachtung der Syndikusanwalt nicht vergleichbar, weil er gerade in der Rolle des Rechtsanwalts engagiert und angestellt ist, und eine daneben existierende eigene Praxis als freier Anwalt in den meisten Fällen schlicht fingiert wird.

6. Unabhängigkeit des Syndikusanwalts?

Durchaus ernst zu nehmen ist der Einwand, dass für den Beruf des Rechtsanwalts die Unabhängigkeit wesentlich und definatorisch notwendig ist. Dabei sind beim Vergleich zwischen dem (bei einem nichtanwaltschaftlichen Arbeitgeber)

329 Rainer Hamm war von 1996 bis zum 30.06.1999 neben dem Beruf des Rechtsanwalts Hessischer Datenschutzbeauftragter.

angestellten Rechtsanwalt und dem in eigener Anwaltskanzlei praktizierenden Rechtsanwalt idealtypisch die folgenden Aspekte zu beachten:

- finanzielles Nichtangewiesensein auf bestimmte Mandate;
- Weisungsfreiheit;
- Freiheit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen;
- Möglichkeit der Mandatsniederlegung im unüberbrückbaren Konfliktfall.

Es kann als offenkundig gelten, dass in der Praxis der „frei praktizierenden“ Einzelanwälte, Partner von Sozietäten und Anwaltsgesellschaften oder gar bei den dort angestellten Anwälten diese Merkmale kaum jemals alle und durchgehend gewährleistet sind. Dennoch ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, z. B. einem Verkehrsanwalt, der praktisch ausschließlich von den Fallzuweisungen durch einen Automobilclub oder einer KfZ-Versicherung lebt, schon deshalb die Anwaltseigenschaft abzusprechen.

Umgekehrt kann die berufsrechtlich und kammerüberwachte Personalunion zwischen dem als Rechtsanwalt zugelassenen Justitiar und dem unternehmensintern tätigen Leiter oder Mitarbeiter der Rechtsabteilung durchaus so organisiert werden, dass das Anwaltsmerkmal der Unabhängigkeit in allen typisch advokatorischen (Rechtsberatung, rechtliche Prüfung und Rechtsgestaltung) Tätigkeiten, die innerhalb des Unternehmens anfallen und für die man auch einen externen Anwalt hätte beschäftigen können, gewahrt bleibt. Dazu gehören ebenso eine entsprechende innere Organisation des Unternehmensaufbaus wie arbeitsvertragliche Regelungen, die jenen Mitarbeitern der Rechtsabteilungen, die als Rechtsanwälte beschäftigt werden, die Bindung an das anwaltliche Berufsrecht und eben jene Freiheiten einräumen, die als Merkmale einer fachlichen Unabhängigkeit gelten können.

Nach Auskunft mehrerer von uns befragter Syndikusanwälte, einschließlich des bisher in der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main für die Zulassungen zuständigen Vorstandsmitglieds, sind solche Vertragsgestaltungen bereits ständige Praxis. Soweit dies noch nicht der Fall sein sollte, dürfte eine entsprechende gesetzliche Formulierung dieser Voraussetzung dazu führen, dass die bestehenden Verträge ergänzt werden, sodass die Freiheit und Ergebnisoffenheit in der Bearbeitung der einzelnen intern vergebenen Mandate (Arbeitsaufträge) gewährleistet ist.

Dies führt zunächst einmal nicht zur Privilegierung der Syndikusanwälte, sondern zu dem „Nachteil“ der damit auch nicht mehr zweifelhaften Strafbarkeit nach § 203 StGB.

Hat man aber erst einmal die Strafwürdigkeit und Strafbarkeit des Geheimnisverrats auch für die Fälle erkannt, in denen der Täter Syndikusanwalt ist, folgt daraus logisch auch die Anerkennung des Zeugnisverweigerungsrechts unter den beschriebenen Voraussetzungen einer gesicherten Unabhängigkeit in allen Rechts(beratungs-)angelegenheiten. § 53 StPO ist nämlich die prozessuale Kehrseite der strafbewehrten Schweigepflicht.³³⁰

7. Beschlagnahmeschutz?

Sofern das Unternehmen zumindest eine beschuldigtenähnliche Stellung im Strafverfahren einnimmt, und somit auch die Verweisung des § 434 StPO greift (bei Einziehung, Verfall oder Bußgeldverfahren), kommt ein Beschlagnahmeschutz für den Syndikusanwalt als „Verteidiger“ unter den engen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 StPO in Betracht. Hinsichtlich des Beschlagnahmeschutzes für den Rechtsanwalt, der nicht zugleich Verteidiger ist, muss sich auch der Syndikusanwalt auf die in der Rechtsprechung vorherrschende Rechtsansicht und die fortbestehende Unsicherheit und letztlich auch Unwahrscheinlichkeit der Anerkennung einer Beschlagnahmefreiheit der bei ihm vorhandenen Arbeitsunterlagen nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO einstellen. Eine den Anforderungen des § 97 Abs. 2 StPO genügende „Gewahrsamsenklaue“ des Syndikusanwalts an den betreffenden Unterlagen ist eine weitere Voraussetzung des Beschlagnahmeschutzes nach § 97 StPO, die im Einzelfall gewährleistet sein müsste.

8. Missbrauchsgefahr?

Damit dürfte aber auch die vielfach gegen jegliche Privilege-Anerkennung geltend gemachte Missbrauchsgefahr bei einer Zuerkennung von Beschlagnahmeschutz oder auch des Ermittlungsmaßnahmeverbots nach § 160 a StPO entkräftet sein.

Das LG Mannheim hat sich bei seiner Auslegung des § 160 a StPO auch mit der Gefahr eines Missbrauchs prozessualer Schutzrechte gegen Ermittlungsmaßnahmen im Falle von ein bestimmtes Unternehmen betreffenden Er-

330 Wobei in der strafprozessualen Rechtsprechung des BGH sogar die Besonderheit besteht, dass es ein revisibler Verfahrensfehler sein kann, wenn ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge, der nur erklärt, er sei nicht von der Schweigepflicht befreit, ohne weiteres entlassen wird, bevor das Gericht ihn darauf hingewiesen hat, dass die Entscheidung, ob er gleichwohl aussagen will, allein bei ihm liegt. BGHSt 15, 202; vgl. KK-StPO/Senge, 7. Aufl. 2013, § 53 Rn. 58.

mittlungen befasst. Es dürfe nicht im Belieben des Unternehmens liegen, unliebsame Dokumente durch Übergabe an Rechtsanwälte dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane zu entziehen und so eine zuverlässige Sachverhaltsaufklärung (die auch im Interesse beschuldigter Unternehmensmitarbeiter liege) zu verhindern.³³¹ „Soweit sich ein Mandant, der zu späterer Zeit Beschuldigter eines Strafverfahrens wird, eines – mangels ausreichender Information – als nicht-doloses Werkzeug handelnden Rechtsanwaltes bedient, bewegt sich eine solche Vorgehensweise im Rahmen dessen, was jedem Beschuldigten erlaubt ist und erlaubt sein muss. Soweit es sich aber um Personen handelt, insbesondere um solche, die niemals Beschuldigte eines Strafverfahrens werden können – wie etwa juristische Personen – [...], eröffnet die Regelung des § 160 a StPO n. F. für Zeugen jedoch ebenfalls umfangreiche Möglichkeiten, Beweismittel dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen, was – jedenfalls für andere Verfahrensbeteiligte – ausgesprochen problematische Konsequenzen nach sich ziehen kann. Darüber hinaus bestehen solche Möglichkeiten der Beweismittel-Verlagerung in umso größerem Ausmaß, je weniger finanzielle Gesichtspunkte bei der Beauftragung eines oder mehrerer Rechtsanwälte zu diesem Zweck eine Rolle spielen.“³³²

Diesem „generellen Missbrauchsvorbehalt“ ist mit *Beukelmann*³³³ deshalb – zu widersprechen, weil bereits für den externen Anwalt im Falle des § 160 a StPO die sog. Verstrickungsklausel des Abs. 4 eine hinreichende Sicherung bietet, indem der Schutz des § 160 a Abs. 1 bis 3 StPO entfällt, wenn der Verdacht besteht, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist. Hinsichtlich der Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO sieht dessen Abs. 2 S. 3 eine entsprechende Verstrickungsregelung vor, so dass auch hier sichergestellt ist, dass es nicht durch kollusiv missbräuchliche Ausnutzung der Schutzbereiche zu einer unvertretbaren Einschränkung der Sachverhaltsaufklärung kommt.³³⁴ Zudem gehört die Prüfung der dem Anwalt von seinem Mandanten übergebenen Unterlagen zu dessen berufsrechtlichen Pflichten,³³⁵ so dass auch insoweit kein Unterschied zwischen dem externen und dem angestellten Rechtsanwalt besteht. Er dürfte daher entgegen den Befürchtungen des LG Mannheim in der Regel, weder hinsichtlich einer Ausnutzung des

331 LG Mannheim, Beschluss vom 03.07.2012 – 24 Qs 1/12, 24 Qs 2/12, Rn. 77 ff.

332 LG Mannheim, NSTz 2012, 713 ff., 715 mit Anm. *Jahn/Kirsch* NSTz 2012, 718 ff.

333 *Beukelmann*, S., Beschlagnahme von Mitteilungen zwischen Anwälten und Mandanten, in: *NJW-Spezial* 2012, 504, vgl. *Jahn/Kirsch* NSTz 2012, 720.

334 *Jahn/Kirsch* aaO.

335 Vgl. *Ballo* NZWISt 2013, 46 [52].

§ 160 a StPO, noch einer des § 97 StPO, als „nicht-doloses Werkzeug“ seines Mandanten bzw. Unternehmens, geeignet sein.

C. Fazit und eigene Bewertung des Eckpunkts Nr. 13

Wie bereits im Vorwort dargelegt, lag zum Zeitpunkt der weitgehenden Fertigstellung des vorstehenden Gutachtentextes (noch ohne den Abschnitt B. VIII.) noch keine gesetzgeberische Initiative von Seiten der Bundesregierung oder aus parlamentarischen Kreisen vor. In unserer Bewertung der prinzipiellen Gleichstellung von bei Unternehmen als Rechtsanwälte tätigen Juristen mit den in kleinen oder großen Kanzleien tätigen angestellten Rechtsanwälten, die sich in ihrer berufsrechtlichen Stellung wiederum von ihren anwaltlichen Arbeitgebern nicht unterscheiden, sehen wir uns durch die Ziffern 1–12 des BMJV-Eckpunktepapiers bestätigt.

Nach dem bisher Ausgeführten bedarf es keiner Erwähnung mehr, dass die mit dem Eckpunktepapier geplante Abschaffung der Doppelberufstheorie ein richtiger Schritt ist. Die Überantwortung der Prüfung, ob ein Syndikus auf der Grundlage seines Anstellungsvertrages anwaltlich tätig ist und eine hinreichende Sicherung seiner fachlichen Unabhängigkeit besteht, an die hierfür allein berufene Institution der Selbstverwaltung, die Rechtsanwaltskammern, ist ebenfalls sachgerecht und entspricht zudem der zentralen Rolle der durch die Kammern überwachten und durchzusetzenden Berufspflichten aller Rechtsanwälte.

Jedoch wird der mit Eckpunkt Nr. 13 vorgeschlagene Ausschluss von den strafprozessualen Anwaltsprivilegien der §§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 97 Abs. 1 bis 3, 100 c Abs. 6 und 160 a StPO dem oben dargelegten Bedürfnis eines Vertrauensschutzes in der Kommunikation mit dem Syndikusanwalt nicht gerecht. Er ist auch nicht folgerichtig vom Ausgangspunkt der Anerkennung des Vollbildes anwaltlicher Berufsausübung. Während sich der Plan, das Vertretungsverbot des § 46 BRAO begrenzt fortgelten zu lassen, noch auf der Ebene des historisch zu erklärenden Konkurrenzschutzes bewegt,³³⁶ könnte die Herausnahme der Syndici aus dem berufstypischen Anwaltsgeheimnis mit allen auch strafprozessualen Absicherungen nur mit Gründen gerechtfertigt werden, die auch ihre Zulassung zur Anwaltschaft fragwürdig er-

336 Vgl. dazu *Hellwig, H.-J.*, Der Syndikusanwalt – neue Denkansätze, in: *AnwBl* 2015, 2 ff. (in diesem Buch ab S. 103).

scheinen ließen. Damit würde letztlich der empirisch völlig unbelegte Generalverdacht, im Unternehmen angestellte Rechtsanwälte tendierten in höherem Maße zu Verhaltensweisen, die ggf. als Strafvereitelung oder unmittelbare Teilnahme an Straftaten zu werten wären, auf die Rechtsanwaltskammern durchschlagen. Soweit im konkreten Einzelfall Anhaltspunkte für eine Behinderung der Sachverhaltsaufklärung durch Strafverfolgungsbehörden bestehen, ist ohnehin beim internen ebenso wie beim externen Rechtsanwalt der Zugriff auf die entsprechenden Dokumente und Gegenstände nach § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO ohne weiteres möglich.

Das zur Begründung des Eckpunkts Nr. 13 genannte Ziel der Effektivität der Strafverfolgung und einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung ist zwar ein legitimer und für die StPO grundlegender Wert. Es führt jedoch in die Irre, wenn es isoliert und – wie im Eckpunkt Papier – einseitig vorgebracht wird. Der Syndikusanwalt kann sich beim Aufkommen eines strafrechtlichen Verdachts, wie in den obigen Fallvarianten geschildert, in einer zentralen Vermittlerrolle sowohl zwischen einzelnen Personalebene, Abteilungen oder Personen innerhalb seines Unternehmens als auch zu externen Strafverteidigern, die wiederum für das Unternehmen als juristische Person oder auch für individuell beschuldigte Mitarbeiter tätig werden können, wiederfinden. Gerade solange die Verdachtslage dabei aufgrund tatsächlicher sowie rechtlicher Komplexität unsicher ist, wird der Syndikusanwalt in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt mit den zugehörigen Vertraulichkeitserwartungen in Anspruch genommen werden. Sowohl zwischen dem Unternehmen als juristische Person und seinen Vertretern als auch zwischen der Unternehmensführung und einzelnen Mitarbeitern sowie untereinander können sich Interessendivergenzen herausbilden, sodass wiederum der internen tätige wie der extern tätige Anwalt für Klarheit zu sorgen hat, wem er mit Rat und Tat zur Seite steht. Denn auch die Strafdrohung für Parteiverrat und die berufsrechtliche Pflicht, unterhalb dieser Deliktsschwelle die Vertretung widerstreitender Interessen zu vermeiden, gelten für den Syndikus.

Die Anerkennung der strafbewehrte Schweigepflicht des Syndikusanwalts (§ 203 StGB) sowie – als Gegenstück – des beruflich begründeten Zeugnisverweigerungsrechts sind unverzichtbar, jedenfalls soweit die Syndikusanwälte im Zusammenhang mit drohenden oder bereits eingeleiteten Strafverfahren gegen Organe oder Mitarbeiter der Unternehmen oder auch OWi-Verfahren gegen dieses selbst den Kontakt zu externen Strafverteidigern vermitteln und bei deren Informationsausstattung helfen. In dieser Rolle fungieren die Syndici gleichsam als notwendige Kommunikationsmittler

zwischen Beschuldigten und ihren Verteidigern, sodass im Falle der Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechts der durch § 148 StPO und durch das Rechtsstaatsprinzip garantierte absolute Schutz der Verteidiger-Beschuldigtenkommunikation insoweit durchlöchert wäre.

Die sich daran anschließende strafprozessuale Frage, wem in einem solchen Fall das Recht zur Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO zusteht,³³⁷ wird dahingehend zu lösen sein, dass von der Schweigepflicht in der Regel nur kumulativ durch die juristische Person und den die Beratung des Syndikusanwalts in Anspruch nehmenden Mitarbeiter entbunden werden kann, da die Schweigepflicht regelmäßig beide „Beratungsverhältnisse“ zugleich betreffen dürfte.³³⁸

Zu dem durch das Eckpunktepapier zur Begründung der Ausnahme des Syndikusanwalts vom Beschlagnahmeprivileg sowie von der Beschränkung von Ermittlungsmaßnahmen nach § 160 a StPO angeführten Argument einer Missbrauchsgefahr haben wir oben bereits Stellung genommen. Schon nach geltendem Recht ist ein Beschlagnahmeschutz zugunsten des Syndikusanwalts nur unter sehr engen Voraussetzungen denkbar. Die gleichzeitige Unterwerfung des Syndikus unter die umfassende Kontrolle der Kammern hinsichtlich seiner Berufspflichten brächte den notwendigen, aber auch hinreichenden Schutz gegen die vielfach behauptete, empirisch bislang jedoch nie belegte Missbrauchsgefahr.

Hinsichtlich des geplanten generellen Verbots der Vertretung in Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen ist noch anzumerken, dass der Syndikus bereits nach geltendem Recht jedenfalls weder sein Unternehmen noch dessen gesetzliche Vertreter als Verteidiger vertreten darf. Das umfassende Vertretungsverbot für sämtliche Mitarbeiter des Unternehmens brächte hier eine darüber hinausgehende Klarstellung, die aufgrund der denkbaren Interessenpluralität innerhalb eines unter Verdacht stehenden Unternehmens sowie des in einem Verteidigungsverhältnis notwendigerweise deutlich weniger engen Grenzen unterliegenden Beschlagnahmeschutzes als noch verhältnismäßige Berufsbeschränkung erscheint.

337 Vgl. dazu *Tully, M./Kirch-Heim, C.*, Zur Entbindung von Rechtsbeiständen juristischer Personen von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 StPO, in: *NSStZ* 2012, 657 sowie *Hamm, R.*, Compliance vor Recht? Anwälte bei der Bewältigung eines „Datenskandals“, in: *NJW* 2010, 1332.

338 Vgl. *Tully/Kirch-Heim* *NSStZ* 2012, 657 [663]; *Meyer-Goßner-StPO/Schmitt*, 57. Aufl. 2014, § 53 Rn. 46c m. w. N.

Der Syndikusanwalt – neue Denkansätze

Die systematische Ausgrenzung des Syndikusanwalts seit 1934^{* **}

Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main

Wie ist es zur heutigen Rechtslage beim Syndikusanwalt gekommen, der für BGH und BSG kein Anwalt ist? Der Autor zeichnet die Entwicklung von der Weimarer Republik über die Nazi-Zeit bis heute nach. Das seit 1934 geltende Verbot, den Dienstherrn zu vertreten, war als Konkurrenzschutznorm im Zuge der schrittweisen Gleichschaltung der Anwaltschaft eine „Weihnachtsgabe“ der Nationalsozialisten an die niedergelassenen Anwälte, die besonders die jüdischen Syndici treffen sollte. Die Syndikustätigkeit als solche war dabei nach ständiger Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs (EGH) Anwaltstätigkeit. Die BRAO von 1959 mit ihrer vom BGH aufgegriffenen berufsbildbasierten Sicht vom Syndikus als Doppelberuf hat damit gebrochen, jedoch ohne das deutlich zu machen. Das nationalsozialistische Vertretungsverbot hingegen hat sie fortgesetzt und verschärft. Das BVerfG hat 1992 die vom BGH auf der Grundlage der Doppelberufstheorie zusätzlich aufgestellten gesetzeseichen generellen Zulassungsvoraussetzungen verworfen und dabei verfassungsrechtliche Zweifel an der Doppelberufstheorie selbst geäußert. Der Vorschlag des DAV von 1993 zur Regelung des Syndikusanwalts wurde von BRAK und Gesetzgeber abgelehnt. Die Reaktion des damaligen BRAK-Präsidenten Eberhard Haas zeigt schon in der Überschrift, dass das Vertretungsverbot letztlich weiterhin unverändert als Konkurrenzschutznorm verstanden wird (siehe Fussnote 76 in diesem Beitrag). Der Autor belegt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass das derzeitige generelle Verbot, wonach ein Syndikus auf der Grundlage der Tätigkeit für seinen Dienstherrn nicht als Anwalt zugelassen werden kann, einen unverhältnismässigen Eingriff in die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG darstellt.

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand Dezember 2014. Er ist zuerst im AnwBl 2015, 2 erschienen.

** Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers auf dem 21. Syndikusanwaltstag der Arbeitsgemeinschaft Syndikusanwälte im Deutschen Anwaltverein am 7. November 2014 in Berlin.

1. Die „Weihnachtsgabe“ der Nationalsozialisten

Die einzige syndikusspezifische Vorschrift der heutigen BRAO, das Verbot nach § 46 BRAO, hat ihr Vorbild in § 31 Abs. 2 RAO, erlassen durch Gesetz vom 20. Dezember 1934.¹ Dieses Gesetz hat nationalsozialistischen Hautgout.² „Kernstück“, so wörtlich Dr. Walter Raeke, Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte im BNSDJ (Bund National-Sozialistischer Deutscher Juristen)³ war der neue § 5 Nr. 4 RAO, mit dem ein Einfallstor für die nationalsozialistische Zuverlässigkeitsprüfung bei der Zulassung zur Anwaltschaft geschaffen wurde.⁴ Daneben fügte das Gesetz vom 20. Dezember 1934 mehrere weitere Vorschriften in die RAO ein, mit denen die wirtschaftliche Lage der zugelassenen Anwälte verbessert werden sollte, weshalb Raeke von einer „Weihnachtsgabe“ für die deutsche Anwaltschaft sprach. Diese Vorschriften gingen zurück auf eine Denkschrift der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des BNSDJ vom 1. Juni 1934 mit dem Titel „Das Selbsthilfe-programm der deutschen Anwaltschaft“⁵ – ein Vorschlag der NS-Anwälte an den mehrheitlich nationalsozialistischen Reichstag.

Die Denkschrift schildert zunächst die schwierige Lage vieler Teile der Anwaltschaft. Zum Hintergrund: Seit dem Anwaltstag von 1911 hatte die Anwaltschaft wiederholt einen Numerus Clausus bei der Zulassung gefordert, das letzte Mal im Jahr 1932, als auch ein sofortiger Zulassungsstopp gewünscht wurde.⁶ Obwohl sich die wirtschaftliche Lage durch Krieg, Inflation und Weltwirtschaftskrise ständig verschlechterte, stießen die Rufe der Anwaltschaft beim Gesetzgeber von Weimar auf taube Ohren. Das änderte sich mit der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten am 31. Januar 1933.

Die Denkschrift schlägt sodann mehrere Maßnahmen zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Anwaltschaft vor, darunter neben der alten Forderung nach einem Numerus Clausus den grundsätzlichen Ausschluss von

-
- 1 Die Vorschrift wurde unverändert als § 32 Abs. 2 in die RRAO vom 21.2.1936 übernommen, die u. a. die Rechtsanwälte zum Treueeid auf Adolf Hitler verpflichtete, vgl. *Dölemeyer*, Gleichschaltung und Anpassung der Anwaltschaft, in *DAV*, Anwälte und ihre Geschichte, 2011, S. 265, 276.
 - 2 Die Lit. erwähnt § 31 Abs. 2 RAO als reine Konkurrenzschutznorm, geht aber auf deren braune Entstehungsgeschichte nicht ein, vgl. etwa *Offermann-Burckart*, Kassel locuta, causa finita? – Das BSG urteilt über Syndikusanwälte, *NJW* 2014, 2683, 2684 Rsp.
 - 3 Raeke, Die Änderung der Rechtsanwaltsordnung, *JW* 1934, 3233.
 - 4 Vgl. *Dölemeyer*, wie Fn. 1.
 - 5 *JW* 1934, 1309ff.
 - 6 Vgl. *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 82. Zur wirtschaftlichen Lage siehe auch *Dölemeyer*, (Fn. 1), S. 265, 266.

Syndizi von der Anwaltszulassung. Nach dem ersten Weltkrieg waren Unternehmen zunehmend dazu übergegangen, sich in Rechtsangelegenheiten nicht mehr von selbstständigen Anwälten beraten und vertreten zu lassen, sondern von unternehmenseigenen Syndizi.⁷

2. Die Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs (EGH) vor 1945 zur Anwaltszulassung von Syndizi

Diese Syndizi wurden zur Anwaltschaft nach den allgemeinen Vorschriften wie folgt zugelassen. § 5 Nr. 4 RAO forderte für die Anwaltszulassung die Vereinbarkeit der Tätigkeit mit dem Beruf und der Würde des Rechtsanwalts. Wie Brandl in einem Aufsatz von 1996 detailliert dargestellt hat,⁸ sahen beide Senate des alten, beim Reichsgericht (RG) angesiedelten Ehrengerichtshofs (EGH) in ständiger Rechtsprechung die Tätigkeit als Syndikus für das Arbeitgeberunternehmen als mit dem Beruf und der Würde des Rechtsanwalts vereinbar an,⁹ wobei die Tätigkeit für den Dienstherrn ausdrücklich als „anwaltsliche Dienste“ und „anwaltslicher Rat“ bezeichnet wurde.¹⁰

Über § 5 Nr. 4 RAO hinaus forderte der 1. Senat des EGH zusätzlich, dass der Syndikus rechtlich und tatsächlich in der Lage war und beabsichtigte, in nicht unerheblichem Umfang für Dritte beratend und forensisch tätig zu sein.¹¹ Ob dies der Fall war, hing von den Umständen des Einzelfalles ab. Grund dieses Erfordernisses war die Überlegung, dass der Rechtsanwalt für alle Rechtssuchenden zugänglich sein muss, nicht nur für seinen Dienstherrn. Der 2. Senat hingegen stellte dieses zusätzliche Erfordernis nicht auf. Er erklärte, es müsse im Belieben des Anwalts stehen, in welchem Umfang er als „freier“ Anwalt seine Tätigkeit ausüben will; der Vertragsanwalt sei wie jeder freie Anwalt Diener des Rechts und Helfer des Gerichts. In Abweichung vom 1. Senat betonte der 2. Senat, die Tätigkeit des Vertragsanwalts für seinen Dienstherrn müssen dem Berufskreis der Anwaltschaft angehören; die vollständige In-

7 Vgl. Börtzler, Der Syndikusanwalt, in EG Heusinger, 1968, 119, 121 sowie Brandl, Von der Freiheit der Advokatur, in Gedenkschrift für Cüppers, 1996, 13, 45.

8 Brandl (Fn. 7), S. 47 ff.

9 Urteil vom 22.10.1931, EGH 25, 146 ff.; Urteil vom 27.04.1933, EGH 27, 14 f.; Urteil vom 30.11.1933, EGH 27, 15; Urteil vom 01.02.1934, EGH 28, 12 ff. Anderes galt nur für Zulassungsanträge von im öffentlichen Dienst tätigen Juristen, Urteil vom 24.05.1930, EGH 24, 12. Siehe hierzu und zum Folgenden die ausführlichen Darlegungen von Brandl (Fn. 7), S. 49 ff.

10 EGH 27, 14, 15.

11 Nachweise wie Fn. 9.

anspruchnahme eines Juristen für einen derartigen, zum Berufskreis der Anwaltschaft gehörenden Pflichtkreis sei kein Zulassungshindernis, weshalb es auch nicht auf den Willen und die tatsächliche Möglichkeit ankomme, Dritte außerhalb des Dienstverhältnisses anwaltlich zu beraten und zu vertreten. Der Senat betonte zudem, angesichts der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse könne es nicht darauf ankommen, ob ein Anwalt seine anwaltliche Tätigkeit jedem Beliebigen zur Verfügung stelle und stellen wolle oder ob er seine anwaltliche Tätigkeit in den Dienst eines einzigen Auftraggebers stelle; Voraussetzung sei nur, dass diese Tätigkeit wirklich der eines Rechtsanwalts entspricht.¹²

Ab dem 1. Januar 1928 war ausschließlich der 1. Senat des EGH für Zulassungssachen zuständig. Der 1. Senat hielt an seiner alten Rspr. grundsätzlich fest. Er bezeichnete die Tätigkeit für den Dienstherrn ausdrücklich als „anwaltliche Dienste“ und „anwaltlichen Rat“.¹³ Entsprechend seiner alten Position forderte der Senat weiter, der Syndikusanwalt müsse den Willen und die Möglichkeit haben, außenstehende Mandanten zu beraten und zu vertreten.¹⁴

3. Der Vorschlag der NS-Anwälte (Zulassungssperre) und der Kompromiss mit den Syndizi (Vertretungsverbot)

Vor diesem Rechtsprechungshintergrund schlugen die NS-Anwälte in der Denkschrift eine Gesetzesänderung dahingehend vor, dass die Anwaltszulassung generell zu versagen ist, „wenn der Antragsteller aus einer anderweitigen Beschäftigung, die seine Arbeitskraft ausschließlich oder überwiegend beansprucht (Gesellschafter, Vorstände, Direktoren oder Syndizi von Gesellschaften und sonstigen Unternehmungen), ein festes Einkommen bezieht“.¹⁵ Zur Begründung hieß es, wenn sich die Tätigkeit von Syndizi darauf beschränke, die Kammerbeiträge zu zahlen, so sei hiergegen nichts einzuwenden; bei den heutigen wirtschaftlich gedrückten Verhältnissen liege es aber nahe, dass von den Syndizi doch hier und dort der Versuch gemacht werde, sich durch die Anwaltschaft einen Nebenerwerb zu schaffen, etwa durch Prozessführung für die eigene Firma.

12 Vgl. EGH 21,6 und 12 sowie EGH 21, 25ff. Ausführlich dazu *Brandl* (Fn. 7), S. 50f.

13 EGH 27, 14, 15.

14 EGH 27, 15, 28, 12ff.

15 JW 1934, 1309, 1314.

Über diesen Vorschlag kam es zu Verhandlungen zwischen den Syndizi und der NS-Reichsfachgruppe Rechtsanwälte, mit dem Ergebnis, dass stattdessen durch das Gesetz vom 20. Dezember 1934 ein neuer § 31 Abs. 2 in die RAO eingefügt wurde, wonach der Rechtsanwalt in bürgerlichen Streitverfahren einschließlich schiedsrichterlicher Verfahren, in Strafsachen und in verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht als Prozessbevollmächtigter für einen Auftraggeber tätig sein darf, zu dem er in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht. In der Begründung hieß es, die Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung sei offenbar nicht gewährleistet, wenn ein gegen feste Vergütung als Syndikus angestellter Anwalt als vertragliche Gegenleistung – vielfach unter Verzicht auf jede andere Anwaltsbetätigung – die sämtlichen Prozesse seines Brotgebers durchzuführen hat, während die freie Anwaltschaft von der umfangreichen Prozessführung aller Unternehmungen, die sich einen festbesoldeten Anwaltssyndikus leisten können, grundsätzlich bisher regelmäßig ausgeschlossen blieb.¹⁶

Der Syndikus sollte somit vor dem Zwang geschützt werden, gegen seinen Willen für seinen Arbeitgeber Prozessmandate bearbeiten zu müssen, von denen die freie Anwaltschaft faktisch ausgeschlossen ist, und wenn es schon Prozessmandate gab, sollten die Gebühren aus Prozessmandaten des Dienstherrn nicht den Syndizi, sondern den freien Anwälten zukommen. NS-Reichsfachgruppenleiter Raeke bedankte sich deshalb bei den Vertretern der Syndizi, dass sie „bei den Verhandlungen für die Notlage der freien Anwaltschaft volles Verständnis bewiesen und sich ohne weiteres bereit gezeigt haben, dieser Notlage Rechnung zu tragen, während sie andererseits Wert darauf legten, der deutschen Anwaltschaft auch weiterhin anzugehören. Nach der nunmehr erfolgten Regelung, durch die alle berechtigten Beanstandungen ausgeräumt worden sind, mögen sie herzlich willkommen sein.“¹⁷

Dieses Gesetz vom 20. Dezember 1934 ist ein typisches Beispiel für die „Doppelstrategie“ des NS-Regimes, wie Christian Wolf sie genannt hat, indem neben die Maßnahmen zur Gleichschaltung der Anwaltschaft die Erfüllung anwaltlicher Konkurrenzschutzforderungen trat.¹⁸ Entstehungsgeschichtlich

16 Vgl. Raeke (Fn. 3), JW 1934, 3233, 3234.

17 Raeke (Fn. 3), JW 1934, 3233, 3235.

18 Wolf in Wolf in Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 6), Einleitung Rn. 82 m. w. N. in Fn. 149. Zur Erinnerung: 1933 Auflösung der Anwaltvereine und Gleichschaltung der Kammern sowie Einführung der Möglichkeit, die Zulassung nicht-arischer Anwälte zurückzunehmen und Rechtsanwälte mit kommunistischer Betätigung auszuschließen; dann das Gesetz vom 20.12.1934; 1936 Vereidigung des Rechtsanwalts auf den Führer Adolf Hitler; 1938 Ausschluss von jüdischen Mitbürgern aus der Anwaltschaft und Verpflichtung der arischen Anwälte auf die Ideologie der NSDAP.

ist § 31 Abs. 2 RAO somit eine reine Konkurrenzschutznorm aus nationalsozialistischer Motivation.

4. Die beabsichtigte antijüdische Wirkung des Vertretungsverbots und des Gesetzes vom 20. Dezember 1934 insgesamt

Obendrein verfolgte das Gesetz vom 20. Dezember 1934 nicht in seinem Wortlaut, wohl aber in seinen Wirkungen antijüdische Ziele. Nach dem Reichstagsbrand vom 27./28. Februar 1933 waren etwa 4000 Regimegegner verhaftet worden, darunter auch prominente jüdische Strafverteidiger wie etwa Hans Litten.¹⁹ Am 14. März 1933 forderte der BNSDJ die „Säuberung“ der Rechtspflege von Personen „fremder Rasse“.²⁰ Nach dem Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7. April 1933²¹ konnte die Zulassung von Rechtsanwälten, die im Sinne des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933²² nicht arischer Abstammung waren, bis zum 30. September 1933 zurückgenommen werden. Im Reich gab es damals insgesamt rund 19000 Anwälte, darunter rund 4500 Juden, knapp ein Viertel. Die Quote der jüdischen Anwälte lag in Berlin bei etwa 54 Prozent, in Frankfurt am Main bei 48,5 Prozent.²³ Aufgrund des neuen Gesetzes verloren 1494 jüdische Anwälte ihre Zulassung; rund 2900 Anwälte, knapp zwei Drittel der jüdischen Anwaltschaft insgesamt, behielten aufgrund der gesetzlichen Ausnahmestimmungen für „Frontkämpfer“ und „Altanwälte“ ihre Zulassung, beziehungsweise erhielten sie zurück.²⁴ Das Gesetz vom 7. April 1933 über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wurde durch weiteres Gesetz vom 22. April 1933²⁵ auf die Patentanwaltschaft ausgedehnt. Mit der 2. Durchführungs-VO vom 1. Oktober 1933 wurden die in beiden Gesetzen vor-

19 Vgl. *Ladwig-Winters*, Vertreibung und Verfolgung jüdischer Anwälte im DAV, Anwälte und ihre Geschichte, 2011, S. 285, 290.

20 Vgl. *Rücker*, Das Ende der Rechtsberatung durch jüdische Juristen, AnwBl 2007, 801, 802. Vgl. zu diesem Themenkreis *Ladwig-Winters*, Anwalt ohne Recht, Das Schicksal jüdischer Rechtsanwälte in Berlin nach 1933, 1998, S. 10ff.; *Benz*, Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdische Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime, in *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis*, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1939, S. 813, 823ff., 839; ferner *Rücker* (Fn. 20), AnwBl 2007, 801 ff.

21 RGBl 1933, I, 188. Desgleichen *Bissel*, Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, 1996, S. 23f.

22 RGBl 1933, I, 175.

23 Vgl. *Ladwig-Winters* (Fn. 19), S. 285, 287f.

24 Vgl. *Rücker* (Fn. 20), AnwBl 2007, 801, 802.

25 RGBl 1933 I, S. 217.

gesehenen Maßnahmen für abgeschlossen erklärt²⁶. Dabei hieß es ausdrücklich: „Jeder Rechtsanwalt und Patentanwalt, der aufgrund der Gesetze vom 07. und 22. April 1933 in seinem Beruf verblieben ist, bleibt nicht nur in vollem Genuss seiner Berufsrechte, sondern hat auch Anspruch auf die Achtung, die ihm als Angehöriger seiner Standesgemeinschaft zukommt. Kein Rechtsanwalt oder Patentanwalt darf in der gesetzmäßigen Ausübung seines Berufes gehindert oder beeinträchtigt werden.“

Nach dem Erlass dieser Verordnung kam es nicht mehr zu offen antijüdischen Gesetzen, bis die 5. VO zum Reichsbürgergesetz vom 27. September 1938²⁷ ein allgemeines Berufsverbot für jüdische Rechtsanwälte anordnete. Jüdische Anwälte wurden nach dem 01.10.1933 aber faktisch diskriminiert. Sie wurden wirtschaftlich ausgetrocknet. Sie verloren das Notariat, sie erhielten keine öffentlichen Mandate mehr, sie wurden bei den – angesichts der wirtschaftlichen Lage vieler Anwälte damals nicht unbedeutenden – Armenrechtsbeordnungen oder Bestellungen von Zwangs- und Konkursverwaltern, Pflegern, Vormund oder Testamentsvollstreckern nicht mehr berücksichtigt, von Schikanen durch Gerichte und Kollegen ganz abgesehen.²⁸ In Berlin, wo es mit 54 Prozent die größte Konzentration von jüdischen Anwälten gab, hatte die RAK am 23.05.1933 verlangt, Sozietäten von jüdischen und nichtjüdischen Anwälten müssten sich auflösen,²⁹ weshalb viele jüdische Anwälte ihre Kanzlei verloren.

Gewiss, die wirtschaftliche Lage der Anwaltschaft insgesamt war schlecht. Dasselbe galt aber in besonderem Maße für die jüdischen Anwälte, denen die wirtschaftliche Basis entzogen wurde, und desaströs war sie für diejenigen, die ihre Zulassung verloren hatten.³⁰ Nutznießer waren in beiden Fällen die nichtjüdischen Anwälte.³¹ Wer seine Zulassung verloren hatte, versuchte, sein Dasein als Rechtskonsulent, das heißt gewerblicher Rechtsberater im Sinne der GewO zu fristen.³² Diesen Konsulenten verbot das Gesetz vom 20. Dezember 1934 durch einen neuen § 24a RAO, sich als „Rechtsanwalt a. D.“ oder ähnlich zu bezeichnen. Nach einem neuen § 25 Abs. 1 RAO konnten sie nicht mehr zum Stellvertreter eines Anwalts bestellt werden. Damit wurden die seit

26 RGBI 1933 I, S. 699

27 RGBI I 1938, S. 1403.

28 Vgl. Rücker (Fn. 20), AnwBl 2007, 801, 802f.

29 Vgl. Ladwig-Winters (Fn. 20), S. 48.

30 Vgl. Ladwig-Winters (Fn. 20), S. 48.

31 Vgl. Ladwig-Winters (Fn. 20), S. 42.

32 Vgl. Rücker (Fn. 20), AnwBl 2007, 801, 804.

dem 27. Oktober 1933 geltenden „Richtlinien der Reichsrechtsanwaltskammer über den Verkehr mit Rechtsanwälten, deren Zulassung zurückgenommen worden ist“, gesetzlich verankert.³³ Denjenigen jüdischen Anwälten, die ihre Zulassung behalten hatten, nahm das Gesetz vom 20. Dezember 1934 durch eine Neufassung von § 13 RAO die Möglichkeit, sich aus wirtschaftlichen Gründen einen neuen Zulassungsort zu suchen – für die Zulassung bei Gerichten in Großstädten mit einer Einwohnerzahl von mehr als 150000 wurde verlangt, dass der Antragsteller innerhalb der letzten fünf Jahre seinen Wohnsitz drei Jahre lang im Gerichtsbezirk gehabt hatte.

Was die Syndizi angeht, hätte der von der Denkschrift der NS-Anwälte vorgeschlagene grundsätzliche Ausschluss der Zulassung für Vollzeit-Syndizi, weil jüdische Antragsteller ohnehin nicht mehr zur Anwaltschaft zugelassen wurden, nur arische Antragsteller getroffen, also die Falschen. Das stattdessen durch das Gesetz vom 20. Dezember 1934 im neuen § 31 Abs. 2 RAO erlassene Vertretungsverbot für Syndizi traf rechtlich arische wie nicht-arische Syndikusanwälte rechtlich gleichermaßen. Wirtschaftlich waren aber die jüdischen Syndizi stärker betroffen. Die von der Gesetzesbegründung erwähnte forensische Tätigkeit des Syndikusanwalts für seinen Arbeitgeber war damals offenbar nicht nur seltene Ausnahme. Die Quote jüdischer Anwälte war in den wirtschaftlich bedeutenden Städten überproportional hoch, wie die Beispiele Berlin und Frankfurt zeigen, und dasselbe gilt mit Blick auf die Syndikusanwälte in diesen Städten. Diese Quote war zudem dadurch angestiegen, dass jüdische Anwälte, die ihre Kanzleien verloren hatten, zum Teil bei Unternehmen Unterschupf gefunden hatten, für die sie bisher als selbstständige Anwälte forensisch tätig waren und als niedrig bezahlte Syndizi weiterhin tätig sein würden, mit der Folge, dass die Prozessgebühren ihnen und nicht den freien Anwälten zuflossen. Und gegenüber denjenigen Arbeitgebern, die sich dem Zeitgeist folgend, von ihren jüdischen Syndizi trennen wollten,³⁴ nahm das Gesetz die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Interessen ihres Arbeitgebers aufgrund der Prozessgebühren durch Reduzierung des Gehalts entgegenzukommen, um eine sonst anstehende Kündigung des Arbeitgebers abzuwenden – sie hatten nichts mehr in der Hand, um ihren Arbeitgeber umzustimmen. Fazit: Jüdische Syndikusanwälte waren von dem neuen, allgemein formulierten Vertretungsverbot faktisch besonders betroffen.

33 Zu diesen Richtlinien siehe *Rücker* (Fn. 20), *AnwBl* 2007, 801, 803.

34 Vgl. *Ladwig-Winters* (Fn. 20), S. 49.

Die Einigung bei den Verhandlungen zwischen den NS-Anwälten und den Vertretern der Syndizi hat also im Ergebnis dazu geführt, dass der nur für arische Antragsteller relevante grundsätzliche Ausschluss von der Anwaltszulassung wegen vollzeitiger Syndikustätigkeit durch ein Vertretungsverbot ersetzt wurde, das wirtschaftlich vor allem die noch verbliebenen jüdischen Syndikusanwälte traf.

5. Die Parallele des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz vom 13. Dezember 1935

Von der antijüdischen Wirkungszielsetzung findet sich in dem Gesetz vom 20. Dezember 1934 nichts – kein Wunder angesichts der erwähnten Zusage in der VO vom 1. Oktober 1933, dass auch jüdische Rechtsanwälte hinfür in vollem Genuss ihrer Berufsrechte bleiben und in der gesetzmäßigen Ausübung ihres Berufs nicht gehindert oder beeinträchtigt werden.³⁵ Gesetzestext und Begründung des Gesetzes vom 20. Dezember 1934 sind deshalb genauso allgemein und nicht antijüdisch formuliert wie das am 13. Dezember 1935 beschlossene „Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung“, welches die nichtanwaltliche Rechtsberatung dem Bereich gewerberechtlicher Regelung entzog und einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unter Aufsicht der Justizverwaltung unterstellte.³⁶ Simone Rücker hat in ihrer Dissertation „Rechtsberatung. Das Rechtsberatungswesen von 1919 – 1945 und die Entstehung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes“ aus dem Jahre 2007 ausführlich dargelegt, was die politischen Motive dieser Regelung waren und weshalb die wahren Zielsetzungen des nationalsozialistischen Gesetzgebers in der offiziellen Gesetzesbegründung nicht umfassend dargelegt wurden.³⁷ Damit war bei unverfänglichem Wortlaut von Gesetzestext und Begründung früheren jüdischen Anwälten die Möglichkeit genommen, weiterhin als Rechtskonsulent tätig zu sein. In der Umsetzung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes vom 13. Dezember 1935 war bei der Erteilung oder Versagung der Rechtsberatungserlaubnis Verwaltungshandeln der Gewerbeaufsichtsbehörden erforderlich. Um sich der antijüdischen Wirkung dieses Gesetzes sicher zu sein, bestimmte deshalb die Ausführungs-VO, ebenfalls vom 13. Dezember 1935, in § 5 „Juden wird

35 Vgl. oben zu Fn. 26.

36 RGBl. 1935 I, S. 1478.

37 Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2007. Vgl. Rücker (Fn. 20), AnwBl 801, 808 Fn. 66 m.w.N.

die Erlaubnis nicht erteilt.“ Eine solche Ausführungsregelung war bei dem ebenfalls neutral und nicht spezifisch antisemitisch formulierten Gesetz vom 20. Dezember 1934 nicht erforderlich. Dort konnte sich der nationalsozialistische Gesetzgeber der gravierenden ökonomischen Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf die ehemaligen und die noch immer zugelassenen jüdischen Anwälte sicher sein.

Der vorerwähnte Vorschlag der NS-Rechtsanwälte, bei einer vollzeitlichen Syndikustätigkeit die Anwaltszulassung grundsätzlich zu versagen, wurde übrigens von dem neuen, seit Juli 1934 bei der RRAK angesiedelten EGH umgehend aufgegriffen. Der Gerichtshof gab in Urteilen vom 18. und 19. September 1934 die frühere Rechtsprechung auf und entschied, dass die Stellung als hauptberuflicher Syndikus mit auskömmlichem Gehalt der Anwaltszulassung immer entgegensteht, weil ein derartiger Syndikus seinem Arbeitgeber seine volle Arbeitskraft schulde und deshalb nicht nebenher als freier Anwalt tätig sein könne.³⁸ Entscheidend war also die fehlende zeitliche Verfügbarkeit für andere Mandanten und nicht die fehlende Unabhängigkeit vom Arbeitgeber. Daran, dass die Syndikustätigkeit Anwaltstätigkeit und mit dem Beruf und der Würde des Rechtsanwalts vereinbar war, änderte sich nichts.³⁹ Syndizi wurden seitdem nicht mehr zur Anwaltschaft zugelassen; wer zugelassen war, blieb jedoch Anwalt.⁴⁰

6. Ergebnis der historischen Analyse

Damit ist festzuhalten: Bis 1945 war die Syndikustätigkeit anwaltliche Tätigkeit und mit dem Beruf und der Würde des Rechtsanwalts als Zulassungsvoraussetzung vereinbar. Die Sperre für Neuzulassungen zur Anwaltschaft und das Vertretungsverbot für bereits zugelassene Syndizi von September beziehungsweise Dezember 1934 dienten dem wirtschaftlichen Konkurrenz-

38 EGH 28, 125 und 127.

39 Die Hoffnung der Syndizi, das Thema Anwaltszulassung nebst den Urteilen des EGH vom 18. und 19.09.1934 werde sich durch das Vertretungsverbot des neuen § 31 Abs. 2 RAO vom 20.12.1934 erledigen, wurde bald enttäuscht. Die Tagung des Reichsfachgruppenrats Rechtsanwälte vom 29./30.03.1935 sah in dieser Vertretungsregelung nur noch eine Teillösung und forderte, die Frage der Zulassung nicht den Gerichten zu überlassen, sondern die ausnahmslose Unvereinbarkeit beider Berufe – Syndikus und Rechtsanwalt – gesetzlich festzuschreiben. (JW 1935, 1202, 1204). Dieser Vorschlag wurde nicht Gesetz. Es blieb aber bei der neuen Rspr. des EGH, wonach Syndizi mit festem auskömmlichem Gehalt nicht mehr zur Anwaltschaft zugelassen wurden.

40 Vgl. Droege, JW 1935, 2340, 2341 als Stellungnahme der Schriftleitung der JW zu dem Aufsatz des Syndikusanwalts Tornier, Der Syndikus-Rechtsanwalt, JW 1935, 2341f.

schutz der selbstständigen Anwälte. Von dem Vertretungsverbot waren wirtschaftlich vor allem jüdische Syndizi betroffen. Es waren Maßnahmen im Rahmen der fortschreitenden Gleichschaltung der Anwaltschaft, der Abschaffung der freien Advokatur und der antisemitischen Politik des Nationalsozialismus. Die Weisungsabhängigkeit des Syndikusanwalts von seinen Dienstherrn spielte dabei keine Rolle. Wie hätte das auch anders sein können, ging es den Nationalsozialisten doch gerade darum, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts zu beseitigen.

II. Die Materialien der BRAO von 1959

1. Die Vorgeschichte wird totgeschwiegen

Wie der Regierungsentwurf (RegE) vom 8. Januar 1958 zur BRAO von 1959⁴¹ die durch NS-Doppelstrategie und Konkurrenzschutz gekennzeichnete Geschichte der Syndikusthematik darstellt, darüber kann man nur den Kopf schütteln. Der RegE übernimmt in der Sache das Verbot der Vertretung des Dienstherrn gemäß dem Gesetz vom 20. Dezember 1934 und erklärt es mit gewissen Missständen, die sich in der Praxis ergeben hätten, und mit der in der damaligen Gesetzesbegründung erwähnten Gefahr, dass die Syndizi in einer anwaltlichen Tätigkeit für ihren Dienstherrn „in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis geraten könnten.“⁴² Kein Wort dazu, wie die Dinge tatsächlich gelaufen waren! Dies ist umso unverständlicher, als der ReGE in der Einleitung der Begründung das Gesetz zur Änderung der RAO vom 20. Dezember 1934 ausdrücklich zu den Gesetzen des Dritten Reichs mit „rein nationalsozialistischen Tendenzen“ zählt.⁴³

Im Jahre 1975 hat erstmals ein junger wissenschaftlicher Assistent der Universität Hamburg in einem Aufsatz ausgeführt, bei der Auslegung von § 46 BRAO müsse die konkurrenzschutzorientierte Vorgängerbestimmung § 31 Abs. 2 RAO mit ihrer nationalsozialistischen Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden. § 46 BRAO verstoße als Konkurrenzschutznorm gegen

41 BT-Drucksache 3/120 vom 08.01.1958, insbesondere S. 57f. zur Frage der Zulassung und S. 76f. zum Vertretungsverbot.

42 BT-Drucksache 3/120, S. 77.

43 BT-Drucksache 3/120, S. 44 zu Fn. 5.

Art. 12 und 3 GG. Dem grundrechtsverpflichteten nachkonstitutionellen Gesetzgeber sei fehlendes Grundrechtsbewusstsein vorzuwerfen, weil er freiheitsbeschränkende Regelungen erlassen habe, ohne naheliegende verfassungsrechtliche Bedenken auch nur zu registrieren.⁴⁴ Den Mut zu einem solchen Aufsatz im Jahre 1975 hatte kein deutscher, sondern ein aus Griechenland kommender Jurist namens Vassilios Skouris, später Professor für öffentliches Recht in Bielefeld und heute Präsident des EuGH. Dieser Hinweis von Skouris auf die Entstehungsgeschichte von § 31 Abs. 2 RAO ist ebenso wie die Entstehungsgeschichte selbst in der Syndikusdiskussion verdrängt worden⁴⁵ – ein beschämender Befund. Der antijüdische Aspekt ist von Skouris nicht gesehen worden. Die antijüdische Wirkungsintention von neutral formulierten Gesetzen ist erst von Simone Rücker am Beispiel des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes herausgearbeitet und bewusst gemacht worden.

2. Das Berufsbildargument – ein Bruch mit der Rechtsprechung des EGH

Der RegE zur BRAO von 1959 verwendet bei den Themen Zulassung und Vertretungsverbot erstmals den Begriff des Berufsbildes. Mit Blick auf das vorgeschlagene und in § 7 Nr. 8 BRAO Gesetz gewordene Zulassungserfordernis der Vereinbarkeit der Tätigkeit mit dem Beruf eines Rechtsanwalts und dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft (also nicht mehr „der Würde des Rechtsanwalts“) heißt es, die juristische Tätigkeit eines Syndikus für seinen Arbeitgeber könne, rein fachlich betrachtet, der beratenden Tätigkeit eines Rechtsanwalts durchaus entsprechen, und seine Stellung als Syndikus könne auch so bedeutend sein, dass er seinem Arbeitgeber gegenüber selbständig und eigenverantwortlich zu handeln vermag.⁴⁶

Damit rückt der RegE, ohne dies deutlich zu machen, von der alten Rechtsprechung des EGH ab, wonach die Tätigkeit des Syndikus für sein Arbeit-

44 Skouris, Die Diskriminierung des Syndikusanwalts (§ 46 BRAO) aus verfassungsrechtlicher Sicht, BB 1975, 1230ff.

45 Diese Entstehungsgeschichte wird in den späteren Aufsätzen und Monographien zur Syndikusthematik nicht erwähnt. Dies gilt insbesondere für die Aufsätze von Börtzler und Brandt (Fn. 7) sowie Pfeiffer, Der Syndikusanwalt in der Rechtsprechung der Ehrengerichtshöfe und des Senats für Anwaltssachen bei dem Bundesgerichtshof, FS Oppenhoff, 1985, 254ff. und ferner die Monographie von Bissel, Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, 1996.

46 BT-Drucksache 3/120, S. 58 ISp.



geberunternehmen anwaltliche Tätigkeit und mit dem Beruf und dem Ansehen des Rechtsanwalts vereinbar *ist*.⁴⁷ Jedoch würde, so fährt der RegE fort, eine ausschließliche Tätigkeit für ein Unternehmen nicht dem Bild entsprechen, das bei dem Beruf des Rechtsanwalts, von der Allgemeinheit der Rechtssuchenden her gesehen, in seiner Stellung innerhalb der Rechtspflege gegeben sein muss; das Berufsbild des Rechtsanwalts könne nur dann vorhanden sein, wenn der Syndikus rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, neben seiner Tätigkeit in dem Unternehmen Rechtssuchende als freier Anwalt zu beraten und zu vertreten.⁴⁸ Damit weicht der RegE ein weiteres Mal von der Rechtsprechung des EGH von vor September 1934 ab, denn er hebt nicht auf die Zugänglichkeit für die Allgemeinheit ab, sondern auf die Berufsbildvorstellung der Allgemeinheit. Insoweit erhält der RegE eine weitere Verschlechterung zulasten der Syndikusanwälte. Fazit: Die Tätigkeit als Syndikus ist keine Anwaltstätigkeit mehr, und die Anwaltszulassung kann deshalb nur auf die Tätigkeit als freier Anwalt für andere Rechtssuchende gestützt werden. Der RegE macht diese Verschlechterung zulasten der Syndikusanwälte mit keinem Wort deutlich. Schlimmer noch, er erweckt insofern den unzutreffenden Eindruck, es ändere sich nichts, denn es heißt im Eingang der Begründung, altbewährte Grundsätze der alten RAO von 1878 sollten beibehalten werden.⁴⁹ In der Grundsatzposition der Syndikusthematik ist dies gerade nicht geschehen.

Auch im Zusammenhang mit dem Vertretungsverbot des heutigen § 46 BRAO heißt es im RegE, der Syndikusanwalt entspreche bei seiner Tätigkeit als Syndikus für seinen Dienstherrn nicht dem allgemeinen anwaltlichen Berufsbild, wie es in der Vorstellung der Allgemeinheit bestehe; in das Berufsbild des Anwalts, das sich von ihm als einem unabhängigen Organ der Rechtspflege geformt hat, lasse sich nur die Tätigkeit einfügen, die der Syndikus als Anwalt außerhalb seines Dienstverhältnisses ausübe. Die Scheidung zwischen beiden Aufgabenbereichen, in denen der Syndikusanwalt in seiner „Doppelstellung“ tätig wird, sei im Interesse der geordneten Rechtspflege insbesondere dann beizubehalten, wenn er vor Gericht auftrete.⁵⁰ „Doppelstellung“ – das ist nichts anderes als die heutige Zweit- oder Doppelberufsposition des BGH. Auch hier findet sich also wieder in der These von der

47 Vgl. oben Fn. 10.

48 BT-Drucksache 3/120, S. 58 lSp.

49 BT-Drucksache 3/120, S. 47 rSp.

50 BT-Drucksache 3/120, S. 77 rSp.

Unvereinbarkeit mit dem anwaltlichen Berufsbild eine Verschlechterung zu lasten der Syndizi gegenüber der Rechtslage nach der RAO.

Das von dem RegE vorgeschlagene Vertretungsverbot sollte dann eingreifen, wenn der Syndikus seinem Arbeitgeber „seine Arbeitszeit und -kraft *überwiegend* zur Verfügung stellen muss“⁵¹. Das Merkmal „überwiegend“ ist unlogisch. Es zeigt, dass es in Wirklichkeit um etwas anderes geht. Die Allgemeinheit mit ihrer Vorstellung vom anwaltlichen Berufsbild kann nämlich im Einzelfall gar nicht wissen, ob der einzelne Anwalt überwiegend oder nicht überwiegend für seinen Dienstherrn tätig ist. Entweder basiert das angebliche Berufsbild auf dem unscharfen und deshalb untauglichen Kriterium „überwiegend“, oder dieses Kriterium für das Vertretungsverbot widerspricht dem allgemeinen Berufsbild.

3. Das angebliche Berufsbild gab es nicht und konnte es nicht geben

Vor allem: Das vom RegE behauptete, in den Augen der Allgemeinheit bestehende, den Syndikus ausklammernde Berufsbild ist eine bloße Behauptung ohne jeden Beleg. Ein Berufsbild hat rechtsnormative und rechtstatsächliche Komponenten. Bis der EGH im September 1934 seine Rechtsprechung änderte, wurden Syndizi zur Anwaltschaft zugelassen, danach nicht mehr. Zugelassene Syndizi blieben aber Anwalt, und ihre Tätigkeit blieb anwaltliche Tätigkeit. Weder normativ noch tatsächlich gab es deshalb ein einheitliches Bild. Nach 1945 wurde die Uneinheitlichkeit noch größer. Die Länder der britischen und der französischen Besatzungszone kehrten zur alten RAO von 1878 zurück, ließen also den Syndikus zur Anwaltschaft zu. Die Länder der britischen Zone unterwarfen den Syndikusanwalt aber dem 1934 Gesetz gewordenen Vertretungsverbot; die Länder der französischen Zone taten es nicht. Die Länder der amerikanischen Zone schließlich ließen den hauptberuflich tätigen Syndikus nicht zur Anwaltschaft zu.⁵² Wer aber dort bereits zugelassen war, blieb es. Angesichts dieser Rechtszersplitterung nach 1945 war es erklärtes Hauptziel des BRAO-RegE, die Rechtseinheit auf dem Gebiet des anwaltlichen Berufsrechts wieder herzustellen.⁵³ Wie bei ei-

51 § 58 RegE, BT-Drucksache 3/120, S. 16.

52 Vgl. Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl. 2014, Rn. 3 zu § 46. Ferner Brandt (Fn. 7), S. 22ff. und Börtzler (Fn. 7), S. 122.

53 BT-Drucksache 3/120, 47.

ner derartigen Rechtszersplitterung vor 1945 und erst recht danach im Jahre 1958 angeblich in ganz Deutschland ein anwaltliches Berufsbild der Allgemeinheit bestanden haben soll, in dem der Syndikusanwalt nicht mehr enthalten gewesen sein soll, wird von dem RegE mit keinem Wort begründet und ist für mich unerfindlich.

Betrachtet man den RegE von 1958 im Ganzen, so kann man sich kaum des Eindrucks erwehren, als sei es dem Gesetzgeber verdeckt und gezielt darum gegangen, die rechtliche Stellung der Syndizi abzuwerten. Dafür spricht auch die Tatsache, dass der erste BRAO-Entwurf von 1952 dem Syndikusanwalt noch erlauben wollte, seinen Dienstherrn in Verfahren vor den Arbeits- und Finanzgerichten zu vertreten.⁵⁴ Auf Vorschlag des Bundesrats⁵⁵ wurde diese Ausnahme vom Vertretungsverbot in den beiden weiteren Entwürfen gestrichen. War all das Zufall oder der Einfluss der selbstständigen, nicht als Syndikus tätigen Anwaltschaft?

III. Die Rechtsprechung des BGH und der Beschluss des BVerfG vom 4. November 1992

1. Die Übereinstimmung mit dem Berufsbild als vom BGH gesetzgleich geschaffene Zulassungsvoraussetzung

Auf die Ausführungen des RegE zum anwaltlichen Berufsbild und zur Doppelstellung des Syndikusanwalts stützte der Anwaltssenat des BGH, beginnend mit mehreren Urteilen vom 7. November 1960, seine Rechtsprechung, wonach ein Syndikus in seiner Tätigkeit für seinen Dienstherrn nicht dem anwaltlichen Berufsbild entspricht und deshalb zur Anwaltschaft nur zugelassen werden kann, wenn er neben der Tätigkeit als Syndikus den Beruf eines selbstständigen Anwalts ausüben will und rechtlich und tatsächlich dazu in der Lage ist.⁵⁶ Die rechtsbesorgende Tätigkeit für den Arbeitgeber als faktische Haupttätigkeit war keine Anwaltstätigkeit, sondern eine Nebentätigkeit,

54 § 57 Satz 2 BRAO-RegE, BT-Drucksache 1/3650, S. 13.

55 BT-Drucksache 1/3650, Anlage 3 S. 3.

56 BGH Urteile vom 7.11.1960, BGHZ 33, 266ff., 272ff., 276ff.

die wie irgendeine andere Nebentätigkeit rechtlich zu der Tätigkeit als selbstständiger Anwalt hinzutritt. Damit stellte sich für die Syndikustätigkeit die Frage der Vereinbarkeit mit der Tätigkeit als selbstständiger Anwalt. Alle kaufmännisch-erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten eines Syndikus bei seinem Dienstherrn⁵⁷ und alle Tätigkeiten in nicht-gehobener Position⁵⁸ sah der BGH als unvereinbar an. Unvereinbarkeit lag auch vor, wenn der Syndikus verpflichtet war, neben der Tätigkeit für seinen Dienstherrn auch dessen Verbands- oder Vereinsmitglieder zu beraten, denn der Dienstherr sei den anwaltlichen Berufspflichten nicht unterworfen.⁵⁹

Die Syndizi wurden also vom BGH doppelt „in die Zange genommen“. Ihre Syndikustätigkeit entsprach nicht dem anwaltlichen Berufsbild – die erste Backe dieser Zange. Die Tätigkeit als Syndikus musste aber bestimmte Merkmale aufweisen, um mit der Tätigkeit als selbstständiger Anwalt vereinbar zu sein – die zweite Backe der Zange des BGH.

2. Die Kritik des BVerfG am Berufsbildargument des BGH

Das BVerfG befasste sich mit dieser gesetzsgleich generalisierenden Rechtsprechung des BGH in seinem Beschluss vom 4. November 1992⁶⁰, allgemein „Zweitberufsentscheidung“ genannt. Besser wäre die Bezeichnung „Syndikusanwaltsentscheidung“. Gegenstand der insgesamt sieben Verfassungsbeschwerden war nämlich nicht die Zweitberufstheorie als solche, sondern waren bestimmte Einzelaspekte bei der Umsetzung dieser Theorie.

Das BVerfG hat nicht, wie das BSG und manche Autoren⁶¹ meinen, die berufsbildbasierte Zweitberufsposition des BGH gebilligt.⁶² Das BVerfG lässt im Gegenteil gegenüber den Berufsbildausführungen in der Begründung des RegE zur BRAO, auf die sich der BGH stützt, eine beträchtliche Skepsis erkennen. Die vom RegE genannten Beispiele „lassen sich offenbar nur vor dem Hintergrund eines traditionellen Berufsbildes verstehen, das im Jahre 1959

57 BGHZ 40, 194, 196.

58 BGHZ 35, 119, 122f.

59 BGHZ 40, 282.

60 BVerfGE 87, 287 ff. = NJW 1993, 317 ff.

61 Vgl. BSG Urteil vom 3.4.2014/B 5 RE 13/14 R, AnwBl 2014, 854ff. Aus der Literatur beispielsweise Henssler (Fn. 52), Rn. 16 zu § 46 BRAO.

62 Wie hier *Kleine-Cosack, Versorgungswerk – Aus für Syndikus: BSG erliegt Unabhängigkeitsmythos*, AnwBl 2014, 891, 893.

noch relativ deutliche Umriss hatte, inzwischen aber als Folge starker gesellschaftlicher Veränderungen einem tiefgreifenden Wandlungsprozess unterliegt. Darauf weisen auch der Deutsche Anwaltverein und der Bund Freier Rechtsanwälte in ihren Stellungnahmen hin.⁶³ Soweit das BVerfG zur ersten Backe der Zange des BGH.

Das BVerfG hat diese Frage offen gelassen. Umso bemerkenswerter ist es, dass das BVerfG gleichwohl die Frage aufgeworfen und dazu kritische Ausführungen gemacht hat. Das BVerfG hat minimal-invasiv seine Entscheidung beschränkt auf die Merkmale, die der BGH mit Blick auf die Tätigkeit als Syndikus als zulassungsschädlich aufgestellt hatte – die zweite Backe der BGH-Zange.

3. Die Antworten des BVerfG auf die sechs Verfassungsbeschwerden

a) Die Tätigkeit im öffentlichen Dienst ist zulassungsschädlich

Dass der Syndikus im öffentlichen Dienst tätig war, akzeptierte das BVerfG als zulassungsschädlich, weil es bei einer staatlich gebundenen Tätigkeit um das hinreichend klar bestimmbare Berufsbild der freien Advokatur gehe, und wies deshalb die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 2 zurück.⁶⁴

b) Die vom BGH postulierte generelle Zulassungsschädlichkeit der nicht-gehobenen Stellung und des kaufmännisch-erwerbswirtschaftlichen Charakters bei der Nebentätigkeit ist zu undifferenziert

Bei den übrigen Beschwerdeführern sah das BVerfG in den vom BGH entwickelten zulassungsschädlichen Merkmalen einer Syndikustätigkeit einen Verstoß gegen die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG; auch der Gesetzgeber müsste bei einer gesetzlichen Regelung insoweit differenziertere Regelungen schaffen. Beim Beschwerdeführer zu 1 verwarf das BVerfG das Vereinbarkeitserfordernis der gehobenen Stellung.⁶⁵ Bei den Beschwerde-

63 BVerfG NJW 1993, 317, 319 rSp.

64 BVerfG NJW 1993, 317, 319f.

65 BVerfG NJW 1993, 317, 320.

führen zu 5, 6 und 7 verwarf das BVerfG die Auffassung des BGH von der grundsätzlichen Schädlichkeit einer kaufmännisch-erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit neben der Anwaltszulassung.⁶⁶

c) Ob die Beratung von Mitgliedern des privaten Dienstherrn bereits deshalb zulassungsschädlich ist, weil sie in dessen Auftrag erfolgt ist, ist zweifelhaft. Die generelle Zulassungsschädlichkeit ist jedenfalls unverhältnismäßig

Erfolgreich waren auch die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 3 und 4, die bei einem Genossenschaftsverband beziehungsweise einer Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs tätig waren und neben der Tätigkeit für ihren Dienstherrn auch dessen Mitglieder berieten. Der BGH hatte die Anwaltszulassung mit der Begründung verweigert, bei der Beratung der Mitglieder bestehe das Beratungsverhältnis zwischen dem jeweiligen Arbeitgeber und dessen Mitgliedern; deshalb fehle dem Beschwerdeführer im Vergleich zu dem Rechtssuchenden die Eigenverantwortlichkeit, was mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar sei.⁶⁷

Diese Begründung, so das BVerfG wörtlich⁶⁸, „begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken schon insofern, als die rechtliche Grundlage des freiheitsbeschränkenden Eingriffs zweifelhaft erscheint. Der Gesetzgeber hat in § 46 BRAO bestimmt, dass die Tätigkeit eines Syndikus nicht generell unvereinbar mit dem Beruf des Rechtsanwalts ist. Aus der Begründung des Gesetzes geht hervor, dass der Gesetzgeber die Unvereinbarkeit des anwaltlichen Berufsbildes in einem abhängigen Dienstverhältnis klar erkannt hatte, aber dennoch – anders als bei Anstellungen im öffentlichen Dienst – eine Berufszugangsschranke nicht für erforderlich hielt. Als Beispiel für eine rechtsberatende Angestelltentätigkeit, die nicht mit dem Anwaltsberuf vereinbar ist, wird lediglich die Beschäftigung in solchen Unternehmen genannt, die das Rechtsberatungsgesetz umgehen, also verbotene Rechtsberatung betreiben. Eine solche Fallgestaltung kam aber in den Ausgangsverfahren nicht in Betracht. Die Unvereinbarkeit mit dem Anwaltsberuf wird in den angegriffenen Entscheidungen vielmehr daraus abgeleitet, dass die Bf. nicht nur ihre Arbeitgeber und Mitarbeiter, sondern einen erweiterten Kreis von Vereins- und

66 BVerfG NJW 1993, 317, 321.

67 BVerfG NJW 1993, 317, 320 rSp.

68 BVerfG NJW 1993, 317, 320 rSp.



Verbandsmitgliedern beraten. Weder im Gesetz noch in dessen Begründung findet sich ein Anhaltspunkt dafür, dass gerade dieser Umstand für den Zugang zum Anwaltsberuf entscheidend sein soll.“

Das BVerfG lässt nach ersichtlich wiederum bewusster Äußerung seiner Bedenken auch diese überdeutlich formulierte Frage aus erkennbarer Rücksicht auf den BGH offen und entscheidet auch hier minimal-invasiv: Die Frage der gesetzlichen Grundlage könne offen bleiben, denn es verstoße gegen das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, wenn unabhängig vom Ausmaß der Beratungstätigkeit für die Mitglieder eine Berufszugangsschranke errichtet werde, obwohl der Gesetzgeber bei Syndikusanwälten eine Berufsausübungsregelung (§ 46 BRAO) für ausreichend hielt.⁶⁹

Die Beschwerdeführer zu 3 und 4 hatten ihren Zulassungsantrag auf der Grundlage der Zweitberufstheorie darauf gestützt, dass sie in der Tätigkeit für ihren Dienstherrn auch dessen Mitglieder berieten. Das BVerfG hat die Position des BGH, wonach die Beratungstätigkeit für die Mitglieder deshalb mit dem Berufsbild per se unvereinbar sei, weil sie im Auftrag des Dienstherrn erfolgte, verfassungsrechtlich verworfen. Damit hat das BVerfG zum Ausdruck gebracht, dass eine Beratungstätigkeit nicht deshalb per se unvereinbar ist, weil sie im Auftrag des arbeitsrechtlichen Dienstherrn erfolgt. Das aber ist die typische Situation des Syndikusanwalts. Wenn die arbeitsrechtliche Gebundenheit an den Dienstherrn mit Blick auf die Beratung von dessen Mitgliedern nicht per se zulassungsschädlich ist, wie kann sie dann zulassungsschädlich sein, wenn es um die Beratung des Dienstherrn selbst geht?

d) Schlussfolgerungen für die Zulassung des Syndikusanwalts

Wenn der Gesetzgeber in § 46 BRAO die Tätigkeit eines Syndikus nicht für generell unvereinbar mit dem Beruf des Rechtsanwalts gehalten, sondern sich mit einer Berufsausübungsregelung begnügt hat, wie kann dann im Rahmen von § 7 Nr. 8 BRAO einem Syndikus die Anwaltszulassung wegen grundsätzlicher Unvereinbarkeit mit dem Beruf des Rechtsanwalts generell versagt werden? Kann die Rechtsprechung durch Auslegung allgemeiner Zulassungsvorschriften unter Rückgriff auf Ausführungen in der Gesetzesbegründung für den Bereich privater Dienstverhältnisse eine Berufszugangsschranke in Form von allgemeinen und ausnahmslos wirkenden gesetzesgleichen Grundsätzen

69 BVerfG NJW 1993, 317, 320 rSp, 321.

aufstellen, auf die der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat und die obendrein strenger ist als die gesetzliche Regelung des § 7 Nr. 10 BRAO für öffentliche Dienstverhältnisse? Im Syndikusanwaltsbeschluss des BVerfG findet sich zu dieser Frage, also dazu, wie vom Gesetzgeber formulierte Generalklauseln zur Regelung des Berufszugangs durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, folgende Aussage: „Es ist ... besonders wichtig, dass bei deren Auslegung und Anwendung (sc. der der Generalklauseln) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird. Er gebietet im Hinblick auf die grundrechtlich gewährleistete Freiheit der Berufswahl Zurückhaltung bei der Entwicklung typisierender Unvereinbarkeitsregeln.“⁷⁰ Von dieser verfassungsgerichtlich eingeforderten Zurückhaltung kann bei der Position des BGH beim besten Willen nicht die Rede sein.

Vor diesem Gesamthintergrund – Zweifel am Berufsbild als verfassungsrechtlich haltbarer Beurteilungsmaßstab und Appell zur Zurückhaltung bei der Entwicklung typisierender Unvereinbarkeitsregeln, beides, obwohl nicht entscheidungserheblich, ausdrücklich ausgesprochen, und Unschädlichkeit der arbeitsrechtlichen Abhängigkeit vom Dienstherrn bei der Beratung seiner Mitglieder – ist es nach dem Verdikt für die generelle Zulassungsschädlichkeit der nicht-gehobenen Stellung, der kaufmännisch-erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit und der arbeitsrechtlich gebundenen Beratungstätigkeit für die Mitglieder des Dienstherrn meines Erachtens per argumentum a minore ad maius überaus wahrscheinlich, dass das BVerfG erst recht auch die generalisierende, keine Berücksichtigung der Einzelfallumstände zulassende berufsbildbasierte Grundsatzposition des BGH verwerfen wird, wonach die Tätigkeit des Syndikus für seinen Dienstherrn generell zulassungsschädlich ist, obwohl der Gesetzgeber die Berufsausübungsregelung des § 46 BRAO für ausreichend erachtet, auf eine Zugangsregelung verzichtet und bei öffentlichen Dienstverhältnissen im § 7 Nr. 8 BRAO eine Zugangsbeschränkung nur für wenige Konstellationen und nicht generell vorgesehen hat.

Im Gesamtrückblick auf die Anforderungen des BGH an die Tätigkeit des Syndikus kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der BGH den Anwaltsstatus verweigern, den Syndikus aber gleichwohl regulieren wollte. Wie problematisch dieser Regulierungsversuch ist, wird deutlich, wenn man diesen Ansatz auf andere Zweiberufe überträgt, die neben der Tätigkeit als selbstständiger Anwalt ausgeübt werden. Darf nach Ansicht des BGH der

70 BVerfG NJW 1993, 317, 319 rSp.

Rechtsanwalt, der seine Finanzen zweitberuflich als Taxifahrer aufbessert, das nur als leitender Angestellter des Taxiunternehmens (gehobene Stellung) tun? Oder wäre es gar mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar, wenn er als Taxi einen rostigen Kleinwagen fährt, statt einen Wagen mindestens der gehobenen Mittelklasse und nicht älter als drei Jahre?

IV. Reaktionen auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

1. Präzisierung von § 7 Nr. 8 BRAO

In dem RegE zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 24. Mai 1994⁷¹ wurde in § 7 Nr. 8 BRAO eine Präzisierung des Vereinbarkeitserfordernisses dahingehend vorgeschlagen, dass die Tätigkeit des Bewerbers mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, vereinbar sein muss und das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährden darf. Damit wurde das früher geltende Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Beruf eines Rechtsanwalts oder mit dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft entsprechend den Ausführungen des BVerfG präzisiert. Dieser Vorschlag und seine Begründung wurde vom BT-Rechtsausschuss ohne Änderung akzeptiert.⁷²

2. Verschärfung des Vertretungsverbots und Ablehnung des DAV-Vorschlags von 1993 durch den Gesetzgeber

Der RegE hatte keine Änderung zu § 46 BRAO vorgeschlagen. Der BT-Rechtsausschuss strich von sich aus das Wort „überwiegend“ mit der Begründung, damit werde das Tätigkeitsverbot für den Syndikusanwalt klarer umrissen und würden Abgrenzungsschwierigkeiten nicht mehr auftreten

71 BT-Drucksache 12/7656.

72 BT-Drucksache 12/7656.

können.⁷³ Das war in Wirklichkeit eine Verschärfung des Vertretungsverbots. Diese Änderung des Ausschusses wurde Gesetz.

Die in der Ausschusssitzung am 1. Dezember 1993 von Vertretern der Syndikusanwälte im DAV vorgeschlagene Änderung des § 46 BRAO dahin, dass der Syndikusanwalt auch im Angestelltenverhältnis als Anwalt tätig wird, wurde vom Rechtsausschuss, der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) folgend, abgelehnt.⁷⁴ Dies sei unvereinbar mit dem in § 1 bis 3 BRAO normierten Berufsbild des Rechtsanwalts, wie es sich auch in der Allgemeinheit von ihm als unabhängigem Organ der Rechtspflege gebildet habe; es fehlten die durch das Gesetz der freien Advokatur gekennzeichneten typischen Wesensmerkmale der freien Berufsausübung, die das Bild des Rechtsanwalts bestimmen; seine freie und unreglementierte Selbstbestimmung wäre im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit dem grundsätzlichen Prinzip der Über- und Unterordnung nicht gewährleistet; das BVerfG habe sich zwar für eine weitgehende Öffnung zum Zweitberuf ausgesprochen, wenn durch Berufsausübungsregelungen die Gefahr von Interessenkollisionen vermieden werde. Das Gericht habe aber auch die Gemeinschaftsgüter der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Rechtspflegeorgan und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege anerkannt.⁷⁵ Der Ausschuss hat also trotz der kritischen Ausführungen des BVerfG zum Berufsbild als Regulierungskriterium und trotz des Hinweises auf die Gebote der Differenzierung und der Verhältnismäßigkeit auf Seiten auch des Gesetzgebers einfach an den generalisierenden und typisierenden Berufsbildausführungen im RegE 1958 und in der Rechtsprechung des BGH festgehalten.

73 BT-Drucksache 12/7658, S. 49. Ferner fügte der Rechtsausschuss die heutigen Abs. 2 und 3 des § 46 BRAO ein, durch die eine Vortätigkeit als Syndikus in Sozietätsdimensionalität in das anwaltliche Interessenkollisionsverbot einbezogen wird.

74 Einzelheiten bei Roxin, Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung, NJW 1995, 17, 19.

75 BT-Drucksache 12/7656, S. 49. Der BT-Rechtsausschuss hat dabei verkannt, dass der Begriff der freien Advokatur nach der Rspr. des BVerfG sich allein auf die Freiheit vom Staat bezieht, vgl. dazu ausführlich Busse in Henssler/Prütting (Fn. 52), Einleitung 55. Mit der Frage der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit gegenüber dem Dienstherrn oder Mandanten hat der Begriff der freien Advokatur nichts zu tun.

3. Die jahrelang tickende sozialversicherungsrechtliche Bombe ist jetzt explodiert

Spätestens seit diesem Vorschlag der Syndikusanwälte im DAV war das Verhältnis zwischen DAV und BRAK in der Frage der Syndikusanwälte gespannt. Der damalige BRAK-Präsident Haas bezeichnete den DAV-Vorschlag als „Tellermine“.⁷⁶ Umgekehrt wird ein Schuh daraus. Die Zweitberufsposition des BGH wurde mit Einführung der Rechtsanwaltsversorgungswerke zu einer im Boden schlummernden sozialversicherungsrechtlichen Bombe. Das „Nein“ der BRAK zum DAV-Vorschlag von 1993 hat dazu geführt, dass diese Bombe nicht entschärft wurde, sondern weitertickte. 2005 fasste die BRAK dann einen syndikusfreundlichen Beschluss, von dem sie in der Folgezeit wieder abrückte. Den erneuten Vorschlag des DAV im Jahre 2012⁷⁷ lehnten die Kammern ebenfalls ab – die tickende Bombe wurde wieder nicht entschärft. Jetzt, am 3. April 2014, ist in Kassel beim Bundessozialgericht die Bombe explodiert. Der Wegfall der Syndizi wird die anwaltlichen Versorgungswerke erheblich schwächen, weil fast alle nicht ausschließlich nach dem Kapitaldeckungsverfahren arbeiten, sondern in mehr oder minder großem Umfang Elemente einer Umlagefinanzierung beinhalten, etwa nach dem Prinzip „Ewiger Zugang von Anwälten“.⁷⁸ Zumindest wird künftiges Dynamisierungspotential verloren. Und obendrein werden die Kammerbeiträge steigen, wenn die Syndikusanwälte wegfallen. Die Bombe hat also nicht nur die Syndizi getroffen, sondern auch die selbstständigen Anwälte.

Die Fronten laufen übrigens quer durch das Kölner Institut für Anwaltsrecht. Prof. Martin Henssler ist auf Seiten der Kammern und des BGH zu finden,⁷⁹ Prof. Hanns Prütting steht im Lager des DAV.⁸⁰ Aus der Sicht des Instituts ist das positiv zu sehen, denn damit ist der Proporz zwischen BRAK und DAV, die beide dem Kölner Institut auch finanziell verbunden sind, gewahrt.

76 Haas, Tellermine. DAV-Vorschlag zu § 46 BRAO kann für die freiberufliche Anwaltschaft zu Einkommensverlusten in Milliardenhöhe führen, BRAK-Mitt. 1993, 181. Schon der Titel macht deutlich, worum es der BRAK in Wirklichkeit ging: Konkurrenzschutz pur.

77 Vgl. Rethorn, Ein Rechtsanwalt wie jeder andere – der Syndikus, AnwBl 2012, 426.

78 Vgl. Thietz-Bartram, Friedenssicherung in der Anwaltschaft – ein Appel, AnwBl 2014, 791, 794.

Ausführlichere und noch negativere Darstellung der Konsequenzen für die Versorgungswerke bei Kleine-Cosack, Versorgungswerk – Aus für Syndikus: BSG unterliegt Unabhängigkeitsmythos, AnwBl 2014, 891, 898.

79 Vgl. etwa Henssler, Rn. 23 zu § 46.

80 Vgl. etwa Prütting, Die Ausgrenzung des Syndikus – Ein Schritt in die falsche Richtung, AnwBl 2013, 78ff.

V. Was tun? Weitere Argumente

1. Musterverfahren: Anwaltszulassung ohne Zweitberuf

Ein als Syndikus bei einem privaten Dienstherrn tätiger Assessor sollte heute, gestützt allein auf diese Tätigkeit, die Zulassung zur Anwaltschaft beantragen, oder es sollte ein zugelassener Rechtsanwalt aus seiner Sozietät ausscheiden und als Syndikus zu einem privaten Dienstherrn wechseln, der Kammer den Wechsel anzeigen und mitteilen, dass er nicht beabsichtigt, neben der Tätigkeit für seinen Dienstherrn für andere Rechtssuchende tätig zu werden. Nach der Zweitberufstheorie wird die Kammer die Zulassung verweigern beziehungsweise widerrufen. Damit ist der Weg frei für einen Musterprozess über die Verfassungsmäßigkeit der berufsbildbasierten Zweitberufstheorie des BGH.

2. Die beratende Tätigkeit des Syndikus ist Anwaltstätigkeit

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut bezieht sich der Nichtzulassungsgrund des § 7 Nr. 8 BRAO beziehungsweise der Widerrufungsgrund des § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO allein auf die Tätigkeit des Bewerbers bzw. Anwalts. Die rechtsberatende Tätigkeit für den Dienstherrn ist inhaltlich Anwaltstätigkeit und kann deshalb als solche nicht unvereinbar sein. Die Frage, für wen diese Tätigkeit ausgeübt und wie ihre Grundlage einschließlich der Vergütung rechtlich ausgestaltet wird, betrifft Modalitäten, die mit dem Inhalt der Tätigkeit nichts zu tun haben und unter die Berufsausübungsfreiheit fallen. Einem selbstständigen Rechtsanwalt steht es frei, nur für einen einzigen Mandanten gleich welcher Art auf der Grundlage einer Pauschalhonorarvereinbarung tätig zu sein, was rechtstatsächlich nicht selten anzutreffen ist. Wo liegt sub specie Art. 3 GG der verfassungsrechtlich relevante Unterschied, wenn dieselbe Tätigkeit für diesen Mandanten nicht im Rahmen eines Mandatsvertrages, sondern eines Dienstvertrages ausgeübt wird?

§ 7 Nr. 8 beziehungsweise § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO spricht von der Unvereinbarkeit mit dem Beruf eines Rechtsanwalts. Unvereinbarkeit mit dem Beruf liegt nach dem Gesetz insbesondere dann vor, wenn die Tätigkeit des Bewerbers mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der



Rechtspflege unvereinbar ist oder die Tätigkeit das Vertrauen in die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden kann. Mit diesen Tatbestandsmerkmalen hat der Gesetzgeber in der BRAO-Novelle von 1994, ausgelöst durch den Beschluss des BVerfG, die Unvereinbarkeitsschwelle vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten Berufswahlfreiheit bewusst angehoben.⁸¹

3. Die auf das BVerfG zurückgehenden Insbesondere-Merkmale der Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit und der Unvereinbarkeit mit der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege sind Gewichtsvorgaben für die Auslegung des allgemeinen Merkmals der Unvereinbarkeit mit dem Beruf

Das auf das BVerfG zurückgehende Erfordernis der Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit, soll andernfalls mögliche Pflichtenkollisionen verhindern⁸². Wegen der Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit durch Pflichtenkollision ist beispielsweise die Maklertätigkeit unvereinbar.⁸³ Kollidierende Pflichten aus einer Zweittätigkeit kann es beim Syndikus nicht geben, wenn er nur eine einzige Tätigkeit ausübt, die für den Dienstherrn. Die Frage einer von außen kommenden Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit stellt sich einem solchen Falle nicht, und um die Gefährdung allein aus der anwaltlichen Tätigkeit selbst, ohne dass eine weitere Tätigkeit vorliegt, kann es vernünftigerweise nicht gehen, denn solche Gefährdungen sind immer gegeben, seien sie wirtschaftlicher Art, seien sie rechtlicher Art, zum Beispiel in Form des mandatsvertraglichen Weisungsrechts des Mandanten.

Auch das weitere Insbesondere-Merkmal der Unvereinbarkeit mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege geht auf Ausführungen des BVerfG zurück, die sich ebenso wie die Ausführungen zur

81 Nach § 7 Nr. 8 BRAO 1959 bezog sich die Unvereinbarkeit nur auf den Beruf eines Rechtsanwalts oder das Ansehen der Rechtsanwaltschaft.

82 Vgl. Henssler, Rn. 104 zu § 7 BRAO.

83 Vgl. Henssler, Rn. 104a zu § 7 BRAO.

Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit auf die Fallkonstellation beziehen, dass zu der eigentlichen Anwaltstätigkeit eine weitere Tätigkeit hinzutritt, die zur Unvereinbarkeit führt.⁸⁴

Vor dem Hintergrund der Ausführungen des BVerfG, die zu den Insbesondere-Merkmalen der Unvereinbarkeit mit der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege bzw. der Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit geführt haben, ist es mit Blick auf die verfassungsrechtlich besonders geschützte Berufswahlfreiheit geboten, das allgemeine Merkmal der Unvereinbarkeit mit dem Beruf des Rechtsanwalts einschränkend auszulegen. Das BVerfG hat die von ihm als zu allgemein empfundene frühere Formulierung der Unvereinbarkeit mit dem Beruf auf das verfassungsrechtlich gebotene Maß reduziert.⁸⁵ Der Gesetzgeber wollte dies aufgreifen.⁸⁶ Bei der Auslegung des allgemeinen Merkmals der Unvereinbarkeit mit dem Beruf muss deshalb aus verfassungsrechtlichen Gründen dieselbe Gewichtigkeit vorliegen, die das BVerfG in seinem Beschluss vorgegeben hat und die von den Insbesondere-Merkmalen der Unvereinbarkeit mit der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege beziehungsweise der Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit vom Gesetzgeber reflektiert wird.

Aus all dem ergibt sich insbesondere vor dem Hintergrund der Ausführungen des BVerfG die Frage, ob die vor der BRAO-Novelle von 1994 aufgestellte These von der Unvereinbarkeit der Syntikustätigkeit mit dem anwaltlichen Berufsbild heute noch, nach Einfügung der Insbesondere-Merkmale in das Gesetz, zur Unvereinbarkeit mit dem Beruf allgemein führen kann.

4. Die Beratung des Dienstherrn durch den Syndikus kann die Berufsbildvorstellung der Allgemeinheit nicht tangieren, weil sie nur intern ist

Wenn ein selbstständiger Rechtsanwalt im faktischen Hauptberuf angestellter Taxifahrer sein, also eine inhaltlich völlig andere Tätigkeit ausüben darf, wie kann dann die rechtsbesorgende Tätigkeit eines Syndikus für seinen Dienstherrn ohne Wertungswiderspruch zulassungsschädlich sein? Mandanten,

84 Vgl. BVerfG NJW 1993, 317, 318f.

85 Vgl. BVerfG NJW 1993, 317, 320ff.

86 Vgl. RegE vom 19.5.1993 zur BRAO-Novelle von 1994, BT-Drucksache 12/4993, S. 24.

Richter und Kollegen können dem anwaltlichen Taxifahrer begegnen und werden einigermassen überrascht sein. Wegen des Vertretungsverbots nach § 46 BRAO kann der Syndikus nur intern für den Dienstherrn rechtsberatend arbeiten. Von dieser internen Tätigkeit erfährt die Allgemeinheit nichts. Wie kann dann die Berufsbildvorstellung der Allgemeinheit von der Zulassung eines Syndikus als Rechtsanwalt tangiert sein? Wie kann dann die inhaltlich anwaltliche Tätigkeit für den Dienstherrn mit der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege unvereinbar sein oder das Vertrauen in die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden können? Wie kann für die Berufsbildvorstellung der Allgemeinheit etwas relevant sein, was sie gar nicht konkret erfährt? Hier zeigt sich einmal mehr: Vor dem Hintergrund der Berufsausübungsregelung des § 46 BRAO verstößt die vom BGH errichtete Berufszugangsschranke gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot.⁸⁷

5. Inkompatibilität mit dem Beruf verlangt mehr als bloße Inkonformität mit dem Berufsbild

Davon abgesehen ist es fragwürdig, wie der BGH seine Berufsbildargumentation unter das Gesetz subsumiert. Das Gesetz lässt es für die Versagung der Zulassung nicht genügen, dass die Tätigkeit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht entspricht, sondern verlangt, dass die Tätigkeit mit dem Beruf des Rechtsanwalts unvereinbar ist. Zulassungsschädlich ist nicht Inkonformität, sondern Inkompatibilität. Deshalb hat ein Rechtsanwalt keine Probleme, zur Aufbesserung seiner Finanzen Taxi zu fahren – das Taxifahren entspricht zwar nicht dem Beruf des Rechtsanwalts, es ist aber damit vereinbar. Diesen Unterschied zwischen Konformität und Kompatibilität löst der BGH auf, wenn er die Frage, ob die rechtsberatende Tätigkeit für den Arbeitgeber mit dem Beruf eines Rechtsanwalts vereinbar ist (Kompatibilität), verneint, weil die Tätigkeit als Syndikus nicht dem Berufsbild eines Rechtsanwalts entspricht (mangelnde Konformität). Für die Zweittätigkeit – Taxifahren neben der anwaltlichen Tätigkeit – gilt also das Kriterium der In-

87 Dieser Aufsatz geht bewusst nicht auf die Frage ein, ob das Vertretungsgebot nach § 46 BRAO verfassungskonform ist. Wenn ja, ist, anknüpfend an die Ausführungen des BVerfG im Syndikusanwaltsbeschluss, die derzeitige Berufszugangsbeschränkung für Syndizi unverhältnismäßig. Wenn nein, also wenn das Vertretungsverbot nicht verfassungskonform ist, dann ist die derzeitige Berufszugangsschranke erst recht nicht verfassungskonform. Zur Verfassungswidrigkeit ausführlich Huff, in Gaier/Wolf/Göcken (Fn. 6), Rn. 19ff. zu § 46 BRAO.

kompatibilität, für die Alleintätigkeit des Syndikus für seinen Dienstherrn ist bereits die Inkonformität schädlich. Wieso diese Verschärfung dem Gesetz entspricht und vor dem Hintergrund von Art. 12 GG zulässig ist, hat der BGH nicht begründet. Die vom BGH vorgenommene Gleichung „Inkonformität mit dem anwaltlichen Berufsbild = Unvereinbarkeit mit dem anwaltlichen Beruf“ ist keine Begründung, sondern eine das Gesetz verschärfende und die Freiheit des Berufszugangs beschränkende Gesetzesauslegung vermittels des Berufsbildbegriffes, der im Gesetzestext überhaupt nicht vorkommt.

6. Die verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit von nicht fortgeschriebenen Berufsbildern als Grundlage freiheitsbeschränkender Regulierung

Die Berufsbildthese des BGH ist darüber hinaus in sich verfassungsrechtlich problematisch. Das BVerfG sieht Berufsbilder als Anknüpfungspunkt für berufsrechtliche Regelungen nicht nur in dem Syndikusanwaltsbeschluss von 1992, sondern auch in anderen Entscheidungen – Bastille, Masterpat, Sozietätswechsel – als verfassungsrechtlich problematisch an.⁸⁸ In Bastille warnt das BVerfG davor, dass durch ein Übergewicht von Verbandsinteressen oder durch ein verengtes Standesdenken notwendige Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder verhindert werden. In Masterpat hat das Gericht entschieden, dass wegen des dynamischen Entwicklungsprozesses, in dem sich Berufsbilder befinden, die computergestützte Patentfristenüberwachung nicht mehr unter das Anwaltsmonopol fällt. Im Sozietätswechselbeschluss hat das BVerfG die streng sozietätsdimensionale Auslegung des Interessenkollisionsverbots durch den alten § 3 BORA mit Blick auf die Berufsausübungsfreiheit des Einzelnen verworfen, weil diese Auslegung angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung der anwaltlichen Marktstruktur hin zu Sozietäten zu einer unverhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung führt. Meine Ansicht zum Thema Berufsbild ist wie folgt: Ein Berufsbild hat, wie oben bereits erwähnt, normative und rechtstatsächliche Komponenten. Ein einmal aufgestellter Berufsbildbegriff darf nicht statisch dazu führen, dass die normative und die faktische Komponente sich nicht weiterentwickeln können, die normative durch geänderte Auslegung, insbesondere unbestimmter Tatbestandsmerkmale, die faktische Komponente

88 Vgl. BVerfGE 76, 96ff., 171 ff. (Bastille); BVerfGE 97, 12ff. (Masterpat), BVerfGE 108, 150ff. (Sozietätswechsel).

dadurch, dass einzelne berufliche Tätigkeiten aus dem alten Berufsbild herausfallen oder zu dem alten Berufsbild neu hinzutreten. Ein einmal aufgestellter Berufsbildbegriff muss vielmehr dynamisch sein. Wird diese Dynamik nicht zugelassen, führt das Festhalten an einem alten Berufsbildbegriff über kurz oder lang zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Beschränkung der Berufsfreiheit. Konkret bedeutet dies: Wann immer man sich bei einer Berufsregelung auf ein vorgefundenes Berufsbild bezieht, muss man prüfen, ob dieses Berufsbild heute noch zutreffend ist.

Insofern ist festzustellen: Wenn es bei Erlass der BRAO im Jahr 1959 überhaupt ein anwaltliches Berufsbild gab, dann hat sich dieses inzwischen gewandelt, weil sich der Aufgabenbereich eines Syndikus in einem Unternehmen ganz wesentlich verändert hat. Heute dienen Syndizi, anders als früher, wichtigen Zielen von Rechtspflege und Rechtsstaat, indem sie – Stichwort Compliance – dafür sorgen, dass das Unternehmen sich rechtskonform verhält.⁸⁹

7. Die Anwaltszulassung stärkt den Syndikus bei seiner Aufgabe, das Unternehmen des Dienstherrn von Rechtsverstößen abzuhalten

Die Position der Syndizi bei dieser rechtsstaatlich wichtigen Aufgabe, Rechtsverstöße zu verhindern, würde erheblich gestärkt, wenn sie mit der Unabhängigkeit und dem Verschwiegenheitsschutz eines Rechtsanwalts ausgestattet wären.⁹⁰ Das BVerfG hat in einer Entscheidung vom 14. Januar 2014⁹¹ formuliert: „Nur als unabhängige Berufsträger vermögen Rechtsanwältinnen

89 Vgl. insbesondere *Merk*, Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, NJW 2014, 2310, 2313ff.; Grußwort des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Maas, zur Handelsblatt-Jahrestagung Compliance vom 08./09.09.2014, http://veranstaltungen.handelsblatt.com/veranstaltungen/compliance_2014/gruss; Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 22.07.2014, BT-Drucksache 18/2187.

90 In der Syndikusdiskussion wird vielfach, insbesondere von Strafrechtlern, zumindest im Hinterkopf auf den als problematisch angesehenen Vertraulichkeitsschutz abgehoben (Zeugnisverweigerungsrecht, Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot). Dieser Vertraulichkeitsschutz ist aber nicht Voraussetzung, sondern Folge der Anwaltszulassung. Wer wegen des Vertraulichkeitsschutzes Bedenken bei der Zulassung hat, müsste deswegen sich dafür aussprechen, Syndizi zur Anwaltschaft zuzulassen, aber ihren Vertraulichkeitsschutz einzuschränken. Das wäre gegenüber der derzeitigen Berufszugangsschranke die verfassungsrechtlich gebotene mindereingreifende Lösung. Für Vertraulichkeitsschutz hingegen ausführlich *Roxin* (Fn. 74), NJW 1995, 17ff. und vorher schon *ders.*, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992, 1129 ff.

91 BVerfG NJW 2014, 613.

und Rechtsanwälte sachgerechte Konfliktlösungen herbeizuführen. Anwaltliche Unabhängigkeit ist dabei auch im Verhältnis zu Sozien und anderen Dritten zu wahren.“ Der Satz wird nicht falsch, wenn man ihn wie folgt umdreht: „Syndizi können nur als Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und damit als unabhängige Berufsträger sachgerechte Konfliktlösungen herbeiführen. Anwaltliche Unabhängigkeit ist dabei auch im Verhältnis zum Dienstherrn zu wahren.“

Es würde weiterhin die Stellung eines Syndikus im Unternehmen stärken, wenn erfahrene und erfolgreiche selbstständige Anwälte ohne Verlust der Anwaltszulassung als Syndizi in die Dienste eines Unternehmens treten könnten.⁹²

Die angebliche Berufsbild-Unvereinbarkeit leitet der BGH ab aus der dienstvertraglichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit gegenüber einem nicht dem anwaltlichen Berufsrecht unterliegenden Dienstherrn. Auch der selbstständige Anwalt ist gegenüber seinem nicht anwaltlichen Mandanten weisungsgebunden. Soll der verfassungsrechtlich relevante Unterschied etwa in der unterschiedlichen Rechtsgrundlage liegen, beim Syndikus der Dienstvertrag, beim selbstständigen Rechtsanwalt der Mandatsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag? Unterstellt, der Syndikus ist als Rechtsanwalt zugelassen, dann trifft ihn die berufsrechtliche Pflicht zur Unabhängigkeit von seinem Dienstherrn genauso, wie der selbstständige Rechtsanwalt zur Unabhängigkeit gegenüber seinem Mandanten verpflichtet ist (§ 3 Abs. 1 und § 43a Abs. 1 BRAO). Diese berufsrechtliche Pflicht zur Unabhängigkeit geht als *lex specialis* der allgemeinen berufsuntypischen schuldrechtlichen Weisungsgebundenheit vor.

8. Laut BVerfG muss die Regulierung von dem Grundvertrauen ausgehen, dass der Rechtsanwalt sich regulierungskonform verhält

Das BVerfG hat im Sozietätswechselbeschluss formuliert, die berufsrechtliche Regulierung müsse davon ausgehen, dass von einem Rechtsanwalt genauso wie von einem Richter ein verantwortungsvoller Umgang mit seinen Berufs-

92 Die derzeit fehlende Durchlässigkeit wird zu Recht kritisch vermerkt von *Offermann-Burkart* (Fn. 2), NJW 2014, 2683, 2685.



pfllichten erwartet werden darf.⁹³ Das BVerfG hat in dem Beschluss weiter ausgesprochen, Vermutungen oder der Anschein pflichtwidrigen Verhaltens dürfe keine Grundlage von Maßnahmen der Rechtsanwaltskammer gegenüber ihren Mitgliedern sein.⁹⁴ Wieviel weniger kann dann eine Vermutung oder der Anschein pflichtwidrigen Verhaltens Grundlage für eine Nichtzulassung zum Beruf sein!

Im Sozietätswechselbeschluss heißt es insoweit ausdrücklich, die BRAO knüpfe an abstrakte Gefährdungen der Rechtspflege nur in Ausnahmefällen an, wofür auf § 7 Nr. 9 und 10 BRAO verwiesen wird. Die Berufsbildargumentation des BGH läuft darauf hinaus, auf diesem Wege doch aus der abstrakten Gefährdung der Rechtspflege einen Nichtzulassungsgrund zu machen. Der BGH hat kein Vertrauen, dass der als Anwalt zugelassene Syndikus seine Unabhängigkeitspflicht erfüllen wird – aus der Typik der Ausgestaltung leitet er qua Vermutung oder Anschein fehlender Unabhängigkeit den Nichtzulassungsgrund ab.

9. Disziplinarrechtliche Maßnahmen als milderer Eingriff

Wer immer, wie der BGH, diese Ausgangsposition vertritt, muss sich dann aber mit der weiteren vom BVerfG bereits formulierten Frage befassen, ob nicht ein ausreichendes und weniger stark eingreifendes Mittel zur Verfügung steht. Insofern ist zu beachten, dass die Verletzung der Berufspflicht zur Unabhängigkeit disziplinarrechtliche Konsequenzen auslösen kann, bis hin zum Verlust der Anwaltszulassung. Wenn dies beim selbständigen Anwalt als disziplinarrechtliche Flankierung der Pflicht zur Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten ausreicht, warum dann nicht auch beim Syndikusanwalt? Ist nicht der Syndikus aufgrund seines Dienstvertrages mit festem Gehalt und arbeitsrechtlichem Kündigungsschutz wirtschaftlich sogar besser geschützt und damit unabhängiger als ein selbständiger Anwalt, der keinen Schutz gegen den Verlust von Mandanten und Mandaten hat?

Wem das nicht ausreicht, der muss sich fragen lassen, ob es anstelle einer Berufszugangsschranke nicht ausreicht, wenn in § 43 a Abs. 1 BRAO, wonach der Rechtsanwalt keine Bindungen eingehen darf, die seine berufliche Un-

93 Vgl. BVerfGE 108, 150, 162.

94 Vgl. BVerfGE 108, 150, 164.

abhängigkeit gefährden, zusätzlich aufgenommen wird, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, seine anwaltliche Unabhängigkeit auch gegenüber seinem Mandanten zu wahren, und dass (entsprechend § 59f Abs. 4 Satz 2 BRAO betreffend die Anwalts-GmbH) Einflussnahmen, die die Unabhängigkeit gefährden, insbesondere Weisungen oder vertragliche Bindungen, unzulässig sind.

VI. Zu den Entscheidungen des BSG vom 3. April 2014

Ich bin kein Sozialversicherungsrechtler und beschränke mich daher auf ganz wenige Bemerkungen.

Das BSG ist vielfach dafür kritisiert worden, dass es sich einfach der berufsbasierten Zweitberufsposition des BGH zur berufsrechtlichen Stellung des Syndikus angeschlossen hat, statt sich mit der intensiven Kritik des Schrifttums an der Rechtsprechung des BGH auseinanderzusetzen. Kann man das wirklich dem BSG vorwerfen, wenn die Syndizi selbst in der Vergangenheit es sich einfach gemacht und ihre Anwaltszulassung auf der Grundlage der Zweitberufstheorie des BGH betrieben haben, statt gestützt auf den Beschluss des BVerfG vom 4. November 1992 die Frage der Anwaltszulassung allein auf der Grundlage der Tätigkeit für den Dienstherrn zu klären?

Unzutreffend ist es, wie ich bereits oben erwähnt habe, wenn sich das BSG für seine beim BGH entlehnte Zweitberufsposition auf den Beschluss des BVerfG vom 2. November 1992 beruft.

Und gewagt ist es, wenn sich das BSG und andere Anhänger der Zweitberufstheorie zur weiteren Abstützung ihrer Auffassung auf die Rechtsprechung des EuGH zum Syndikusanwalt beziehen.⁹⁵ Der EuGH⁹⁶ hat sich nicht zur Anwaltsstellung von Syndizi nach deutschem oder sonstigem nationalem Recht geäußert, sondern zum Vertraulichkeitsschutz von Syndizi in wettbewerbsrechtlichen Verfahren nach Unionsrecht, und zwar auch von solchen Syndizi, die als solche, etwa in den Niederlanden, zu ihrer jeweiligen

95 BSG, B 5 Re 3/14 R, Nr. 41, AnwBl 2014, 854, 858.

96 EuGH NJW 2010, 357.



nationalen Anwaltschaft zugelassen sind. Für die Rechtslage nach deutschem Recht haben diese Judikate genauso wenig Aussagekraft wie die gegenteilige, syndikusfreundliche Rechtslage in mehreren Mitgliedstaaten der Union, etwa England und die Niederlande, und in den USA.⁹⁷

Das BSG stellt allerdings zutreffend fest, dass die Verzahnung zwischen dem Berufsrecht, dem Recht der Versorgungswerke und dem Sozialversicherungswerk in § 6 SGB VI nicht recht gelungen ist. Die Mitgliedschaft im anwaltlichen Versorgungswerk ergibt sich aus der Anwaltszulassung. Die Frage der Tätigkeit ist relevant für die Bemessungsgrundlage der Beiträge. Ähnlich sollte meines Erachtens auch § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI ausgestaltet sein. Relevante Tätigkeiten für die Mitgliedschaft im Versorgungswerk und für die Befreiung von der Sozialversicherungspflicht wären alle Tätigkeiten, bei deren Ausübung der Anwalt dem anwaltlichen Berufsrecht unterliegt, also anwaltstypische Tätigkeiten einerseits und andererseits solche Tätigkeiten, die nicht anwaltstypisch sind wie zum Beispiel Treuhandtätigkeiten, die aber auch von Anwälten ausgeübt werden.

97 Abwegig ist es deshalb, wenn das BSG aaO meint, es könne von der Rspr. des EuGH ohne Vorlage nach Art. 267 AEUV gar nicht abweichen. Vorlagepflichtig und -fähig sind nur entscheidungserhebliche Auslegungsfragen des Unionsrechts, hier aber ging es um eine Frage des deutschen Sozialversicherungsrechts.

Die Folgen der BSG-Urteile: Berufsverbot für die deutschen Syndikusanwälte?

Der Gesetzgeber ist gefordert – zugleich eine Besprechung der BSG-Urteile zum Syndikus^{***}
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln

In drei Entscheidungen vom 3. April 2014 hat das BSG den deutschen Syndikusanwälten die Möglichkeit anwaltlicher Tätigkeit für einen nichtanwaltlichen Arbeitgeber generell abgesprochen und damit zugleich das Recht zur Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht verneint. Diese neue Rechtsprechung hat eine Welle der Kritik ausgelöst. Seit Ende August 2014 liegen die schriftlichen Urteilsgründe vor. Sie sind methodisch und dogmatisch angreifbar. Vor allem aber erstaunt es, dass das BSG angesichts der Bedeutung seiner Rechtsprechung für rund 30.000 deutsche Syndikusanwälte keinerlei Rechtsfolgenerwägungen anstellt. Da auch die Situation der Syndikusanwälte, die bereits Inhaber einer rentenversicherungsrechtlichen Befreiungsentscheidung sind, keineswegs gesichert erscheint, ist ein Handeln des Gesetzgebers nunmehr dringlich geboten.

I. Die aktuelle Situation

Die BRAO des Jahres 1959 und ebenso schon die RAO 1878 gingen vom Leitbild des selbständigen Rechtsanwalts aus, der freiberuflich tätig wird (§ 2 Abs. 1 BRAO). Daran hat sich bis heute nichts geändert. Aus § 46 Abs. 1 BRAO (und ebenso aus § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO sowie § 26 BORA) lässt sich freilich entnehmen, dass anwaltliche Tätigkeit auch in arbeitsrechtlich abhängiger Rechtsstellung zulässig ist. Konkrete Regelungen für die Anstellung von Rechtsanwältinnen bei Rechtsanwältinnen oder bei nichtanwaltlichen Arbeitgebern hat es nie gegeben, obgleich angestellte Rechtsanwältinnen zu allen Zeiten existierten. Dieses Regelungsdefizit wurde im Rahmen der Zulassung von bei

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand September 2014. Er ist zuerst im AnwBl 2014, 788 erschienen.

** Siehe BSG, AnwBl 2014, 854 (in diesem Heft) sowie für die zwei weiteren Urteile: BSG, AnwBl Online 2014, 265 und AnwBl Online 2014, 276.

einem Rechtsanwalt angestellten Rechtsanwälten nicht beachtet, bei Bewerbern, die aufgrund eines Dienstvertrags bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber tätig sind (im Folgenden pauschal als Syndikus bezeichnet), verlangen die Rechtsanwaltskammern eine Bescheinigung des Arbeitgebers, dass dem Angestellten das Recht eingeräumt ist, neben seiner Angestelltentätigkeit als freier Rechtsanwalt zu arbeiten und während der Dienstzeit anwaltliche Termine wahrzunehmen.

Hoch umstritten ist bis heute, ob ein solcher Syndikus in seiner abhängigen Tätigkeit Rechtsanwalt ist und anwaltliche Tätigkeit ausübt oder nur in dem Bereich seiner nebenbei geführten Rechtsanwaltskanzlei. Die von der überwiegenden Meinung vertretene Doppelberufstheorie¹ und mit ihr der BGH² und das BSG³ gehen davon aus, dass jegliche Tätigkeit des Syndikus im Angestelltenverhältnis eine nichtanwaltliche Tätigkeit ist. Sehr selten ausgesprochene Konsequenz dieser Auffassung wäre es, dass jeder normale Syndikus, der keinerlei freie private Rechtsanwaltsstätigkeit mehr ausübt, überhaupt kein Rechtsanwalt sein dürfte⁴. Dagegen wird in der Literatur heute überwiegend die Meinung vertreten, ein Syndikus sei auch in seiner abhängigen Stellung anwaltlich tätig, freilich mit den in § 46 BRAO genannten Restriktionen⁵.

Für diese Meinung spricht zunächst der Wortlaut des § 46 Abs. 1 BRAO. Das dort genannte gerichtliche Vertretungsverbot wäre überflüssig, wenn der Syndikus insoweit gar nicht anwaltlich tätig wäre. Nichts anderes gilt für alle Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die dem Syndikus auch im Prozess gegen seinen Arbeitgeber Anwaltsprivilegien zuerkennen⁶ oder im Rahmen seiner Angestelltentätigkeit die Benutzung von anwaltlichen Briefbögen und die Zeichnung als Rechtsanwalt erlauben. Die Zulassung eines Syndikus zur Rechtsanwaltschaft durch die Rechtsanwaltskammer ohne Prüfung, ob der Antragsteller in nennenswertem Umfang tatsächlich freiberuflich tätig wird, lässt sich ebenfalls nur so rechtfertigen. Besonders eindeutig ging bisher die Deutsche Rentenversicherung Bund davon aus, dass die abhängige Tätigkeit eines Syndikus anwaltlicher Natur sein könne, wenn sie entsprechend

1 Zu ihr und den Grundlagen insbes. Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 46 Rn. 13ff., 17ff., 20ff. m.w.N.

2 Zuletzt insbes. BGH v. 7.2.2011, NJW 2011, 1517.

3 BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R AnwBl 2014, 854 (in diesem Heft).

4 So nunmehr explizit das BSG v. 3.4.2014 Rn. 31.

5 Zu den Nachweisen siehe Henssler/Prütting (Fn. 1) § 46 Rn. 15 mit Fn. 60.

6 Die Nachweise zu diesen Stimmen finden sich bei Henssler/Prütting (Fn. 1) § 46 Rn. 14 mit Fn. 56.

ihrem offiziellen Merkblatt bei einem Befreiungsantrag nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI prüft, ob der Syndikus für seinen Arbeitgeber rechtsberatend, rechtsentscheidend, rechtsgestaltend und rechtsvermittelnd tätig wird (sogenannte Vier-Kriterien-Prüfung).

Entgegengehalten werden allen diesen Erwägungen insbesondere die Gesetzesmaterialien zur BRAO-Novelle 1994, die jede Tätigkeit im Rahmen des Angestelltenverhältnisses als nichtanwaltlich einstufen⁷. Ob der dort formulierte Hinweis des Rechtsausschusses methodisch dazu zwingt, dieser Auffassung zu folgen, mag hier dahinstehen. Klar ist jedenfalls, dass die Rechtsprechung des BGH und die herrschende Meinung trotz dieser Einstufung des Syndikus es insbesondere zulassen, die praktischen Erfahrungen zur Erlangung eines Fachanwaltstitels auch durch Syndikustätigkeiten nachzuweisen. Diese erhebliche Inkonsistenz der Rechtsprechung und herrschenden Meinung wird oft nicht berücksichtigt⁸.

II. Die Begründung des BSG

Die zentrale Frage, ob eine Syndikustätigkeit anwaltlicher Natur sein kann oder ob dies generell ausgeschlossen ist, ist eine Frage des Berufsrechts. Darüber haben nach den eindeutigen gesetzlichen Regelungen die Rechtsanwaltskammern zu entscheiden, nicht die Sozialgerichte. Gleichwohl sind das sozialrechtliche Folgeproblem des Zugangs der Syndikusanwälte zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte und der damit einhergehende Antrag auf Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung gemäß § 6 Abs. 1 SGB VI von hoher praktischer Bedeutung. Die drei Entscheidungen des BSG vom 3. April 2014 stellten daher ohne Zweifel einen Paukenschlag dar, der die langjährige Verwaltungspraxis der Deutschen Rentenversicherung umstößt und gewaltige rechtspolitische Auswirkungen haben wird.

Das BSG hat entschieden, dass ein Syndikus in seiner Tätigkeit bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber in keinem Fall von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreit werden kann. Die von der Verwaltung herangezogene Vier-Kriterien-Prüfung und die darauf beruhende langjährige Verwaltungspraxis hat das BSG für rechtswidrig erklärt. Aus § 6 Abs. 1 SGB VI

7 BT-Drs. 12/7656, S. 49.

8 Vgl. zu diesem Aspekt insbes. Prütting, AnwBl 2013, 78, 80.

könne kein allgemeines Befreiungsrecht oder ein allgemeiner Grundsatz der Vermeidung von Doppelversicherungen entnommen werden. Vielmehr sei diese Norm eine abschließende Ausnahmeregelung und könne nicht erweiternd oder analog angewendet werden. Allerdings erkennt das BSG in den Entscheidungsgründen zunächst an, dass die Zulassung eines Syndikus zum Rechtsanwalt einen wirksamen Verwaltungsakt darstellt, an den die Sozialgerichte im Wege der Tatbestandswirkung gebunden sind. Das hat das BSG jedoch nicht daran gehindert, unter Hinweis auf die doppelrelevante Erwerbstätigkeit als Voraussetzung von § 6 Abs. 1 SGB VI zu prüfen, ob beim jeweiligen Antragsteller tatsächlich dieselbe Beschäftigung vorliegt. Das BSG hat also trotz der angeblichen Bindung der Sozialgerichte eigenständig geprüft, ob die jeweiligen Antragsteller Rechtsanwälte sind. Es hat sodann die These des BGH übernommen, dass ein Syndikus in seiner Tätigkeit bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber generell nicht als Rechtsanwalt tätig sei. Damit stellt das BSG auf die Doppelberufstheorie ab und verneint somit generell die Möglichkeit, eine Befreiung auszusprechen oder § 6 Abs. 1 SGB VI durch die Vier-Kriterien-Theorie zu konkretisieren.

III. Bewertung

Die Entscheidungen des BSG verkennen das Verhältnis von Berufsrecht und Sozialrecht. Die zunächst vom BSG anerkannte Tatbestandswirkung der Anwaltszulassung durch die Rechtsanwaltskammer (Rn. 26) wird mit dem Trick umgangen, die Norm des § 6 Abs. 1 SGB VI erfordere eine eigene Feststellung der Sozialgerichte, ob eine Beschäftigung vorliege, „wegen der“ der Antragsteller in eine Doppelmitgliedschaft gerate (Rn. 29). Es bleibt unklar, inwiefern die Wortlautinterpretation einer sozialrechtlichen Norm die Tatbestandswirkung des auch nach der BSG-Auffassung wirksamen Verwaltungsaktes „Zulassung zur Rechtsanwaltschaft“ durch die zuständige Rechtsanwaltskammer aus den Angeln zu heben vermag. Bei der weiteren Beurteilung der Rechtslage stützt sich das BSG sodann auf die Rechtsprechung insbesondere des BGH. Nicht berücksichtigt werden all die Inkonsistenzen und Ungereimtheiten, die bereits oben I. angedeutet worden sind. Insbesondere wird vom BSG die gesamte abweichende Rechtsprechung und Literatur völlig ausgeblendet. So hat etwa der Bundesfinanzhof ein Urteil zum Syndikus-Steuerberater gefällt, das davon ausgeht, dass für diesen die Doppelberufstheorie nicht gilt. Die Vollzeitbeschäftigung des Antragstellers als Angestellter einer Aktiengesell-

schaft konnte nach der Auffassung des BFH seine Pflicht zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Berufsausübung nicht beeinträchtigen. Dies gilt nach dem BFH auch dann, wenn der Antragsteller und Kläger nur als Feierabendsteuerberater tätig sein wolle⁹. Angedeutet wird vom BSG immerhin der auffallende Widerspruch zwischen der Ablehnung des Syndikus als Rechtsanwalt und dem möglichen Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Fachanwaltsbezeichnung (Rn. 39). Diesen kurzen Hinweis versieht die Entscheidung des BSG mit dem Nachsatz, dies sei für den vorliegenden Zusammenhang erkennbar ohne Bedeutung. Hier hätte man sehr gerne gewusst, warum ein solcher auffallender Wertungswiderspruch bei der Beurteilung der Syndikustätigkeit erkennbar ohne Bedeutung sein soll. Gerade die Fachanwaltsproblematik macht nämlich deutlich, dass auch viele Syndikusanwälte ganz selbstverständlich konkrete Rechtsfälle wie ein selbständiger Anwalt bearbeiten und entscheiden. Es ist daher sicherlich kein Zufall, dass die Rechtsprechung gerade beim Erwerb von Fachanwaltsbezeichnungen immer wieder Ausnahmen zulässt, die der eigenen Auffassung diametral widersprechen.

Angesichts der dogmatischen Bedenken gegen die Urteile des BSG sind die methodischen Schwächen hier nur anzudeuten. So ist die Lösung einer berufsrechtlichen Frage durch eine isolierte Wortlautinterpretation einer sozialrechtlichen Norm sicherlich systematisch sehr zweifelhaft. Die Heranziehung einer Stellungnahme des Rechtsausschusses in den Gesetzesmaterialien ist wenig überzeugend, wenn selbst nach der Gegenmeinung höchst fraglich ist, ob der Rechtsausschuss damals wirklich bedacht hat, dass er mit seiner Begründung nicht nur einen Gesetzgebungsvorschlag ablehnt, sondern zugleich eine bis dahin anerkannte Rechtsauffassung aufgeben hat. Schließlich ist die Behauptung, eine Norm mit Ausnahmecharakter sei nicht analogiefähig, nach allgemeiner Auffassung des methodischen Schrifttums unrichtig.

Jenseits der dogmatischen und methodischen Kritik an den Entscheidungsgründen des BSG erstaunt es in hohem Maße, dass die Entscheidung in keiner Weise die Rechtsfolgen für die rund 30.000 deutschen Syndikusanwälte und ihre Altersversorgung reflektiert. Alle möglichen Rechtsfolgenerwägungen werden ausgeblendet. So lässt sich nicht bestreiten, dass bei konsequenter Umsetzung der BSG-Rechtsprechung die große Mehrzahl der Syndikusanwälte ihre Zulassung zur Anwaltschaft verlieren müssten. Die

9 BFH v. 9.8.2011, NJW 2012, 479.

deutsche Anwaltschaft würde also in einer durchaus dramatischen Weise zwischen Freiberuflern und Angestellten aufgespalten. Allein dieser Gesichtspunkt erfordert nach meiner Meinung zwingend ein Einschreiten des Gesetzgebers.

IV. Folgerungen für die Rechtspraxis

Zunächst muss aber konstatiert werden, dass die Entscheidungen des BSG rechtskräftig sind und für die künftige Praxis ein feststehendes Datum darstellen. Die Verwaltungspraxis muss und wird sich nach diesen Entscheidungen richten, also ab sofort keinerlei Befreiungen von der gesetzlichen Rentenversicherung mehr aussprechen. Dies wird die Durchlässigkeit und den Berufswechsel von Volljuristen zwischen Industrie, Verbänden und niedergelassener Rechtsanwaltschaft massiv beeinträchtigen. Die schwierigen und umfangreichen Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf die Deutsche Rentenversicherung sind vor kurzem bereits dargelegt worden¹⁰. Dort wird insbesondere auf die nunmehr drohenden schwierigen Zuordnungs- und Abgrenzungsprobleme hingewiesen. Nichts anderes gilt für die arbeitsrechtlichen Konsequenzen. Hier muss der Arbeitgeber künftig vor allem die bisher ergangenen Befreiungsbescheide prüfen und eventuell Korrekturmeldungen vornehmen. Besondere Schwierigkeiten können sich bei Versetzungen oder anderen Tätigkeitsänderungen innerhalb des Unternehmens ergeben¹¹. Schließlich sind die rechtlichen Folgen im Unternehmen noch nicht ausgelotet, die sich daraus ergeben können, dass der Syndikus künftig als unabhängiger Ratgeber mit Bindung an das anwaltliche Berufsrecht die Sicherung einer guten Corporate Governance möglicherweise nicht mehr übernehmen kann¹².

Ergänzt und überlagert werden diese künftigen Schwierigkeiten für die Rechtspraxis durch das Zusammenwirken der neuen BSG-Rechtsprechung mit dem Urteil des BSG vom 31. Oktober 2012¹³. Aus dieser Entscheidung ergibt sich nämlich, dass der Inhaber einer Befreiungsentscheidung bei jedem Wechsel des Arbeitgebers einen neuen Antrag stellen muss. Kombiniert man

10 Heine, AnwBl 2014, 690.

11 Zum Ganzen insbes. Schuster, AnwBl 2014, 700.

12 Dazu nunmehr Merkt, NJW 2014, 2310.

13 BSG, NJW 2013, 1628.



die Entscheidungen des BSG vom 31. Oktober 2012 und vom 3. April 2014, so ergibt sich also, dass ein Syndikusanwalt, der Inhaber einer Befreiung und Mitglied im Versorgungswerk ist, ohne massive Veränderung seines sozialrechtlichen Status keinen Arbeitgeberwechsel mehr vornehmen kann. Dass diese Konsequenz vor allem auch im Lichte von Art. 12 GG untragbar ist, erscheint naheliegend und ruft nach einem Eingreifen des Gesetzgebers. Hinzuweisen ist auch auf weitere offene Fragen des Vertrauensschutzes. So ist nicht geklärt, wie ein Antragsteller zu behandeln ist, der seinen Befreiungsantrag vor dem 3. April 2014 gestellt hat, der aber noch keine Entscheidung erhalten hat, obgleich diese nach damaliger Situation positiv zu bescheiden gewesen wäre. Unklar ist auch die Situation derjenigen Syndikusanwälte, die vor dem 31. Oktober 2012 im Rahmen eines Arbeitgeberwechsels einen neuen Antrag nicht gestellt hatten.

V. Die Kernfrage

Kernpunkt der gesamten Diskussion ist und bleibt die Frage nach dem Berufsbild des Rechtsanwalts und der Entscheidung darüber. Die Entscheidung über die Zulassung als Rechtsanwalt ist und bleibt eine berufsrechtliche Frage. Diese Entscheidung muss daher ausschließlich von der zuständigen Rechtsanwaltskammer getroffen werden. Alle anderen Fragen wie der sozialrechtliche Status, die Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung und viele andere Fragen sind Folgeprobleme. Durch die Entscheidungen des BSG vom 3. April 2014 ist nun aber faktisch über die Auslegung des § 6 Abs. 1 SGB VI die Deutungshoheit über das Berufsbild des Rechtsanwalts von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung übernommen worden. Die Begründung des BSG, es entspreche nicht dem Berufsbild des Rechtsanwalts, als Angestellter in einem Unternehmen oder einem Verband tätig zu sein, ist ein Postulat, das sich jedenfalls nicht der BRAO entnehmen lässt¹⁴.

Dies alles zeigt, dass nunmehr dringend der Gesetzgeber aufgerufen ist, seine Auffassung vom Berufsbild des Rechtsanwalts im Berufsrecht der Rechtsanwälte zu verdeutlichen. Es ist also eine gesetzgeberische Grundsatzentscheidung zu treffen, die die langjährige Unsicherheit über die berufsrechtliche Qualifikation angestellter Rechtsanwälte klärt. Daher ist dem

14 So überzeugend bereits Kilger, AnwBl 2014, 685, 688.

Gesetzgeber eine Änderung und Ergänzung von § 46 BRAO dringend zu empfehlen. Dort sollte zunächst niedergelegt werden, dass auch ein in abhängiger Tätigkeit Beschäftigter eine Tätigkeit als Rechtsanwalt ausüben kann und dass die damit verbundene Zulassung als Rechtsanwalt nicht davon abhängt, ob der Antragsteller bei einem anwaltlichen oder einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber angestellt ist. Entscheidend sollte allein sein, dass der Antragsteller bei seinem Arbeitgeber im Kern eine anwaltliche Tätigkeit ausübt. Weiterhin müsste der Gesetzgeber eine Entscheidung darüber treffen, ob dem bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber tätigen Rechtsanwalt (also dem Syndikus) Beschränkungen aufzuerlegen sind. Es wäre vom Gesetzgeber also insbesondere zu entscheiden, ob für ihn vor Gerichten ein Vertretungsverbot besteht und in welchem Umfang ihm im Verhältnis zu seinem eigenen Arbeitgeber Anwaltsprivilegien zukommen. Schließlich sollte der Gesetzgeber den Versuch machen, die Frage, was im Einzelnen eine anwaltliche Tätigkeit darstellt, im Rahmen des Berufsrechts zu konkretisieren. Der Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wäre ein solches Bemühen des Gesetzgebers zweifellos wert.

Versorgungswerk-Aus für Syndikus: BSG erliegt Unabhängigkeitsmythos

Der Gesetzgeber ist gefordert*

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

Das BSG hat den Syndikusanwälten mit seinen Entscheidungen vom 3. April 2014 einen schweren Schlag versetzt (BSG, AnwBl 2014, 854). Manche jubeln in der Anwaltschaft, andere sind betroffen und doch wollen viele auch kämpfen. Das lohnt, denn der Autor zeigt nicht nur die argumentativen Schwächen der BSG-Urteile auf, sondern auch die Folgen für die Anwaltschaft, den Rechtsdienstleistungsmarkt, andere freie Berufe und das System der Versorgungswerke. Sein Appell: Der Gesetzgeber ist gefordert.

Die in der deutschen Anwaltschaft ungebrochene Tradition der unkritischen und undifferenzierten Pflege tradierter Berufsbildideale hat mit den Grundsatzentscheidungen des BSG vom 3. April 2014 zur Befreiungspraxis der Deutschen Rentenversicherung zu fatalen Konsequenzen geführt. Unter Rekurs auf das vor allem von den Rechtsanwaltskammern verfochtene Berufsbilddogma der Unabhängigkeit verneint das Gericht grundsätzlich die Möglichkeit der Befreiung bei Syndikusanwälten angesichts ihrer vertraglichen Bindung an einen nichtanwaltlichen Arbeitgeber. Die Kasseler Richter haben die Problematik des diffusen Kriteriums der Unabhängigkeit verkannt und die Rechtswirklichkeit schlicht negiert. Ihre Entscheidung steht im Widerspruch zur Befreiungspraxis bei angestellten Rechtsanwälten, deren Befreiungsmöglichkeit man in Kassel (noch) nicht in Abrede zu stellen wagt. Sie ist auch unvereinbar mit der Judikatur zu anderen freien Berufen wie zum Beispiel Steuerberatern.

Zugleich wirft sie rechtspolitisch die Frage nach der Zukunft der Versorgungswerke und verfassungsrechtlich nach der Verfassungsmäßigkeit der bei ihnen bestehenden Zwangsmitgliedschaft auf. Der deutschen Anwaltschaft droht eine Abspaltung der Unternehmensjuristen, welche vergleichbar ist mit der Verselbständigung des Berufs des Steuerberaters. Der Gesetzgeber

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand Oktober 2014. Er ist zuerst im AnwBl 2014, 891 erschienen.

ist aufgefordert, endlich die überfällige Regelung zum Status der Syndikusanwälte zu erlassen und sozialversicherungsrechtlich Klarheit im Verhältnis der Versorgungssysteme zu schaffen.

I. Verantwortlichkeit der Anwaltschaft

Die deutsche Rechtsanwaltschaft muss sich bei ihrer Kritik an den Entscheidungen des BSG¹ vorhalten lassen, dass sie ein erhebliches Maß an Mitverantwortung an dem dadurch verursachten Desaster trifft. Die Syndikusanwälte wurden von den Rechtsanwaltskammern zwar stets als Beitragszahler willkommen geheißen. Allen seit über einem Jahrzehnt ausgesprochenen Warnungen² zum Trotz diskriminierte man sie jedoch aus schlichter Konkurrenzangst. Die vom BSG als entscheidend herangezogene Doppelberufstheorie wird von ihnen ebenso bis zum heutigen Tage verfochten wie auch das Verbot des § 46 Abs. 1 BRAO. Auch der Deutsche Anwaltverein versagte mit seinem Festhalten an dieser verfassungswidrigen Regelung einerseits und der widersprüchlichen Forderung nach einer uneingeschränkten Gleichstellung von Syndikusanwälten und niedergelassenen Rechtsanwälten andererseits, womit er bereits 1994 gescheitert war. Den Repräsentanten der Anwaltschaft gelang es letztlich nicht, mit einem überzeugenden rechtspolitischen Vorschlag den Gesetzgeber zum Handeln zu veranlassen, was den Steuerberatern immerhin vor einigen Jahren gelungen war. Das mit den Entscheidungen des BSG verursachte Fiasko mit seinen kaum absehbaren Folgen für die deutsche Anwaltschaft und deren Zusammensetzung sowie für die Versorgungswerke ist daher auch auf das erneute eklatante berufspolitische Versagen der Vertretungen der Rechtsanwaltschaft zurückzuführen. Die Kasseler Richter haben schließlich im Wesentlichen „nur“ ihre Rechtsauffassung „übernommen“.

1 BSG Urt. v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R, B 5 RE 9/14 R, B 5 RE 3/14 R = BB 2014, 897; dazu u. a. *Kilian*, AnwBl 2014, 468; *Bezani/Klinkhammer*, ArbR 2014, 275; *Legerlotz, Schmidt*, ArbRB 2014, 209; *Huff*, AuA 2014, 300; *Henssler*, BB 2014, Heft 20, I; *Rolfs*, NZA 2014, 574; *JC*, VersorgW 2014, 138; *Heine*, AnwBl 2014, 690; *Prossliner*, AnwBl 2014, 695; *Schuster*, AnwBl 2014, 700; *Prütting*, AnwBl 2014, 788.

2 Vgl. nur *Kleine-Cosack*, AnwBl 2012, 947 ff.: „Vom Syndikusanwalt zum Unternehmensjuristen. Fataler berufspolitischer Immobilismus der Anwaltschaft“; ders. in den verschiedenen Auflagen des Kommentars zur BRAO, s. zum Beispiel 6. Aufl. 2009, § 7 Rn. 64 ff.

II. Ausgangsrechtslage

Maßgebliche sozialgesetzliche Bestimmung ist § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI.

1. Allgemeine Voraussetzungen

Danach werden von der Versicherungspflicht befreit Beschäftigte und selbständig Tätige für die Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit, wegen der sie aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind, wenn a) am jeweiligen Ort der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit für ihre Berufsgruppe bereits vor dem 1. Januar 1995 eine gesetzliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der berufsständischen Kammer bestanden hat, b) für sie nach näherer Maßgabe der Satzung einkommensbezogene Beiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze zur berufsständischen Versorgungseinrichtung zu zahlen sind und c) aufgrund dieser Beiträge Leistungen für den Fall vermindelter Erwerbsfähigkeit und des Alters sowie für Hinterbliebene erbracht und angepasst werden, wobei auch die finanzielle Lage der berufsständischen Versorgungseinrichtung zu berücksichtigen ist.

2. Erfordernis einer berufsspezifischen Tätigkeit

§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI gibt versicherungspflichtig Beschäftigten, die gleichzeitig verkammerte Mitglieder einer berufsständischen Versorgungseinrichtung sind, einen Anspruch auf Befreiung von der Versicherungspflicht nur für die Beschäftigung, wegen der sie auf Grund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind. Zur Erfüllung der Befreiungsvoraussetzung reicht nicht die formelle Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Sie wird nämlich – so zu recht das BSG – unter den tatbestandlichen Voraussetzungen insbesondere der §§ 4ff. BRAO unabhängig von einer bestimmten Tätigkeit im Wesentlichen personenbezogen und ohne zusätzliche Beschränkung für alle Betätigungen erteilt, die mit dem

Beruf des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und als berufener unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO) verbunden sind. Maßgeblich für die Einbeziehung in die berufsständische Versorgung ist der durch Zulassungsakt eröffnete Zugang zu einer Berufstätigkeit in ihrer Gesamtheit. Beide Sicherungsformen (gesetzliche Rentenversicherung und berufsständische Versorgung) stimmen nach dem BSG jedenfalls darin überein, dass sie inhaltlich jeweils an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit anknüpfen und Schutz gegen die wirtschaftlichen Folgen gerade hiermit verbundener Risiken gewährleisten.

3. Kriterien einer Rechtsanwaltstätigkeit

Die entscheidende Frage geht nun bei Befreiungsanträgen von Syndikusanwälten dahin, welche Merkmale prägend für die Ausübung der Tätigkeit als Rechtsanwalt sind. Normative Anhaltspunkte für das Berufsbild finden sich in der BRAO. § 1 BRAO definiert den Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege, der gemäß § 2 Abs. 1 BRAO einen freien Beruf ausübt und gemäß § 3 Abs. 1 BRAO der unabhängige Berater und Vertreter Dritter in allen Rechtsangelegenheiten ist.³ Nach dem Gegenstand der Tätigkeit muss es sich somit um eine Rechtsbesorgung für Mandanten handeln, die nach dem Berufsbildideal der §§ 1 bis 3 BRAO „frei“ und „unabhängig“ ausgeübt wird.⁴ In der bisherigen Praxis der DRV und der meisten Sozialgerichte wurde in der gebotenen tätigkeitsbezogenen Auslegung des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI allein auf den Gegenstand der Tätigkeit abgestellt. Maßgeblich für eine Befreiung waren seit 2005 die von der DRV in einem Merkblatt⁵ aufgestellten Kriterien der Rechtsberatung, Rechtsentscheidung, Rechtsgestaltung und Rechtsvermittlung. Dieses Abstellen auf den Inhalt der Tätigkeit entsprach der vom BSG gebilligten Befreiungspraxis bei anderen freien Berufen wie zum Beispiel den Steuerberatern, Ärzten und Apothekern.

3 Mittelbare Anhaltspunkte für die Tätigkeit vor allem von Rechtsanwälten ergeben sich zudem aus § 2 RDG.

4 Vgl. SG Köln Ur t. v. 15.12.2011 – S 31 R 86/10; siehe auch SG Köln Ur t. v. 1.12.2011 – S 31 1586/10.

5 Stand Juni 2005, s. zum Beispiel im Befreiungsantrag unter www.vw-ra_hessen.de.

III. Verneinung eines Befreiungsanspruchs durch das BSG

Das BSG vollzieht jedoch mit seinen Entscheidungen zu den Syndikusanwälten einen radikalen Kurswechsel bei der Auslegung des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI vom Gegenstand der Tätigkeit für den nichtanwaltlichen Arbeitgeber zur Art und Weise ihrer Erbringung. Nach seiner Ansicht soll nunmehr allein maßgeblich sein das Erfordernis der Unabhängigkeit. Zur Begründung des Kurswechsels im Befreiungsrecht argumentiert das BSG ausschließlich berufsrechtlich unter vermeintlichem Rekurs auf die BRAO, ohne jedoch die Problematik des Ansatzes wie auch die Rechtswirklichkeit sowie das Verfassungsrecht in den Blick zu nehmen.

1. Unabhängigkeitspostulat

Nach gefestigter verfassungs- und berufsrechtlicher Rechtsprechung zum Tätigkeitsbild des Rechtsanwalts nach der BRAO soll gemäß der sogenannten Doppel- oder Zweitberufe-Theorie – wie das BSG zutreffend referiert – in der Tat derjenige, der als ständiger Rechtsberater in einem festen Dienst- oder Anstellungsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber steht (Syndikus), in dieser Eigenschaft nicht als Rechtsanwalt tätig werden.⁶ Unabhängiges Organ der Rechtspflege und damit „Rechtsanwalt“ sei der Syndikus nur in seiner freiberuflichen, versicherungsfreien Tätigkeit außerhalb seines Dienstverhältnisses. Daher habe er zwei Arbeitsbereiche, einen als schlichter nicht-anwaltlicher Arbeitnehmer, der keine Unabhängigkeit besitzt, sondern dem Prinzip der Über- und Unterordnung unterliegt⁷, und einen als freier, unabhängiger Anwalt.

Auf den Gegenstand der Tätigkeit und damit die von der Rechtspraxis entwickelte „Vier-Kriterien-Theorie“ kommt es bei diesem Ansatz daher nicht an. Wegen der Maßgeblichkeit des Kriteriums der Unabhängigkeit ist es nach dem BSG auch unerheblich, ob die in Frage stehende Beschäftigung inhaltlich „Elemente“ der anwaltlichen Berufstätigkeit aufweist.

6 BVerfG vom 4.11.1992 – 1 BvR 79/85 u. a. – BVerfGE 87, 287 ff. und BGH vom 7.11.2011 – AnwZ (B) 20/10, NJW 2011, 1517 ff.

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

2. Begründung des BSG

Die Kritiker können nicht bestreiten, dass das BSG sich mit seiner Argumentation im Prinzip völlig zutreffend auf die – maßgeblich auch von den Kammern befürwortete – berufsrechtliche Judikatur stützen kann. Es verweist zum Beispiel auf den BGH, der dem in den §§ 1 bis 3 BRAO normierten Tätigkeitsbild des Rechtsanwalts in „gefestigter Rechtsprechung“ und unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien entnimmt, dass der Syndikus in der entsprechenden beruflichen Funktion nicht als Rechtsanwalt tätig sei.⁸ An dieser Rechtsprechung werde – so das BSG – im Rahmen einer kontinuierlichen Verweisungskette der Anwaltsgerichtsbarkeit bis heute festgehalten.⁹ Verwiesen wird weiter auf den Zweitberufsbeschluss des BVerfG¹⁰. Diese Rechtsprechung werde auch durch die Materialien zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte bestätigt.¹¹ Schließlich bezieht sich das BSG auch auf den EuGH¹², nach dem Kommunikationsschutz zwischen Mandant und Rechtsanwalt in einer gemeinsamen Tradition der Mitgliedsstaaten nur für Schriftwechsel gilt, der von „unabhängigen Rechtsanwälten“ ausgeht, das heißt von Anwälten, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind.

IV. Kritik am BSG

Ungeachtet der zutreffend referierten berufsrechtlichen Bewertung des Syndikusanwalts in der Doppelberufstheorie sind die Entscheidungen des BSG mit deren Übertragung auf das Sozialversicherungsrecht aus mehreren Gründen nicht haltbar.

8 BGHZ 33, 276, 279f.

9 BGH BRAK-Mitt 1988, 271f; BGHZ 141, 69, 71; NJW 2000, 1645; NJW 2001, 3130; NJW 2010, 377, 379 Rn. 17, insofern in BGHZ 183, 73ff. nicht abgedruckt; NJW 2011, 1517, 1518 Rn. 6; ebenso BAG BAGE 82, 239, 24.

10 BVerfG Beschl. v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85 u. a. – BVerfGE 87, 287, 294f.

11 BT-Drucks 12/4993.

12 EuGH Urteil vom 14.9.2010 – C-550/07 P – AnwBl 2010, 796 = NJW 2010, 3557.

1. Rechtswissenschaftliches Defizit

Zunächst einmal sollte außer Frage stehen, dass die Absage des BSG an die bisherige Befreiungspraxis der DRV alles andere als zwingend war. Wenn das BSG sich zur Begründung allein auf das diffuse Kriterium der „Unabhängigkeit“ beziehungsweise letztlich sogar nur die Einordnung des Syndikus in den Betrieb des nichtanwaltlichen Arbeitgebers stützt, setzt es sich damit in Widerspruch zu einem großen Teil der Sozialgerichte wie auch der Landessozialgerichte, welche die Möglichkeit der Befreiung auch von Syndikusanwälten von der Rentenversicherung jahrzehntelang gebilligt haben. Da man davon ausgehen muss, dass die an diesen Entscheidungen beteiligten Richter wie auch die Juristen der DRV nicht sämtlich mit Rechtsblindheit geschlagen waren, ist die Fragwürdigkeit des abrupten Kurswechsels des BSG offensichtlich.

a) Regelungs- und Entscheidungsdefizit

Er wird bereits dadurch indiziert, dass sich weder aus dem SGB VI noch dem Berufsrecht der BRAO ein eindeutiger rechtlicher Anhaltspunkt ergibt, der gegen die Möglichkeit der Befreiung der Syndikusanwälte spricht. Deren Stellung ist in der BRAO nicht geregelt und nur in § 46 Abs. 1 BRAO findet sich eine – zudem noch wegen reiner Konkurrenzschutzfunktion verfassungswidrige¹³ – Ausübungsbeschränkung. Auch die Berufung auf das BVerfG vermag nicht zu überzeugen. Das Gericht hat sich bisher mit der Problematik der Syndikusanwälte nicht befasst. Es hat nur in einem entscheidungsunerheblichen obiter dictum in der vom BSG zitierten Zweitberufsentscheidung¹⁴ unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien die Doppelberufstheorie mit Begründung wiedergegeben.

Es fehlt bisher sowohl in der Rechtsprechung des BGH wie auch des BVerfG an einer Grundsatzentscheidung zum Rechtsanspruch des Syndikusanwalts auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Für den in jeder Hinsicht mit dem Rechtsanwalt vergleichbaren Beruf des Steuerberaters hat sie der BFH¹⁵ unter dezidiertem Ablehnung der Doppelberufstheorie gefällt mit der Anerkennung des gesetzlichen Rechtsanspruchs auf eine Tätigkeit als Steuerberater für den

13 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, § 46 Rn. 4ff.; a. A. die h. M. wie zum Beispiel *Henssler*, in *Henssler-Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 46 Rn. 8.

14 BVerfG NJW 1993, 317.

15 BFH AnwBl 2011, 955.

nichtfreiberuflichen Arbeitgeber. Auch Syndikusanwälte hätten trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung einen Anspruch auf Zulassung nur für ihre anwaltliche Tätigkeit im Unternehmen oder Verband. Sie haben nur bisher nicht den Versuch unternommen, diesen verfassungsrechtlichen Anspruch gem. Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG¹⁶ durchzusetzen und damit der Doppelberufstheorie wie bei Steuerberatern den Boden zu entziehen. Stattdessen haben sie sich – dazu unten – auf die „Mogelpackung“ der Zulassung nach § 7 Nr. 8 BRAO mit der meist unwahren Behauptung beschränkt, sie würden auch als niedergelassener Rechtsanwalt tätig sein.

b) Auslegungsdefizit

Die Fragwürdigkeit ihrer Entscheidungen tritt erst recht zutage bei Durchsicht der Begründung der Kasseler Richter. Das Etikett „rechtswissenschaftlich“ kann man ihnen nur schwer zubilligen. Schließlich beschränken sie sich im Kern einmal auf eine am Begriffspositivismus orientierte Auslegung des § 6 SGB VI. Man suggeriert bei einer Norm mit langer Geschichte, dass im Gegensatz zur bisherigen Auslegung der Wortlaut etwas anderes gebiete. Das hatten die Kasseler Anhänger der längst überholten begriffsjuristischen Auslegung Iheringscher Prägung schon 2012 bei ihrem Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung praktiziert, als sie für die Zukunft bei jeder wesentlichen Betätigungsänderung und einem Arbeitgeberwechsel trotz gleichbleibender befreiungsfähiger Tätigkeit einen neuen Befreiungsantrag forderten unter schlichtem Verweis auf den Wortlaut des § 6 Abs. 5 S. 1 SGB VI: „*Die Befreiung ist auf die jeweilige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit beschränkt*“. Daraus folgerte das BSG¹⁷ zur Überraschung aller erstmals, dass damit gemeint sei die jeweils „konkret“ befreite Beschäftigung. Das war in dieser Tragweite alles andere als zutreffend, zumal in der inkonsistenten Begründung an anderer Stelle auch das Wort „abstrakt“ gewählt wurde.¹⁸ Vor allem aber verkannte das scheinbar dem Wortlaut verpflichtete BSG bei seinem Auslegungsversuch, dass der § 6 Abs. 5 S. 1 SGB VI 1 eindeutig nicht die ihm beigemessene Funktion hat. Schließlich kommt ihm unstreitig wie seinem Vorläufer keine eigenständige normative Bedeutung zu. Er beinhaltet eine schlichte Feststellung in einer Art „Introduktionsvorschrift“,¹⁹ so dass

16 Vgl. Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 75.

17 BSG AnwBl 2013, 467; dazu Horn/Jung, AnwBl 2013, 468.

18 Vgl. zutr. Heine, AnwBl 2014, 690.

19 So Heine, ebenda.

nicht die geringste Veranlassung zu dem Bruch mit der früheren Rechtsprechung bestand.

Nunmehr vollzieht das BSG einen neuerlichen Kurswechsel bei der Auslegung mit der Verneinung einer Befreiungsfähigkeit von Syndikusanwälten. Es soll jetzt nicht einmal mehr auf die (konkrete) Beschäftigung und damit die Frage des Vorliegens einer anwaltstypischen Tätigkeit ankommen. Vielmehr wird die Befreiungsfähigkeit pauschal und grundsätzlich verneint unter Berufung auf das Berufsrecht und die nach der darin vertretenen Doppelberufstheorie den Syndikusanwälten abgesprochene Unabhängigkeit angesichts der Eingliederung in den Betrieb des nichtanwaltlichen Arbeitgebers. Damit entfernt sich das Gericht ohne Begründung des abrupten Kurswechsels „meilenweit“ vom Wortlaut des § 6 SGB VI wie auch der bisher als geboten angesehenen tätigkeitsbezogenen Auslegung, welche es noch in anderen Befreiungsfällen praktiziert.

c) Berufsrechtsblindheit

Die völlig verengte und widersprüchliche Auslegung des § 6 SGB VI findet ihre Fortsetzung in dem – bei allem Respekt – an Beschränktheit kaum zu überbietenden Rekurs des BSG auf das anwaltliche Berufsrecht mit der bloßen Wiedergabe der Doppelberufstheorie, um den Syndikusanwälten eine für die Befreiung erforderliche Rechtsanwaltschaftigkeit abzusprechen. Zu den offensichtlichen Bedenken gegen diese Theorie wird kaum ein Wort verloren; kritische Äußerungen – auch in fundiert begründeten Urteilen der Sozialgerichtsbarkeit – werden einfach tabuisiert. Die von ihr abweichende Praxis gerät bei dem wirklichkeitsfremden Pochen auf das Ideal der Unabhängigkeit überhaupt nicht in das Blickfeld. Nichts anderes gilt für Befreiungspraxis bei anderen freien Berufen mit gleichen Unabhängigkeitskonstellationen wie zum Beispiel den Steuerberatern.

Der Blick über den Tellerrand der Syndikusproblematik bleibt in den Entscheidungen aus, obwohl er aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen – vor allem im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG – unverzichtbar war. Hätte man ihn praktiziert, dann wäre dem BSG vielleicht deutlich geworden, dass die nur scheinbar besondere Problematik bei Syndikusanwälten mit deren Doppelberufstheorie nicht sachlich, sondern allenfalls historisch bedingt ist. Rechtsanwälte haben schließlich mangels gesetzlicher Verbotsregelung seit der vom

BSG erwähnten Zweitberufsentscheidung von 1992²⁰ nahezu vollständige Zweitberufsfreiheit. Bei der Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf stellt sich nur die Frage der Vereinbarkeit von zweitberuflichen Tätigkeiten – also auch bei Syndikusanwälten – mit dem Anwaltsberuf (vgl. §§ 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO). Die entsprechende Judikatur führte zur „Fehlgeburt“ der Doppelberufstheorie. Bei Steuerberatern hingegen gab es bis 2008 in § 57 Abs. 4 StBerG ein nahezu vollständiges Zweitberufsverbot vor allem für gewerbliche Tätigkeiten. Der Syndikussteuerberater war unbekannt und die Rechtsprechung konnte keine diskriminierende Doppelberufstheorie „erfinden“. Angesichts der offensichtlichen Verfassungswidrigkeit des Zweitberufsverbots nur für Steuerberater ist dieses zwischenzeitlich aber in § 57 Abs. 4 S. 2 StBerG weitgehend aufgehoben.²¹

Zugleich wurde aber in § 58 Nr. 5a StBerG ausdrücklich die Zulassung als Steuerberater in Syndikusfunktion geregelt, was in der BRAO schlicht versäumt wurde angesichts der Unfähigkeit der Anwaltschaft wie auch des Versagens des Bundesjustizministeriums. Allein diese zufall- und nicht sachlich bedingte Gesetzeslage, welche dem BSG eine Übertragung seiner Syndikusanwaltsrechtsprechung auf Steuerberater verbietet, rechtfertigt jedoch nicht seinen Kurswechsel, zumal das BVerfG endlich auch zur Feststellung gelangt ist, dass die Grundsätze der Zweitberufsentscheidung auch für diesen rechtsberatenden Beruf gelten.²²

Letztlich ist es unverständlich, dass das BSG eine Grundsatzentscheidung von solcher Tragweite fällen kann, ohne auch nur ansatzweise die vergleichbare Problematik sowie Sach- und Rechtslage bei anderen freien Berufen zu erwähnen. Die rechtswissenschaftlich indiskutable „binnenperspektivische“ Beschränkung auf die Syndikusanwaltsproblematik ist ein entscheidender Grund dafür, dass es zu dem durch nichts zu rechtfertigenden und einzigartigen Kurswechsel vom Gegenstand der zweitberuflichen Tätigkeit zum Modus der „Unabhängigkeit“ kommen konnte.

20 BVerfG NJW 1992, 317.

21 Die Kammern und Gerichte tun sich aber mit der Umsetzung noch schwer, wie manifest verfassungswidrige Entscheidungen zum Beispiel des BFH (DB 2014, 1129) und des BVerwG (NJW 2013, 678) zeigen, bei denen die Grundrechtsprüfung schlicht außer Acht bleibt, welche entgegen den Entscheidungen auch nach dem BVerfG (NJW 2013, 3357) bei Steuerberatern notwendig ist.

22 BVerfG NJW 2013, 3357; dazu *Kleine-Cosack*, AnwBl 2013, 825.

2. Unbestimmtheit des Unabhängigkeitsarguments

Dieser Wechsel ist auch deshalb schlicht indiskutabel, weil das BSG die grundsätzliche Problematik eines Rekurses auf das Kriterium der „Unabhängigkeit“ von Rechtsanwälten verkennt. Schließlich ist es viel zu unbestimmt, um daraus konkrete Rechtsfolgen herzuleiten. Hier gilt frei nach Goethe: *„Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihrs nicht aus, so legt was unter.“* Unstreitig ist allein, dass Rechtsanwälte nach den §§ 1, 3 BRAO staatsunabhängig sind.²³ Sie sind seit Einführung der Freiheit der Advokatur zum 1. Januar 1879 keine Staatsbedienstete mehr. Soweit es aber um die auch bei Syndikusanwälten allein in Frage stehende Unabhängigkeit im nicht-staatlichen, gesellschaftlichen beziehungsweise privaten Bereich geht, kommt den §§ 1, 3 BRAO praktisch keine unmittelbare rechtliche Relevanz zu, wie sie ihm jetzt aber das BSG für das Sozialrecht beizumessen versucht. Auch immer wieder vorgenommene Versuche, das Unabhängigkeitskriterium rechtlich zu instrumentalisieren, sind bisher stets gescheitert.²⁴

3. Tatsächliche Bedeutungslosigkeit des Unabhängigkeitskriteriums

Das BSG lässt bei seinem unkritischen Rekurs auf das Unabhängigkeitskriteriums auch außer Acht, dass ihm im anwaltlichen Berufsrecht praktisch keine nennenswerte Bedeutung zukommt. Von rechtlicher Relevanz ist es nur in seltenen Ausnahmefällen,²⁵ soweit verfassungskonform am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG eine Gemeinwohlerforderlichkeit eines Ge- oder Verbots begründet werden kann.

a) Zulassung

Dies gilt bereits für die Zulassung als Rechtsanwalt, bei welcher der Doppelberufstheorie mit der Verneinung der Rechtsanwaltschaftigkeit von Syndikusanwälten mangels Unabhängigkeit theoretisch nach der vom BGH bemühten und vom BSG zitierten Rechtsprechung eine entscheidende Bedeutung zukommen soll. Eben diese Sicht erweist sich bei genauerer Prüfung als falsch.

23 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, § 1 Rn. 11 ff.

24 Vgl. nur *Prütting*, in: *Henssler-Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 10 ff.

25 So zum Beispiel beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen des § 356 StGB, des § 43a IV BRAO und des § 3 I BORA.

Die Doppelberufstheorie beruht schließlich auf einer schlichten „Mogelpackung“: Der Bewerber muss entgegen dem angeblichen Lügenverbot²⁶ für Rechtsanwälte behaupten, sich als niedergelassener Rechtsanwalt in eigener Kanzlei zu betätigen, was überwiegend nicht der Fall ist, da die meisten Syndici nur für den Arbeitgeber tätig werden. „Getopt“ wird diese Zulassungs-„mogelei“ noch durch die Forderung der Kammern und Gerichte, nach welcher der Arbeitgeber in der Tat eine Erklärung für die jederzeitige Freistellung für Rechtsanwaltsaufgaben abzugeben hat. Diese realitätsblinde und verlogene Zulassungspraxis erinnert an den bekannten Spruch von Karl Kraus: *„Das Übel gedeiht nie besser, als wenn ein Ideal davorsteht.“* Syndikusanwälte üben jedenfalls keinen Doppelberuf sondern nur einen juristischen Beruf im Anstellungsverhältnis aus.

Das BSG hat es versäumt, die Erkenntnisse des BFH²⁷ zur vergleichbaren Problematik bei Syndikussteuerberatern zu berücksichtigen. Er hat in einer Grundsatzentscheidung die bei Rechtsanwälten geltende Doppelberufstheorie als bei Steuerberatern nicht anwendbar bezeichnet, da sie keinen Doppelberuf ausüben. Sie könnten auch „Feierabendsteuerberater“ sein. Daher könne von ihnen auch nicht – wie bei den Rechtsanwälten gefordert und im konkreten Fall des BFH vom Arbeitgeber verweigert – eine uneingeschränkte Freistellungserklärung für Tätigkeiten in der eigenen Kanzlei verlangt werden. Schließlich enthielten weder das StBerG noch die Begründung der Novelle Hinweise auf entsprechende Einschränkungen der Zulassung zum Syndikussteuerberater.

b) Berufsausübung

Das BSG verkennt auch bei seinem Pochen auf das Fehlen der Unabhängigkeit von Syndikusanwälten die weitgehende Bedeutungslosigkeit dieses Kriteriums für die Berufsausübung. Nur in Ausnahmefällen kann es zur Rechtfertigung von Berufsverboten herangezogen werden.

Verwiesen sei einmal auf die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeitserklärung des Totalverbots eines Erfolgshonorars:²⁸ *„Der Gesetzgeber verfehlt hier sein Ziel, durch das Verbot des Erfolgshonorars insbesondere die anwaltliche Unabhängigkeit sowie das Vertrauensverhältnis zum Anwalt zu si-*

26 Vgl. dazu Kleine-Cosack, BRAO, § 43 a Rn. 65 ff.

27 BFH AnwBI 2011, 955.

28 BVerfG NJW 2007, 979, Kleine-Cosack, NJW 2007, 1405.

chern und auf diese Weise auch im Interesse der Rechtsuchenden einen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu leisten.“- Auch bei der Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des Anwaltsmehrheitserfordernisses in den §§ 59 ccff. BRAO hat das BVerfG²⁹ betont: „Was den Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit betrifft, so wird die Erreichung dieses Ziels bereits durch gesetzlich geregelte Berufspflichten der beteiligten Rechts- und Patentanwälte sichergestellt.“

Ebenfalls spielt beim Erwerb von Fachanwaltsbezeichnungen das Kriterium der Unabhängigkeit keine Rolle mehr, da selbst bei einer Fallbearbeitung als Syndikus eine rechtsanwaltliche Tätigkeit bejaht wird.³⁰ Der BGH war zu einem Kurswechsel und einem Abrücken von der Doppelberufstheorie aus verfassungsrechtlichen Gründen gezwungen, da es am Maßstab der Art. 12 I und 3 I GG nicht vertretbar ist, nur wegen der Fallbearbeitung für einen nicht-anwaltlichen Arbeitgeber eine Anrechnung zu versagen. Es ist erstaunlich, dass das BSG immerhin diesen Bruch der Rechtsprechung zwar erwähnt. Über einen nichtssagenden Satz kommt es jedoch nicht hinaus, wenn es formuliert: „Soweit der BGH hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erwerb von Fachanwaltsbezeichnungen in begrenztem Umfang Ausnahmen zulässt, ist dies für den vorliegenden Zusammenhang erkennbar ohne Bedeutung.“ Wenn aber die Tätigkeitsanalyse des BGH bei der Fachanwaltsverleihung in klarem Widerspruch zur Doppelberufstheorie das Vorliegen einer Rechtsanwaltschaftigkeit bejaht, dann kann dies bei der Auslegung des § 6 I 1 Nr. 1 SGB VI nicht unberücksichtigt bleiben.

c) Abhängigkeiten von Rechtsanwälten

Das Abstellen des BSG auf das Kriterium der Unabhängigkeit zur Begründung des Fehlens der Befreiungsfähigkeit von Syndikusanwälten ist auch deshalb schlicht unverständlich, da auch angestellte Rechtsanwälte einer vergleichbaren Abhängigkeit vom Arbeitgeber unterliegen, hingegen Syndikusanwälte oftmals über eine Unabhängigkeit verfügen, von der niedergelassene Rechtsanwälte nur träumen zu können.

29 BVerfG NJW 2014, 613; dazu *Kleine-Cosack*, AnwBl 2014, 221.

30 Vgl. BGH NJW 2010, 377, 379. Der BGH fordert zwar noch eine kleine Quote von Fällen aus der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt; das ist aber verfassungsrechtlich unhaltbar und soll nur das Feigenblatt für den Abschied von der früher vertretenen Ansicht der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Berücksichtigung der Fälle in Syndikusanwaltsfunktion bilden.

aa) Niedergelassene Rechtsanwälte

Ein großer Teil der Rechtsanwälte ist nicht in eigener Kanzlei selbständig und unabhängig tätig. Mit der vom BSG beschworenen Unabhängigkeit hat ihr Status als Angestellter in einer Rechtsanwaltsgesellschaft oftmals wenig gemein. Viele von ihnen sind weisungsgebunden und nicht selten schlecht bezahlt. Dieser Umstand kann aber entgegen dem BSG bei der Bewertung der Tätigkeit der Syndikusanwälte nicht außer Betracht bleiben. Zu Recht führt daher das SG Köln³¹ unter ergänzendem Hinweis auf die vorrangige Bedeutung des Unabhängigkeitspostulats im Hinblick auf den Staat zutreffend aus: *„Auch erschließt sich nicht, weshalb das mit einer Beschäftigung notwendig verbundene Über-Unterordnungsverhältnis bei einem standesrechtlich nicht gebundenen Arbeitgeber einer anwaltschaftlichen Tätigkeit immer entgegenstehen soll, bei einem Arbeitgeber, der selbst Rechtsanwalt ist, jedoch nie.“*

In diesem Zusammenhang sollte auch nicht außer Acht gelassen werden, was das BSG natürlich ebenfalls nicht erwähnt hat, dass sogar nach der Rechtsprechung des BGH sich niedergelassene Rechtsanwälte in eine fast an „Knechtschaft“ grenzende Abhängigkeit begeben müssen, um ihre Zulassung zu behalten, wenn sie zum Beispiel in Vermögensverfall geraten sind. Eine Gefährdung der Rechtssuchenden scheidet schließlich nach der Rechtsprechung des BGH³² nur aus, wenn der Rechtsanwalt seine selbständige anwaltliche Tätigkeit vollständig und nachhaltig aufgegeben hat, er diese nur noch als Angestellter für eine Rechtsanwaltssozietät ausübt und er mit dieser rechtlich abgesicherte Maßnahmen verabredet hat, die eine Gefährdung der Mandanten effektiv verhindern.³³ Von einer Unabhängigkeit dieser Anwälte kann beim besten Willen keine Rede mehr sein. Würde diesem Aspekt eine entscheidende Bedeutung beigemessen, wie es das BSG mit seinen Entscheidungen praktiziert, dann wären die Zulassung (wie auch die Befreiung) in diesen Fällen zu widerrufen.

Das BSG hat aber letztlich in seiner formalen Argumentation mit dem Abstellen auf die Doppelberufstheorie und der Verneinung der Unabhängigkeit nur wegen der Eingliederung in den Betrieb eines nichtanwaltlichen Arbeitgebers die Problematik der Befreiungsfähigkeit der in Rechtsanwaltskanzleien angestellten Anwälte ausgeblendet. Ihr Recht auf Befreiung ist –

31 SG Köln Urt. v. 15.12.2011 – S 31 R 86/10; siehe auch SG Köln Urt. v. 1.12.2011 – S 31 1586/10.

32 BGH AnwBl 2014, 359; NJW 2007, 2924; 2005, 511; AnwBl 2008, 66.

33 Vgl. nur BGH NJW 2005, 511 f.; BGH Beschl. v. 24.10.2012 – AnwZ (Brfg) 43/12; BGH AnwBl 2009, 64.

zumindest noch – nicht in Frage gestellt. Das wäre dann ohnehin das Ende der Versorgungswerke und das vollständige Unterlaufen von Wortlaut und Zweck des § 6 Abs. 1 SGB VI.

Dieses Recht auf Befreiung würde – folgt man dem BSG – ohnehin nicht mehr haltbar sein, wenn auch das Fremdbesitzverbot für Anwaltskanzleien aufgehoben wird, was nur noch eine Frage der Zeit ist, da von einer Gemeinwohlerforderlichkeit keine Rede sein kann.³⁴ Bei Steuerberatern kann das BSG mit diesem Argument die Befreiungsfähigkeit nicht verneinen, da es gemäß § 154 StBerG unzählige Altgesellschaften gibt, welche sich in der Hand von Nichtsteuerberatern befinden. Bei Ärzten ist das Fremdbesitzverbot bereits kein Thema mehr, wie das Beispiel der Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) zeigt.

bb) Syndikusanwälte

Konsequent zur Ausblendung der Abhängigkeitsverhältnisse von niedergelassenen Rechtsanwältinnen ist die Negierung der Unabhängigkeit von Syndikusanwältinnen durch das BSG, welche überwiegend über weitaus größere Freiheiten verfügen. Ganz abgesehen davon, dass sie angesichts ihrer hohen Spezialisierung über eine Fachkompetenz verfügen, welche in der Regel weit über derjenigen vieler niedergelassener deutscher Rechtsanwältinnen 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 Syndikusanwältinnen. So werden die Unternehmensanwältinnen heute zu einem großen Teil in eigenen Rechts- oder neuerdings Compliance-Abteilungen in völliger Unabhängigkeit – sie ist Bedingung für die entsprechende Tätigkeit – anwaltschaftlich tätig. Ebenso sind viele Syndikusanwältinnen in externer Beratungsfunktion für den Arbeitgeber tätig, ohne dass sie – so zum Beispiel bei einem Arbeitgeberverband – bei der Beratungstätigkeit mangels Eigeninteresse des Arbeitgebers Weisungen unterliegen. Daher hat das BVerfG³⁵ zu Recht darauf hingewiesen, dass es zum Beispiel Syndikusanwältinnen in Mietervereinen nicht untersagt werden kann, den gleichen Fall nach einer Beratung für den Verein

34 Vgl. *Kleine-Cosack*, DB 2007, 1851; s. a. *Kilian*, AnwBl 2014, 111.
35 BVerfG NJW 2002, 503.

in der eigenen Kanzlei weiter zu bearbeiten. Beide Male handelt es sich um „anwaltliche“ Tätigkeiten.

cc) Rechtsanwaltschaftlichkeit in „Syndikusanwalts- gesellschaften“

Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass allen Bedenken gegen die Annahme einer befreiungsfähigen anwaltstypischen Tätigkeit von Syndikusanwälten dadurch schlicht der Boden entzogen werden kann, indem diese Rechtsanwälte auf Veranlassung und in Absprache mit dem nichtanwaltlichen Arbeitgeber eine eigene Rechtsanwalts-gesellschaft gründen mit Kanzleisitz in den Räumen des Arbeitgebers. Das wird vielfach mittlerweile zu recht und völlig gesetzeskonform allein schon deshalb praktiziert, um Bedenken im Hinblick auf eine rechtsberatende Tätigkeit der Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften am Maßstab des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) zu begegnen, da der Tätigkeitsumfang nicht selten den von der WPO oder dem StBerG umfassten Erlaubnisbereich überschreitet.³⁶

Bei dieser – völlig legalen – „Umgehung“ versagt das Argument der Unabhängigkeit des BSG wie auch der Eingliederung völlig, so dass diese Syndikusanwälte nach wie vor zu befreien sind trotz Doppelstellung. Es kann schließlich das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI nicht von dem formalen oder zufälligen Umstand abhängen, ob die Syndikusanwälte ihre anwaltliche Tätigkeit auch in einer vom Arbeitgeber initiierten Rechtsanwalts-gesellschaft ausüben; schließlich ist die Tätigkeit gleich. Diese Erwägungen müssen erst recht – dazu unten – für Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften gelten, zumal deren Angestellte über eine den Rechtsanwälten völlig vergleichbare Unabhängigkeit verfügen.

d) Maßgeblichkeit des Arbeitgeberstatus

Wenn aber kein relevanter Unterschied in puncto Unabhängigkeit von Syndikusanwälten und niedergelassenen Rechtsanwälten besteht, dann kann auf diesen Aspekt nicht die schwerwiegende Folge der Verneinung der Befreiungsfähigkeit im Hinblick auf die Rentenversicherung gestützt werden. Die vollständige Negierung der Einwendungen gegen die Doppelberufstheorie macht letztlich deutlich, dass es dem BSG auch nicht auf den durch Art Un-

³⁶ Vgl. Kleine-Cosack, RDG, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 92 ff.



abhängigkeit bestimmten Modus der anwaltlichen Tätigkeit ankommt. So argumentiert es allen Ernstes, *„dass ungeachtet im Einzelfall arbeitsrechtlich eröffneter Möglichkeiten, auch gegenüber dem Arbeitgeber sachlich selbständig und eigenverantwortlich zu handeln, allein die Eingliederung in die von diesem vorgegebene Arbeitsorganisation mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar ist.“*

Letztlich verneint das BSG damit die Befreiungsfähigkeit schlicht und einfach unter Hinweis auf den formalen Aspekt der Eingliederung in ein nicht-anwaltliches Unternehmen.

Mit dem Abstellen allein auf Doppelberufstheorie und den Umstand der fehlenden Unabhängigkeit des Syndikusanwalts angesichts der Eingliederung in die Organisation des Arbeitgebers löst sich das BSG aber vom maßgeblichen Tätigkeitserfordernis in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI. Bei der erstmals praktizierten generellen Betrachtungsweise ist kein Platz mehr für eine tätigkeitsbezogene Betrachtung im Einzelfall, wie sie § 6 Abs. 1 S. 1 SGB VI in Verbindung mit § 6 Abs. 5 S. 1 SGB VI gebietet.³⁷ Es bleibt schlicht unerfindlich, warum sich das BSG zu einer veränderten Auslegung veranlasst gesehen hat, welche auch im klaren Widerspruch zur Befreiungsjudikatur bei anderen freien Berufen steht. Stets wird darin mit Sorgfalt die Art beziehungsweise der Gegenstand der Tätigkeit geprüft entsprechend Wortlaut wie Funktion des § 6 SGB VI. Allein bei den Rechtsanwälten sollen hingegen formelle Aspekte wie die Unabhängigkeit beziehungsweise die bloße Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers ein. Wenn sich dieser Ansatz durchsetzen würde, dann wäre dies das schlichte Ende der gesamten Befreiungspraxis bei freien Berufen.

4. Vergleichbarkeit mit anderen freien Berufen

Die Verneinung der Befreiungsfähigkeit von Syndikusanwälten bei nicht-anwaltlichen Arbeitgebern ist erst recht unverständlich im Hinblick auf den Vergleich mit anderen – bisher – unstrittig befreiungsfähigen Berufen, bei denen (noch) allein auf die Vergleichbarkeit der Tätigkeit und nicht auf das Fehlen einer Unabhängigkeit wegen einer Tätigkeit bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber abgestellt wird.

37 SG Köln Urt. v. 29.9.2011 – S 31 R 696/10, BeckRS 2012, 66564; v. 1.12.2011 – S 31 R 1586/10, BeckRS 2012, 66562; v. 1.12.2011 – S 31 R 1525/10, BeckRs 2012, 66561; v. 15.12.2011 – S. 31 R 865/10, BeckRs 2012, 66002.

a) Wirtschaftsprüfer/Steuerberater

Dies gilt vor allem für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Das BSG hat es in seinen Entscheidungen nicht gewagt, die Befreiungspraxis bei den steuer- und wirtschaftsberatenden Berufen in Frage zu stellen.³⁸ Bei ihnen verbietet sich aber die Berufung auf die Doppelberufstheorie, nachdem ihr der BFH – wie dargelegt – eine klare Absage für den Bereich der Steuerberater erteilt hat.³⁹ Maßgeblich für die Befreiung nach § 6 SGB VI ist bei diesen Berufen weiterhin allein die Vergleichbarkeit der Tätigkeit. Die Berufsausübung der Syndikussteuerberater unterscheidet sich aber nicht im Geringsten von denen der Rechtsanwälte.⁴⁰ Vor allem unterliegen sie weitgehend den gleichen freiberuflichen Berufspflichten. Daher hat Gesetzgeber ihre Sozietätsfähigkeit mit Rechtsanwälten in § 59a Abs. 1 BRAO anerkannt und könne beide Berufe in Doppelfunktion ausgeübt werden. Folglich verbietet es sich auch, bei in Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften angestellten Syndikusanwälten die Doppelberufstheorie anzuwenden, was von den Sozialgerichten und der DRV nicht selten verkannt wird.⁴¹ Die Irrelevanz der Doppelberufstheorie und die rechtlich relevante Vergleichbarkeit der Situation der angestellten Rechtsanwälte in Rechtsanwaltskanzleien mit den Berufskollegen in Steuerberatungsgesellschaften hat der BGH⁴² im übrigen im Fachanwaltsbereich dezidiert eingeräumt: *„Seine Tätigkeit und die hierbei erreichbaren praktischen Erfahrungen unterscheiden sich inhaltlich nicht von denen eines selbständigen Rechtsanwalt.“*

b) Mehrfachberufler

Die Unhaltbarkeit des Ausschlusses nur der Syndikusanwälte wegen angeblich fehlender Unabhängigkeit ist auch deshalb schlicht abwegig, da die Berufe des Rechtsanwalts, Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers in einer Person und interprofessionell in einer Sozietät (§ 59a Abs. 1 BRAO) ausgeübt werden können. Die Judikatur des BSG zwingt Doppelberufler, anstelle einer bisherigen Befreiung für eine Rechtsanwaltstätigkeit eine Befreiung für die

38 Vgl. auch BSG NJW 2013, 1901.

39 BFH AnwBl 2011, 955.

40 Daher gelten – so BVerfG NJW 2013, 3357 – bei ihnen auch die liberalen Grundsätze der Zweitberufsentscheidung des BVerfG (NJW 1992, 317).

41 Die Unabhängigkeit bei anderen freiberuflichen Gesellschaften verkannte zum Beispiel SG Düsseldorf (Urt. v. 6. 12.2012, S 27 R 1837/11) als es einen Befreiungsantrag einer Rechtsanwältin für eine anwaltliche Tätigkeit in einer WP-Gesellschaft ablehnte mit dem Verweis auf die Zwei-Berufe-Theorie.

42 BGH NJW 2006, 1516.

Steuerberatertätigkeit zu beantragen, was in Bayern zudem noch durch ein einheitliches Versorgungswerk erleichtert wird. Bei interprofessionellen (Schein-)Sozietäten mit angestellten Rechtsanwälten ist zudem das nach dem BSG maßgebliche Kriterium des nichtanwaltlichen Arbeitgebers oftmals nicht oder nur schwer nachweisbar. Dabei ist auch zu bedenken, dass – folgt das BVerfG dem BGH⁴³ in seinem Vorlagebeschluss – angesichts der Verfassungswidrigkeit des § 59a Abs. 1 BRAO – zukünftig Rechtsanwälte auch mit den Heilberufen eine Sozietät eingehen können, bei denen aber bisher allein maßgeblich ist die tätigkeitsbezogene Auslegung.⁴⁴

5. Verfassungsrecht

Das Begründungsdefizit der Entscheidungen des BSG in empirischer und einfachrechtlicher Hinsicht findet seine Fortsetzung in dem Versuch der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

a) Art. 12 Abs. 1 GG

Zwar scheidet in Übereinstimmung mit dem BSG eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG aus.⁴⁵ Ein erheblicher Eingriff mit der Verneinung der Befreiungsfähigkeit liegt jedoch im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit vor. Dem steht nicht entgegen, dass – so aber das BSG – die Ablehnung der Befreiung keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter hat. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann auch – unstreitig – bei nicht finalen beziehungsweise faktisch erheblichen Eingriffen berührt sein.⁴⁶ Wenn aber zukünftig bei einem Wechsel von einer Anwaltstätigkeit als Syndikus in eine solche als niedergelassener Rechtsanwalt keine Befreiung mehr möglich sein soll und jeder Wechsel in eine der Rechtsanwaltsvarianten zwangsweise einen Wechsel der Versorgungssysteme erfordert, dann stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit des damit verbundenen Eingriffs in die (Zweit-)Berufsfreiheit.

Er aber kann nicht als erforderlich und noch weniger als angemessen bezeichnet werden, wenn allein wegen des Wechsels des Arbeitgebers ohne An-

43 BGH AnwBl 2014, 660 = NJW 2013, 2674, dazu *Kleine-Cosack*, AnwBl 2013, 570.

44 BSG NJW 2013, 1628; BSGE 108, 8.

45 BVerfG Beschluss vom 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00, 1 BvR 1355/03 – SozR 4-2600 § 2 Nr 10 Rn. 25.

46 BVerfGE 110, 274; BVerfGK 11, 352.

derung der Art der anwaltlichen Tätigkeit die Befreiung von der Rentenversicherung verneint wird. Schließlich ist die Doppelberufstheorie rechtlich wie tatsächlich unhaltbar und steht sie weitgehend nur auf dem Papier, was zur Grundrechtsrechtfertigung nicht ausreicht. Das Kohärenzgebot des EuGH geht in die gleiche Richtung. Danach kann eine nationale Regelung nur dann im Sinne der Schrankendogmatik der Grundfreiheiten zur Zielerreichung, also zum Schutz der geltend gemachten Allgemeininteressen, geeignet und hierdurch gerechtfertigt sein, wenn die Erreichung des vom Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels in der fraglichen Rechtsmaterie in kohärenter und systematischer Weise angestrebt wird.⁴⁷

b) Gleichheitssatz

Verengt ist die verfassungsrechtliche Prüfung des BSG auch bei Art. 3 Abs. 1 GG. Auch hier wird nur auf die sozialversicherungsrechtliche Seite abgestellt, nach der – grundsätzlich unstreitig – möglichst alle Versicherten in der gesetzlichen Rentenversicherung zu halten sind und es keinen allgemeinen Grundsatz der Vermeidung von „Doppelversicherungen“ vergibt. Völlig außer Acht gelassen wird jedoch von den Kasseler Richtern die Frage, ob es am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG gerechtfertigt ist, Rechtsanwälte nur wegen des Wechsels zu einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber zur Versicherung bei der DRV zu zwingen im Gegensatz zu angestellten Rechtsanwälten in niedergelassenen Kanzleien. Diese Frage stellt sich auch bei Syndikusanwälten im Vergleich zu Syndikussteuerberatern, bei denen auf Grund der tätigkeitsbezogenen Betrachtungsweise eine Befreiung noch möglich ist. Der „Zufall“ der gesetzlichen Regelung des Syndikussteuerberaters rechtfertigt nicht die Ungleichbehandlung der Syndikusanwälte.

Letztlich dürfte es sehr schwer sein, in allen diesen Fällen zu begründen, dass den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung getragen worden ist. Schließlich versteht das BVerfG bei Ungleichbehandlungen größerer Intensität das Gleichheitsgebot als Verbot der Ungleichbehandlung ohne gewichtigen sachlichen Grund. Es verlangt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und akzeptiert eine Ungleichbehandlung erst dann, wenn sie durch einen gewichtigen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Sie muss einen legitimen

47 EuGH Rs. C-338/04, C 359/04 u. C 360/04, Slg. 2007, I-1891, Rz. 53, 58; Rs. C-500/06, Slg. 2008, I-5785; Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1751, Rz. 55.

Zweck verfolgen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und notwendig sein und auch sonst in angemessenem Verhältnis zum Wert des Zweckes stehen. Dementsprechend formuliert das BVerfG (= sogenannte neue Formel)⁴⁸, eine Ungleichbehandlung sei gerechtfertigt, wenn zwischen zwei Gruppen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen.“ Diesen Anforderungen dürfte aber die Argumentation des BSG mit dem Rekurs auf das Kriterium der Unabhängigkeit bzw. der bloß formalen Eingliederung in die Organisation eines nicht-anwaltlichen Arbeitgebers kaum Rechnung tragen.

c) Zwangsmitgliedschaft

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung sollte auch nicht außer Acht gelassen werden, dass zwar bisher die Zwangsmitgliedschaft in Versorgungswerken verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden war. Wenn aber infolge der Rechtsprechung des BSG sämtliche Syndikusanwälte – langfristig – aus den Versorgungswerken ausscheiden müssen, dann stellt sich die Frage, ob der mit der Zwangsmitgliedschaft verbundene Grundrechtseingriff in Art. 2 Abs. 1 GG noch verhältnismäßig ist. Schließlich setzt er voraus, dass die Versorgungswerke in der Lage sind, mit den eingenommenen Beiträgen auch eine angemessene Altersversorgung zu sichern. Eine auf dem Versicherungsgrundsatz beruhende kollektive berufsständische Versorgung ist aber regelmäßig wirtschaftlich nur tragfähig, wenn ihr alle Berufsträger angehören.⁴⁹ Das wird aber zukünftig ohne Syndikusanwälte vielfach nicht mehr der Fall sein, da mit ihrem Ausscheiden zahlungsfähige (Höchst-)Beitragszahler – in manchen Versorgungswerken rund 20 bis 30 Prozent der Mitglieder (!) – fehlen werden. Die Auswirkungen der BSG-Entscheidungen auf die Versorgungswerke, welche ohnehin schon unter der Niedrigzinsphase zu leiden haben, sind dramatisch, auch wenn sich das die Verantwortlichen vor allem bei der Bundesrechtsanwaltskammer noch nicht einzugestehen wagen im latenten Unrechtsbewusstsein ihres Versagens. Auch diese Auswirkungen seiner Entscheidungen hat das BSG in seiner „binnenperspektivisch“ beschränkten Sicht jedenfalls verkannt.

48 BVerfGE 55, 72, 88; 105, 73, 110; 75, 382, 393; 107, 205, 214.

49 VerfGH Berlin, Beschl. v. 21.03.2014 – 41/12; BVerfGE 10, 354, 370.

V. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Nach den Entscheidungen des BSG besteht in mehrfacher Hinsicht rechtspolitischer Handlungsbedarf. Es ist einmal Sache des Bundesgesetzgebers, endlich eine Regelung in die BRAO aufzunehmen, in der die Frage der Stellung der Syndikusanwälte geregelt wird. So wie § 58 Abs. 4 Nr. 5 a StBerG bestimmt, dass Steuerberater tätig sein dürfen *„als Angestellte, wenn sie im Rahmen des Angestelltenverhältnisses Tätigkeiten im Sinne des § 33 wahrnehmen. Dies gilt nicht, wenn hierdurch die Pflicht zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Berufsausübung beeinträchtigt wird.“*, bedarf es auch in der BRAO einer auf die anwaltliche Rechtsbesorgungsfunktion beschränkten Zulassungsregelung für Rechtsanwälte in Anstellungsverhältnissen bei nichtanwaltlichen Arbeitgebern. Im Hinblick auf die Berufsausübung wäre weiter zu normieren, dass die für niedergelassene Rechtsanwälte geltenden Berufspflichten und -rechte „in der BRAO“⁵⁰ entsprechend gelten. § 46 Abs. 1 BRAO ist zudem zu streichen.

Eine völlige Gleichstellung beider Anwaltsformen ist aber nicht geboten und auch rechtspolitisch im Hinblick auf umstrittene Verschwiegenheitspflicht und das Beschlagnahmeprivileg nicht durchsetzbar.⁵¹ Schließlich bestehen – „unabhängig vom „imaginären“ Unabhängigkeitsproblem“ – trotz weitgehend vergleichbarer Art der Tätigkeit zwischen beiden Formen anwaltlicher Berufsausübung Unterschiede, worauf auch der EuGH in der vom BSG zitierten Akzo-Nobel-Entscheidung⁵² im Grundsatz zutreffend hingewiesen hatte, zumal in vielen Ländern der EU Syndikusanwälte nicht anerkannt sind. Eine uneingeschränkte Gleichstellung verbietet sich vor allem auf Grund der geringeren Schutzbedürftigkeit des nichtanwaltlichen Arbeitgebers im Vergleich zu den Mandanten niedergelassener Rechtsanwälte.

Bundes- und Landesgesetzgeber müssen zudem Entscheidungen treffen zur Zukunft der Versorgungswerke und zu deren Verhältnis zur gesetzlichen

50 Damit ist es Sache des Gesetzgebers, im Einzelfall zu entscheiden, ob und in welchem Umfang auch außerhalb der BRAO bestehende Rechte von Rechtsanwälten wie das Zeugnisverweigerungsrecht oder das Beschlagnahmeprivileg auf Syndikusanwälte erstreckt werden sollen. Es wird ihnen bisher zu Recht nach nationalem Recht (vgl. LG Bonn NSTZ 2007, 605 und NJW-spezial 2012, 602) sowie europäischem Recht (vgl. EuGH AnwBl 2010, 706) abgesprochen.

51 Vgl. Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 7 Rn. 69.

52 Die Berufung des BSG auf die Akzo-Nobel-Entscheidung des EuGH ist jedoch verfehlt. Insoweit hatte bereits das SG Köln (Urt. v. 15.12.2011 – S 31 R 86/10) ausgeführt: *„Die Entscheidung erging weder in Anwendung der hier streitentscheidenden Normen noch hat der EuGH die Aussage getroffen, dass Syndikusanwälten in jeder Hinsicht eine Anwaltseligenschaft oder die mit dem Rechtsanwaltsberuf verbundenen besonderen Rechte und Pflichten abzusprechen seien.“*

Rentenversicherung. Deren Beantwortung kann man nicht weitgehend nur begriffsjuristisch beschränken, allein auf die Sozialversicherung fokussierten gerichtlichen Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit überlassen, in denen die Rechtswirklichkeit wie auch die politischen Folgen völlig ausgeblendet werden.

VI. Resümee

Letztlich macht es betroffen, wie mit den in Rede stehenden Entscheidungen des BSG ein höchstes deutsches Gericht wie ein „Elefant im Porzellanladen“ agierend mit einer mehr als verengten „Rechtsauslegung“ und ohne Rücksicht auf die grundsätzlichen Bedenken des von ihm bemühten Argumentationsansatzes der DRV einen Kurswechsel verordnet. Dessen Folgen für die Rechtsanwälte und vor allem die Unternehmen und die Frage des Bestandschutzes bei Altbescheiden werden vom BSG in unverantwortlicher Weise außer Betracht gelassen, sieht man einmal von der expliziten Klarstellung für Bescheide ab, welche gemäß den seit 2005 von der DRV vorgegebenen vier Kriterien entsprechen. Die Rechtsunsicherheit ist angesichts des Schweigens der Kasseler Richter groß. Sollte die DRV sie ausnutzen zu einem rigiden Vorgehen gegen die Arbeitgeber und Rechtsanwälte, wird es mit Sicherheit zu einer Prozesswelle kommen. In jedem Fall ist mit den Entscheidungen des BSG der Syndikusanwalt „vom Aussterben“ bedroht. Es besteht die Gefahr, dass die Unternehmensjuristen aus dem Rechtsanwalts“stand“ ganz ausscheiden, wie dies bereits die Steuerberater vor knapp 100 Jahren getan haben. Damals wie heute waren und sind die Vertretungen der Anwaltschaft angesichts ihres berufspolitischen Versagens mitverantwortlich für den Exodus.

Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte: Fast die Quadratur des Kreises

Bundesjustizministerium legt Eckpunktepapier vor^{***}
Rechtsanwältin Dr. Susanne Offermann-Burckart, Grevenbroich

Ob der Syndikus ein Anwalt sein soll oder nicht, lässt die Emotionen in der Anwaltschaft hochgehen. Selten hat eine Frage des Anwaltsrechts nicht nur die Vertreter der Anwaltsorganisationen beschäftigt, sondern auch (fast) alle Anwältinnen und Anwälte. In der Tat: Durch die BSG-Urteile vom 3. April 2014 ist der Gesetzgeber nun gefordert, über die Zukunft der Einheit der Anwaltschaft zu entscheiden. Die Bundesregierung und die CDU/CSU-Fraktion haben erklärt, dass sie den Syndikusanwalt im Berufsrecht regeln wollen. Bundesjustizminister Heiko Maas hat sein Eckpunktepapier für eine „Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte“ am 13. Januar 2015 vorgestellt. Die Autorin erläutert und bewertet, was die Regierung plant.

I. Einleitung

Historiker sprechen von „kontrafaktischer Geschichtsschreibung“, wenn sie darüber sinnieren, welchen Verlauf die Weltgeschichte genommen hätte, wenn der Prager Fenstersturz oder das Attentat von Sarajevo hätten verhindert werden können, ein Giftanschlag auf Hitler 1933 erfolgreich gewesen wäre oder es den 11. September nicht gegeben hätte. Und was im Großen für die Sicht auf historische Ereignisse (oder Nicht-Ereignisse) von erdumspannender Bedeutung gilt, gilt im sehr viel Kleineren natürlich auch für die Interpretation der Geschichte der deutschen Anwaltschaft. Bis heute rätseln manche, wo die deutsche Anwaltschaft wohl stünde, wenn es nicht die Bastille-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von 1987, die Zu-

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand Februar 2015. Er ist zuerst im AnwBl 2015, 202 erschienen.

** Der folgende Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autorin wieder. Er beruht auch auf Erfahrungen, die die Autorin im Rahmen der anwaltlichen Beratung und Vertretung in Fragen des Befreiungsrechts gesammelt hat.

lassung der überörtlichen Sozietät, die Ausweitung der Fachanwaltschaften oder den Wegfall von Lokalisierung und Singularzulassung gegeben hätte.

Jetzt, im Frühjahr 2015, steht die deutsche Anwaltschaft (von Vielen noch unbemerkt) wieder an einem Wendepunkt ihrer Geschichte – einem Wendepunkt, dessen Bedeutung kaum geringer sein dürfte als die der Bastille-Entscheidungen. Gesetzgeber und Anwaltschaft haben es in der Hand, das anwaltliche Berufsrecht in wesentlichen Punkten neu und zukunftsorientiert zu gestalten, so wie dies für die Steuerberater bereits 2008 geschehen ist. Was passiert, wenn (aus Sicht der einen) diese Chance genutzt oder (aus Sicht der anderen) diese Gefahr vermieden wird, kann heute niemand mit Sicherheit sagen. In 10 bis 15 Jahren werden die Liebhaber kontrafaktischer Betrachtung darüber nachdenken, wie sich die Dinge entwickelt hätten, wenn seinerzeit (also heute) die andere Entscheidung getroffen worden wäre. Blickt man aktuell auf die letzten knapp 30 Jahre zurück, lässt sich feststellen, dass Veränderungen dem Berufsstand in seiner Gesamtheit stets gut getan haben, so wie grundsätzlich jeder Stillstand schon der Anfang von Rückschritt ist.

Wer bei der Auseinandersetzung mit dem Eckpunktepapier¹ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) kritisiert, nun solle das Berufsrecht erhalten, um den Syndikusanwälten den Verbleib in den Versorgungswerken (oder besser gesagt, die Rückkehr in die Versorgungswerke) zu ermöglichen, springt zu kurz. Bei den aktuellen Überlegungen geht es vielmehr darum, dem Beruf der Rechtsanwälte insgesamt festere Konturen zu verleihen und den Rechtsanwälten ein Geschäftsfeld, nämlich die (anwaltliche) Tätigkeit im Unternehmen, zu erhalten, das sonst unrettbar verloren wäre.

Das Eckpunktepapier ist in der interessierten Öffentlichkeit auf unterschiedliche Resonanz gestoßen. Der Präsident des DAV, *Prof. Dr. Wolfgang Ewer*, betont in einer Presseerklärung vom 13. Januar 2015, es sei wichtig, dass die Rolle des Syndikusanwalts als „Sachwalter des Rechts in Unternehmen“ anerkannt werde. Die Bundesrechtsanwaltskammer betont in einer Presseerklärung vom 16. Januar 2015, ihr sei an einer zeitnahen Lösung gelegen. Allerdings werde nach wie vor eine Lösung im Sozialrecht durch Ergänzung des § 6 SGB VI favorisiert. Man erwarte, dass sich die Politik mit derselben In-

1 Das Eckpunktepapier ist abrufbar auf der Website des Ministeriums: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150113_Eckpunkte_Syndikusanwaelte.pdf?__blob=publicationFile (Stand 28.1.2015).

tensität und Sorgfalt, mit der an dem Eckpunktepapier gearbeitet worden sei, mit den Vorschlägen der BRAK auseinandersetze.

II. Themenbereiche des Eckpunktepapiers und Analyse

Das Eckpunktepapier umfasst insgesamt 13 Ziffern, die sich zu den nachfolgenden größeren Themenbereichen zusammenfassen lassen.

1. Schaffung einer berufsrechtlichen Regelung für die Tätigkeit(en) angestellter Rechtsanwälte

Nicht erst seit den Diskussionen zwischen der deutschen Rentenversicherung und der Arbeitsgemeinschaft Berufsständischer Versorgungseinrichtungen (ABV) über die Frage, wann ein bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber angestellter Rechtsanwalt die Voraussetzungen von § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI erfüllt, und nicht erst seit den unseligen Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 3. April 2014, durch die festgestellt wird, dass dies niemals der Fall sei, sind sich Berufsrechtler schmerzlich des Umstandes bewusst, dass eine Regelung des Themas „Syndikusanwalt“ in der Bundesrechtsanwaltsordnung fehlt. Es gibt nur einige „mittelbare“ Vorschriften, wie die §§ 45 und 46 BRAO, die für den „außerhalb seiner Anwaltstätigkeit“ beruflich tätigen und/oder in einem „ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis“ stehenden Rechtsanwalt bestimmte Verbote aussprechen und den bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber angestellten Anwalt damit denklogisch voraussetzen. Das Fehlen einer berufsrechtlichen Regelung ist beziehungsweise war (zusammen mit der Doppelberufstheorie) letztlich auch der Grund, der Rentenversicherung und Sozialgerichte irgendwann hat daran zweifeln lassen, dass es überhaupt „anwaltliche“ Tätigkeit bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber geben könne.

Die Steuerberater stehen seit dem 8. Steuerberatungsänderungsgesetz vom 8. April 2008² besser da, weil § 58 S. 2 Nr. 5 a StBerG ausdrücklich die nicht-selbstständige Betätigung von Steuerberatern zulässt und ihre Voraus-

2 BGBl. I S. 666.

setzungen regelt. Eine Syndikus-Steuerberatertätigkeit ist unter der Voraussetzung erlaubt, dass im Rahmen der Angestelltentätigkeit Vorbehaltsaufgaben im Sinne des § 33 StBerG ausgeübt werden. Der Steuerberater (oder Steuerbevollmächtigte) darf für einen Auftraggeber, dem er aufgrund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft zur Verfügung stellen muss, nicht in seiner Eigenschaft als Steuerberater (oder Steuerbevollmächtigter) tätig werden. Bei Mandatsübernahme hat er den Mandanten auf seine Angestelltentätigkeit hinzuweisen. Der Begriff des „Angestellten“ ist weit zu verstehen. Es gelten die allgemein zulässigen Berufsausübungsformen. Die Tätigkeit kann sowohl haupt- als auch nebenberuflich ausgeübt werden.³

In der amtlichen Begründung zu § 58 S. 2 Nr. 5 a StBerG heißt es, in Anpassung an das Berufsrecht der Rechtsanwälte (das hierzu, wie ausgeführt, ausdrücklich aber gerade nichts sagt) solle künftig die Tätigkeit als Angestellter eines (kaufmännisch-erwerbswirtschaftlichen) Unternehmens mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar sein. Anders als bei den Anwälten werde die Zulassung des Syndikus-Steuerberaters aber beschränkt auf Tätigkeiten in dem Unternehmen im Sinne des § 33, das heißt auf Hilfeleistungen in Steuersachen.⁴ Die „Regelung“, deren Vorhandensein im anwaltlichen Berufsrecht der Gesetzgeber hier unterstellt, sollte nun tatsächlich geschaffen und eine wichtige Lücke in der BRAO damit (endlich) geschlossen werden.

Dabei geht das Eckpunktepapier davon aus, dass der Rechtsanwalt eine Angestelltentätigkeit künftig auf drei verschiedene Arten ausüben kann.

a) Tätigkeit als Angestellter eines anderen Rechtsanwalts oder eines Angehörigen eines „sozietätsfähigen“ Berufs

Der Rechtsanwalt kann – wie bisher auch schon in der BRAO vorgesehen – Angestellter eines anderen Rechtsanwalts beziehungsweise eines Zusammenschlusses von Rechtsanwälten und/oder eines Angehörigen eines der in § 59 a Abs. 1 S. 1 BRAO enumerativ aufgeführten „sozietätsfähigen“ Berufe oder eines entsprechenden Zusammenschlusses sein. Aktuell ist in § 59 a BRAO unter der Überschrift „Berufliche Zusammenarbeit“ von der Verbindung „zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen

3 Vgl. hierzu nur *Gehre/Koslowski*, Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, § 58 Rdn. 20 m. w. Nachw.

4 BT-Drucks. 15/3677, S. 53.

beruflichen Befugnisse“ die Rede. Unter „gemeinschaftlicher Berufsausübung“ wird auch die Berufsausübung im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses verstanden. Aus Ziff. 2 des Eckpunktepapiers geht hervor, dass dies in § 59 a BRAO möglicherweise noch einmal spezifiziert beziehungsweise klargestellt werden soll. Erforderlich ist das eigentlich nicht. In Zusammenhang mit anderen neu zu schaffenden Regelungen zur Angestelltentätigkeit von Rechtsanwälten wäre eine ausdrückliche Regelung (und Abgrenzung) aber vermutlich konsequent.

b) Rechtsberatende und -vertretende Tätigkeit als Angestellter eines nicht-anwaltlichen Arbeitgebers

Nach dem Vorschlag des BMJV soll künftig – wie der Syndikus-Steuerberater in § 58 S. 2 Nr. 5 a StBerG – auch der Syndikus-Rechtsanwalt ausdrücklich geregelt werden. Syndikusanwalt soll danach sein, wer den Rechtsanwaltsberuf als Angestellter anderer als der in § 59 a Abs. 1 BRAO genannten Personen beziehungsweise Berufsangehörigen ausübt. Den Syndikus-Anwalt soll es dabei noch einmal in zwei Ausprägungen geben, nämlich

- zum einen als „Nur-Syndikusanwalt“, der ausschließlich in einem Unternehmen, Verband etc. tätig ist und daneben keine Anwaltstätigkeit in eigener Kanzlei mehr ausübt

und

- zum anderen als „Auch-Syndikusanwalt“, der zusätzlich noch als „niedergelassener“ Rechtsanwalt (sei es alleine oder in Zusammenarbeit mit anderen Rechtsanwälten oder Angehörigen eines „sozietätsfähigen“ Berufs) tätig wird.

c) Sonstige Tätigkeit als Angestellter eines nicht-anwaltlichen Arbeitgebers

Keine ausdrückliche Erwähnung finden in dem Eckpunktepapier diejenigen, die zur Rechtsanwaltschaft zugelassen sind und zugleich in einem Unternehmen etc. im Anstellungsverhältnis tätig werden, dabei aber entweder keine rechtsberatende und -vertretende Tätigkeit ausüben oder über einen Anstellungsvertrag verfügen, der ihnen nicht die erforderliche Weisungsunabhängigkeit garantiert. In die erste Kategorie fällt etwa – um das allseits bekannte und beliebte Extrembeispiel aufzurufen – der Rechtsanwalt, der von

seiner Anwaltstätigkeit (noch) nicht leben kann und zugleich im Anstellungsverhältnis Taxi fährt. Dass Taxifahren (und manches andere) auch dann nicht-anwaltliche Tätigkeit ist, wenn ein Rechtsanwalt die Verrichtung vornimmt, bedarf keiner näheren Erörterung. An dieser Einschätzung kann und darf sich auch in Zukunft nichts ändern. In die zweite Kategorie gehört zum Beispiel der Versicherungssachbearbeiter, der auch „juristisch arbeitet“, sich dabei aber in ein festes Prüf- und Entscheidungsraster einfügen muss, das für weisungsunabhängiges Agieren keinen Raum lässt.

Aus der nicht ganz klar formulierten Ziff. 7 des Eckpunktepapiers ergibt sich, dass an den §§ 7 Nr. 8 und 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO, die das Thema „unvereinbare Tätigkeiten“ regeln, nichts geändert werden soll. Das bedeutet zugleich, dass es künftig auch „Rechtsanwälte mit Zweitberuf“ geben wird, die nicht Syndikusanwälte sind. Da sich das Eckpunktepapier ausdrücklich über die „Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte“ verhält, war eine ausdrückliche Erwähnung dieser „Spezies“ entbehrlich. Weil kein Rückschritt hinter die Zweitberufsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1992⁵ vollzogen werden darf, wird es diese Spezies aber auch in Zukunft geben (müssen). Bei ihr wird sich – ebenfalls aufgrund der klaren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – auch in Zukunft nichts daran ändern, dass eine Vereinbarkeit mit dem Anwaltsberuf im Wesentlichen davon abhängt, dass dem Rechtsanwalt neben seinem „Hauptberuf“ der Freiraum für eine irgendwie nennenswerte und nicht nur gelegentliche Beratungs- und Vertretungstätigkeit bleiben muss, sodass die von manchen im Hinblick auf Aussagekraft und Wahrheitsgehalt für problematisch gehaltenen Freistellungserklärungen des Arbeitgebers auch in Zukunft nicht ganz obsolet werden.

Die Entscheidung darüber, wer Syndikusanwalt und wer „nur“ Rechtsanwalt mit Zweitberuf ist, werden die Rechtsanwaltskammern zu treffen haben. Ihnen sind, wie in Ziff. 9 des Eckpunktepapiers ausdrücklich vorgesehen und auch heute schon Praxis, die Anstellungsverträge vorzulegen. Es wird Aufgabe des Gesetzgebers (oder der Satzungsversammlung oder auch der Kammern) sein, Anforderungen zum Thema „Unabhängigkeit“ des Syndikusanwalts (siehe hierzu näher unter Ziff. II. 3.) und Kriterien für die Unterscheidung zwischen anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit im Unternehmen zu entwickeln. Letzteres sollte allerdings nicht zu einer Rückkehr zu der – reich-

5 AnwBl 1993, 120 = NJW 1993, 317 = BRAK-Mitt. 1993, 50.

lich gekünstelten – Vier-Kriterien-Theorie führen. Die Grenze sollte auch nicht zu kleinteilig definiert werden, sondern – ins Unreine formuliert – zwischen (zumindest auch) juristischer und keinesfalls juristischer Tätigkeit verlaufen. Das Tätigkeitsspektrum des „niedergelassenen“ Anwalts ist bunt. Es reicht von klassisch anwaltlichen Tätigkeiten wie dem „Auftritt vor Gericht“ oder dem Entwurf von Verträgen über „Sonderaktivitäten“ wie Testamentsvollstreckung, Insolvenzverwaltung oder Complianceberatung bis hin zu Tätigkeiten, die, wie etwa Wohnungsverwaltung oder Unternehmensberatung, schon fast in den gewerblichen Bereich hineinspielen. Ähnlich weit und bunt sollte auch das Tätigkeitsspektrum des Syndikusanwalts sein, um zu verhindern, dass ein Syndikus, der verschiedene Abteilungen seines Unternehmens durchläuft, gezwungen ist, ständig zwischen dem Status des Syndikusanwalts und dem des Rechtsanwalts mit Zweitberuf hin- und her zu pendeln.

Bei den Rechtsanwaltskammern ist die Entscheidung darüber, ob eine Tätigkeit im Unternehmen anwaltlicher oder nicht-anwaltlicher Natur ist, übrigens gut aufgehoben – viel besser als sie es vor den BSG-Entscheidungen vom 3. April 2014 bei der Rentenversicherung war. Denn wer könnte diese Entscheidung kompetenter treffen als die mit den vielfältigen Erscheinungsformen anwaltlichen Daseins aus eigener Anschauung bestens vertrauten Kammervereine? Insgesamt soll die Abgrenzung anwaltlicher Tätigkeiten von nicht-anwaltlichen „nach denselben Grundsätzen wie beim niedergelassenen Rechtsanwalt“ erfolgen. Das BMJV verweist hier auf § 3 BRAO.

Schwer zu deuten ist die in Ziff. 4 S. 2 des Eckpunktepapiers enthaltene Formulierung, dass die Möglichkeit, „eine anwaltliche Tätigkeit als Unternehmensjurist ohne Anwaltszulassung auszuüben“, entfalle. Soll dies bedeuten, dass ein in einem Unternehmen angestellter, nicht zur Anwaltschaft zugelassener Volljurist gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz, das dann entsprechend zu ändern wäre, verstieße, wenn er das Unternehmen juristisch beraten oder vertreten würde? Oder ist – was allerdings keiner Erwähnung bedürfte – die Formulierung nur dahin zu verstehen, dass ein in einem Unternehmen angestellter Volljurist, der nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, eben keine „anwaltliche“ Tätigkeit im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 SGB VI ausübt?

2. Aufgabe der Doppelberufstheorie (?)

Zu den Kernaussagen des Eckpunktepapiers gehört der in Ziff. 3 enthaltene Satz: „Die Doppelberufstheorie wird aufgegeben.“ Es ist hier nicht der Ort, um nochmals im Einzelnen auf die schon 1961 vom BGH⁶ in Anknüpfung an die amtliche Begründung zu § 59 BRAO a. F.⁷ formulierte Doppelberufstheorie einzugehen, die – pointiert formuliert – besagt, dass der Syndikusanwalt eine Doppelstellung innehat, aufgrund derer er einerseits Angestellter in einem Zweitberuf und andererseits Rechtsanwalt ist.

Die Doppelberufstheorie fußt im Wesentlichen auf dem arbeitsrechtlich begründeten Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen (nicht-anwaltlichem) Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die – so die nach wie vor herrschende Lesart – der in § 3 Abs. 1 BRAO geforderten Unabhängigkeit des Rechtsanwalts widerspreche. Aufgrund des Fehlens dieser Unabhängigkeit, die für ein „Organ der Rechtspflege“ zwingend sei, könne die Tätigkeit für einen nicht-anwaltlichen Arbeitgeber niemals „anwaltlich“ sein, egal, ob es sich ihrem Wesen nach um originär juristische beziehungsweise rechtsberatende und -vertretende Tätigkeit handele oder nicht. Darauf, dass es bei den Themen „Unabhängigkeit“ und „Vertretungsverbot“ (zu beidem noch näher unter Ziff. II. 3. und 4.) nicht nur um die Verfechtung einer „reinen Lehre“, sondern auch um „handfestere“ Argumente geht, weist *Hans-Jürgen Hellwig*⁸ hin. Er zitiert den früheren Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer *Eberhard Haas*, der 1993 einen Vorschlag des DAV zur Änderung von § 46 BRAO in einem Editorial in den BRAK-Mitteilungen⁹ als „Tellermine“ bezeichnete, die für die freiberufliche Anwaltschaft zu Einkommensverlusten in Milliardenhöhe führen könne.

Die Anhänger der „reinen Lehre“ müssen sich auch fragen lassen, warum sie über Jahre hinweg die zwischen ABV und Rentenversicherung ausgehandelte Vier-Kriterien-Theorie toleriert haben, obwohl diese wortwörtlich besagte, dass der Rechtsanwalt im Anstellungsverhältnis „anwaltliche Tätigkeit“ ausübe, sofern er rechtsberatend, rechtsentscheidend, rechtsgestaltend und rechtsvermittelnd tätig sei. Man wird schwerlich dem Bundessozialgericht vorwerfen können, eine verfehlt Definition des anwaltlichen Berufsbildes

6 NJW 1961, 219.

7 BT-Drucks. 120, S. 77.

8 AnwBl 2015, 2, 9.

9 BRAK-Mitt. 1993, 181.

vorzunehmen, wenn man selbst die exakt gleiche Tätigkeit bestimmter Teile der Anwaltschaft einmal als keinesfalls anwaltlich einstuft, dann aber wieder als Tätigkeit im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI¹⁰ und also doch als anwaltlich qualifiziert wissen will. An derselben Widersprüchlichkeit krankt – worauf später noch näher einzugehen sein wird – der von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegte Entwurf zur Änderung von § 6 Abs. 1 S. 1 SGB VI.

In Gänze muss die Doppelberufstheorie übrigens – anknüpfend an das unter Ziff. II.1.c Gesagte – nicht aufgegeben werden. Denn für Rechtsanwälte, die zusätzlich zu ihrer Anwaltstätigkeit eine nicht rechtsberatende und -vertretende Tätigkeit bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber ausüben (oder nicht „unabhängig“ genug sind – vgl. hierzu sogleich), bleibt es letztlich bei der Erkenntnis, dass sie zwei Berufe haben: zum einen den des Rechtsanwalts und zum anderen – zum Beispiel – den des angestellten Taxifahrers (oder den des Versicherungssachbearbeiters).

3. Unabhängigkeit der Syndikusanwälte

Zu den zentralen Regelungen des Eckpunktepapiers gehört auch seine Ziff. 8, wonach die anwaltliche Unabhängigkeit eines Syndikusanwalts durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht beeinträchtigt werden darf. Kritiker des Eckpunktepapiers werfen an dieser Stelle ein, es widerspreche den Vorgaben des Arbeitsrechts und/oder sei denklogisch nicht möglich, dass ein Angestellter nicht dem umfassenden Direktionsrecht seines Arbeitgebers unterworfen sei. Um diese Einschätzung zu widerlegen, ist zunächst ein Blick in § 59 f Abs. 4 BRAO erhellend, der für Rechtsanwälte, die Geschäftsführer oder Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte einer Rechtsanwalts-gesellschaft mit beschränkter Haftung sind, genau dies vorschreibt. Wörtlich heißt es:

„Die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte, die Geschäftsführer oder gemäß Absatz 3 bevollmächtigt sind, bei der Ausübung ihres Rechtsanwaltsberufs ist zu gewährleisten. Einflussnahmen der Gesellschafter, namentlich durch Weisungen oder vertragliche Bindungen, sind unzulässig.“

In der amtlichen Begründung zu der erst im Laufe des seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahrens aufgenommenen Regelung heißt es, allgemeine Re-

¹⁰ = Tätigkeit, wegen der sie (die Beschäftigten) aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind.

gelungen zur beruflichen Unabhängigkeit des Rechtsanwalts enthielten bereits die Vorschriften des § 1 und des § 43 a Abs. 1 BRAO. Demgegenüber ergebe sich aus der Vorschrift des § 37 GmbHG ein Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern. Die ergänzende Vorschrift des § 59f Abs. 4 solle deshalb klarstellen, dass auch die in der Anwalts-gesellschaft als Geschäftsführer oder in vergleichbarer Funktion tätigen Rechtsanwälte berufliche Unabhängigkeit genießen.¹¹ An der Verträglichkeit der Regelung mit GmbH-Recht hatte der Gesetzgeber offenbar keine Zweifel.

Und was das Arbeitsrecht angeht: Schon unabhängig von vertraglichen Einschränkungen endet das Weisungsrecht des Arbeitgebers dort, wo der Arbeitnehmer durch Befolgung einer Weisung in einen Gewissenskonflikt geriete. Anzuerkennen ist dabei nicht nur eine religiös motivierte, sondern jede ernste, sittliche, das heißt an den Kategorien von „gut“ und „böse“ orientierte Entscheidung des Arbeitnehmers, die er in einer bestimmten Lage als für sich bindend und verpflichtend ansieht.¹² Der Arbeitnehmer darf gegebenenfalls die Arbeitsleistung gemäß § 275 Abs. 3 BGB verweigern. Schon jetzt ist also kein Syndikusanwalt/Unternehmensjurist verpflichtet, im Auftrag seines Arbeitgebers juristische Positionen zu beziehen, die er für in hohem Maße falsch, möglicherweise sogar rechtswidrig hält.

Daneben kann sich, wie dies bei Syndikusanwälten auch heute schon vielfach der Fall ist, ein „weisungsfreier Ausführungs- oder Autonomiespielraum“ aus der Art der übertragenen Arbeit ergeben. Das gilt insbesondere bei gehobenen Tätigkeiten, bei denen dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags ein weisungsfreier Entscheidungsspielraum in der Art und dem Ergebnis der Ausführung der Tätigkeit eingeräumt ist, was etwa für Ärzte, Wissenschaftler und leitende Angestellte und eben für Syndikusanwälte gilt.¹³ Auch die Besorgnis, bei zu viel inhaltlicher Ungebundenheit des Syndikusanwalts stehe das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses insgesamt in Frage, lässt sich mit Hilfe der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung zerstreuen. Zur Ausfüllung des Weisungsrechts bleiben noch so viele – im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts unverfängliche – Bereiche (zum Beispiel Festlegung von Arbeitszeit und -dauer, Urlaubsregelung etc.) übrig, dass man sich um die

11 BT-Drucks. 13/11035, S. 24 f.

12 Vgl. hierzu näher Rinck, in: Tschöpe, *Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Teil 2A Rdn. 50 f. m. zahlr. w. Nachw.

13 Vgl. hierzu nur Rinck, aaO, Teil 2A Rdn. 37 f., der etwa darauf hinweist, dass einem Arzt nicht die Behandlungsmethode vorgeschrieben werden könne.



Einstufung des Syndikuarbeitsverhältnisses als Arbeitsverhältnis keine Sorgen machen muss.¹⁴

Allen Zweiflern sei hier überdies das entgegengehalten, was das LAG Köln in einem Urteil vom 13. September 2012¹⁵ zur Stellung eines in einer Kanzlei angestellten Rechtsanwalts ausführt. Zwar genieße auch dieser, so heißt es in der Entscheidung, im innersten Kern seiner Anwaltstätigkeit in seiner Eigenschaft als Organ der Rechtspflege aufgrund berufsrechtlicher Vorgaben „ein Stück weit“ Unabhängigkeit. Er könne aber dort, soweit berufsrechtliche Vorgaben nicht zwingend entgegenstünden, vielfältigen Weisungen und Kontrollen unterworfen werden.

Es sollen hier nicht nochmals die Überlegungen präsentiert werden, die die Verfasserin schon an anderer Stelle zum „Mythos von der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts“ geäußert hat.¹⁶ Betrachtungen darüber, dass auch in Kanzleien angestellte Rechtsanwälte den Weisungen ihres Arbeitgebers unterliegen (und eben nur „ein Stück weit Unabhängigkeit“ genießen), dass auch der niedergelassene Rechtsanwalt keineswegs unabhängig von den Vorstellungen und Forderungen seines Mandanten ist, dass kein vernünftig agierendes Unternehmen die bei ihm beschäftigten Syndikusanwälte zu juristisch sinnlosem Tun zwingen würde, und dass mancher Syndikusanwalt aufgrund der ihm zu Gebote stehenden Kündigungsschutzvorschriften freier agieren kann als der wirtschaftlich von seinem Mandanten abhängige niedergelassene Rechtsanwalt, wurden in der Literatur bereits hinreichend angestellt.

Eine charmante Idee ist es, die näheren Regelungen der Satzungsversammlung zu überantworten. Ob es zwingend näherer Regelungen, die auch bei § 59 f Abs. 4 BRAO fehlen, überhaupt bedarf, ist angesichts des Vorstehenden fraglich. Es kann allerdings auch nichts schaden, die Dinge hier zu präzisieren und dabei gewissermaßen automatisch den Begriff der anwaltlichen Unabhängigkeit konkreter zu fassen. Auf diese Weise ließe sich die Handhabung bei den Kammern vereinheitlichen und die Gleichbehandlung der Betroffenen gewährleisten.

14 Vgl. etwa LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.08.2002 (15 Sa 35/02) zitiert nach juris.

15 7 Sa 72/12 zitiert nach juris, Rdn. 79.

16 Vgl. dazu *Offermann-Burckart*, AnwBl 2012, 778, 780 ff.

4. Neuregelung des gerichtlichen Vertretungsverbots

Der größte „Zankapfel“ in der Diskussion um eine mögliche Gleichstellung von niedergelassenen Rechtsanwälten und Syndikusanwälten ist das in § 46 BRAO geregelte Vertretungsverbot. Die Befürworter einer uneingeschränkten Beibehaltung dieses Verbots berufen sich ein weiteres Mal auf die fehlende Unabhängigkeit von Syndikusanwälten und darauf, dass nur ein unabhängiger Rechtsanwalt die Rolle eines Organs der Rechtspflege und somit die Rolle eines Vertreters der Partei vor Gericht wahrnehmen könne. Daneben wird mal mehr, mal weniger offen die Sorge geäußert, dass die „niedergelassenen“ Rechtsanwälte bei einem Wegfall des Vertretungsverbots erheblich an Boden verlören und bei der Unternehmensbetreuung gegenüber den Syndikusanwälten ins Hintertreffen gerieten (siehe oben das *Haas-Zitat*). Eine solche Sorge ist naturgemäß schwer zu zerstreuen.

Es muss aber doch Folgendes bedacht werden: Auch nach geltendem Recht darf ein Syndikusanwalt/Unternehmensjurist für seinen Arbeitgeber alles tun, was ein externer Rechtsanwalt tun darf und kann – alles, mit Ausnahme der gerichtlichen Vertretung. Das Tätigwerden für einen Arbeitgeber war früher gemäß Art. 1 § 6 RBERG ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes ausgenommen, unterfällt aber auch heute nicht dem RDG, weil es sich nicht um eine Tätigkeit in konkreten *fremden* Angelegenheiten handelt.¹⁷ Wenn Unternehmen und Verbände dies wollten, könnten sie also auch heute schon weitgehend vollständig auf die Beauftragung externer Anwaltskanzleien verzichten und sich auf die Beratung und Betreuung durch ihre Hausjuristen verlassen. Externe Rechtsanwälte kämen dann aufgrund des in § 46 BRAO enthaltenen Vertretungsverbots nur dort ins Spiel, wo Anwaltszwang herrscht und somit die Möglichkeiten der Hausjuristen enden. Dass die Lebenswirklichkeit eine andere ist, belegen anschaulich die zahlreichen Kanzleien, die hoch qualifiziert mit Schwerpunkten im Bank- und Kapitalmarktrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht etc. tätig sind. Sie alle kommen doch nicht nur und nicht erst dann ins Spiel, wenn ein „Stempelanwalt“ benötigt wird, um vor Gericht aufzutreten. Warum sollte sich (entgegen aller Beteuerungen von Unternehmen und Unternehmensjuristen übrigens) an der guten bisherigen Praxis etwas

17 Vgl. hierzu nur *Deckenbrock/Henssler*, Kommentar zum RDG, § 2 RDG Rdn. 20.



ändern, nur weil der Status der Syndikusanwälte geregelt und auf sichere Füße gestellt wird?

Und außerdem: Nicht zuletzt aus Sicht der niedergelassenen Rechtsanwälte ist es doch in hohem Maße wünschenswert, dass Unternehmensjuristen, die ihren Arbeitgeber rechtlich beraten und vertreten (dürfen), dies wenigstens als zugelassene Rechtsanwälte und damit unter der Ägide des anwaltlichen Berufsrechts und unter der Aufsicht der Rechtsanwaltskammern tun. Schon öfter ist es vorgekommen, dass ein Rechtsanwalt sich darüber beschwerte, dass der auf der Gegenseite stehende Syndikusanwalt die Mandantschaft unmittelbar angesprochen und damit gegen das Umgehungsverbot des § 12 BORA verstoßen habe. Die Kammern konnten in einem solchen Fall einen Verstoß gegen Berufsrecht bislang nur verneinen, weil der Syndikusanwalt eben nicht in seiner Anwaltseigenschaft, sondern (nur) in seiner Eigenschaft als Unternehmensjurist tätig wurde – ein weiterer Widerspruch übrigens, den man der Rentenversicherung nur schwer hätte vermitteln können.

Das BMJV will das gerichtliche Vertretungsverbot nicht zur Gänze aufgeben, sondern auf die zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren beschränken, in denen Anwaltszwang besteht. In diesen Fällen sei das Vertretungsverbot innerhalb des Anstellungsverhältnisses erforderlich, um ein Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien, etwa einem kleinen Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung auf der einen und einem großen Unternehmen mit Hausjuristen auf der anderen Seite, zu verhindern. Dass dies ein verfassungsrechtlich haltbarer Grund für eine Versagung der Vertretungsbefugnis in bestimmten Fällen ist, wird in der Diskussion vielfach bezweifelt. Und in der Tat ist das im Eckpunktepapier beschriebene Ungleichgewicht keineswegs das einzige, welches es in der heutigen Justizlandschaft zu beklagen gilt. Ein Ungleichgewicht besteht – trotz der Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu erhalten – immer dann, wenn wirtschaftlich potente und weniger potente Parteien aufeinander treffen, was bei Weitem nicht nur in zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren mit Anwaltszwang der Fall ist. Dass der Gesetzgeber ein solches Ungleichgewicht nicht für grundsätzlich problematisch hält, zeigt unter anderem die Tatsache, dass selbst § 78 Abs. 2 ZPO für die Nichtzulassungsbeschwerde ein beschränktes Behördenprivileg kennt, auch wenn diesem heute keine große praktische Bedeutung mehr zukommt.¹⁸ Außerdem könnte sich eine Vertretung des Unternehmens durch den eigenen Syndikusanwalt, der – was

18 Vollkommer, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, § 78 ZPO Rdn. 15a.

noch gesondert zu beleuchten sein wird – nicht nach RVG abrechnen darf und also keinen Kostenerstattungsanspruch auslöst, für das (minderbemittelte) Unternehmen auf der Gegenseite im Unterliegensfall sogar als glücklich, weil kostenreduzierend erweisen.

Was die Verfassungsfestigkeit angeht, steht allerdings auch das geltende Verbot des § 46 BRAO auf tönernen Füßen. Ein tragfähiges Argument für die Begründung des Vertretungsverbots hat der Gesetzgeber zu keiner Zeit geliefert.¹⁹ In der amtlichen Begründung zu § 58 BRAO a. F. (der Vorläuferbestimmung des heutigen § 46 BRAO) heißt es nur kurz, die Scheidung zwischen den beiden Aufgabenbereichen, in denen der Syndikusanwalt in seiner Doppelstellung tätig werde, sei im Interesse der geordneten Rechtspflege „insbesondere dann beizubehalten, wenn er vor Gericht auftritt“. Deshalb könne es nicht zugelassen werden, dass der Syndikusanwalt seinen Dienstherrn vor einem Gericht oder Schiedsgericht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt vertrete.²⁰ Hier werden Behauptungen aufgestellt, wo nachvollziehbare Gründe von Nöten gewesen wären. Insbesondere die in diesem Zusammenhang häufiger bemühte „Gefahr von Interessenkollisionen“, die jetzt auch das BMJV in seinem Eckpunktepapier als Grund für das nach einer Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte nicht mehr erforderliche Verbot ins Feld führt, besteht gerade nicht. Der Syndikusanwalt, der seinen Arbeitgeber vertritt, agiert stets nur auf einer Seite und kann dabei allenfalls in eine Art „innere Befangenheit“, nicht jedoch in die Situation geraten, der Diener zweier Herren zu sein.²¹

Ob die Aufrechterhaltung eines gerichtlichen Vertretungsverbots in Verfahren mit Anwaltszwang erforderlich und verfassungsgemäß ist, mag nach alledem bezweifelt werden. Aus Sicht der Syndikusanwälte, die ja nach eigenem Bekunden gar nicht daran interessiert sind, den Arbeitgeber vor Gericht zu vertreten, ist sie jedenfalls unschädlich. Und wenn die gefundene Lösung im Sinne eines Kompromisses helfen kann, einen der wesentlichen Streitpunkte zu beseitigen, mag an dieser Stelle der Zweck allemal die Mittel heiligen.

Zu klären wäre dabei noch die Frage, ob das Vertretungsverbot auch gelten soll, falls der Syndikusanwalt nicht im Rahmen des Anstellungsverhältnisses, sondern als niedergelassener Rechtsanwalt tätig würde. In Ziff. 11 des Eck-

19 Vgl. hierzu schon *Offermann-Burckart*, *AnwBl* 2012, 778, 780.

20 BT-Drucks. 120, S. 77.

21 Vgl. in diesem Sinne bereits *Offermann-Burckart*, in: *Offermann-Burckart*, *Anwaltsrecht in der Praxis*, § 10 Rdn. 208.

punktepapiers, in der es um die Verteidigung in Straf- und Bußgeldverfahren geht, findet dieser Fall ausdrückliche Erwähnung. In Ziff. 10 ist hierzu nichts gesagt. Insofern ist eine Feinabstimmung also noch erforderlich.

Was die Aufgabe des gerichtlichen Vertretungsverbots jenseits des Anwaltszwangs angeht, ergibt sich letztlich kein großer Unterschied zu der aktuellen Situation. Auch heute schon kann der Syndikusanwalt in gerichtlichen Verfahren ohne Anwaltszwang (und das ist bekanntlich die überwiegende Zahl der Verfahren) vor Gericht auftreten. Er darf dort lediglich nicht in der Rolle des Rechtsanwalts agieren, muss aber auch nicht mit der Tatsache hinter dem Berg halten, dass er Rechtsanwalt ist. Diese „Schizophrenie“ der Verhältnisse hat – bei aller Argumentation mit der Unabhängigkeit – bislang niemand schlüssig erklären können.²²

5. Keine Verteidigung in Straf- und Bußgeldverfahren, die gegen den Arbeitgeber oder Mitarbeiter des Arbeitgebers/Unternehmens in Unternehmensangelegenheiten geführt werden

In Ziff. 11 des Eckpunktepapiers geht das BMJV deutlich über das hinaus, was an Einschränkungen für den Syndikusanwalt heute gilt. Denn bislang ist es dem Syndikusanwalt nicht verwehrt, Mitarbeiter des Arbeitgebers in Unternehmensangelegenheiten in Straf- und Bußgeldsachen zu vertreten. Er darf dies jedenfalls in seiner Eigenschaft als niedergelassener Rechtsanwalt tun, sofern nicht das Verbot des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO (vorherige berufliche Befassung in derselben Angelegenheit) greift.²³ Unter „Compliance-Gesichtspunkten“ ist die vom BMJV vorgesehene Einschränkung durchaus nachvollziehbar. Die Frage, ob sie allerdings zwingend, verfassungsrechtlich haltbar und in sich konsistent ist, sei im Interesse der guten Sache (siehe oben) dahingestellt.

²² Offermann-Burckart, AnwBl 2012, 778, 780.

²³ Noch weitergehend z. B. Henssler, in: Henssler/Prütting, Kommentar zur BRAO, § 46 BRAO Rdn. 31, der diskutiert, dass ein Syndikusanwalt, der zugleich Rechtslehrer an einer Hochschule ist, unter Berufung auf diese Eigenschaft gem. § 138 StPO eine Verteidigung seines Arbeitgebers übernehmen kann.

6. Pflichten und Rechte des Syndikusanwalts

Das Eckpunktepapier sieht eine grundlegende Neuregelung der Pflichten und Rechte des Syndikusanwalts vor.

a) Berufsrecht

Dass der Syndikusanwalt wie jeder „richtige“ Rechtsanwalt den allgemeinen berufsrechtlichen Regelungen unterworfen sein soll, ist konsequent und richtig und beseitigt eine Schieflage, die hier bislang bestand.²⁴ Allerdings verwundert, dass in die in Klammern gesetzte exemplarische Aufzählung von Berufspflichten auch die Pflicht zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung aufgenommen wurde. Denn dass der Syndikusanwalt im Falle zum Beispiel eines Beratungsfehlers seine Berufshaftpflichtversicherung bemühen kann und muss, scheint zweifelhaft. Die Haftung eines Arbeitnehmers folgt eigenen Gesetzmäßigkeiten und in aller Regel haben Unternehmen D & O-Versicherungen abgeschlossen. Im Eckpunktepapier sind indes auch „abweichende Regelungen“ vorgesehen. Sie müssen lediglich „besonders begründet werden“. Und für seine „niedergelassene“ Tätigkeit muss (wie bisher) selbstverständlich auch der Syndikusanwalt eine Berufshaftpflichtversicherung unterhalten.

b) Anwaltsprivilegien

Ein schwieriges Thema ist in Ziff. 13 des Eckpunktepapiers angesprochen. Die in der StPO geregelten Anwaltsprivilegien (Zeugnisverweigerungsrecht, Beschlagnahmeverbot, Verbot der Wohnraumüberwachung, Einschränkung von Ermittlungsmaßnahmen) sollen für Syndikusanwälte ausgeschlossen werden. Nicht zuletzt unter Berufung auf die Akzo-Nobel-Entscheidung²⁵ wurde von Vielen die ablehnende Haltung gegenüber einer Gleichstellung von Syndikusanwälten und niedergelassenen Anwälten damit begründet, dass Syndikusanwälte nicht in den Genuss der Anwaltsprivilegien gelangen könnten. Das mache Syndikusanwälte per se zu „Anwälten zweiter Klasse“.

In einem häufig zitierten Aufsatz aus dem Jahr 1992 hat dagegen *Roxin*²⁶ den Syndikusanwalt dem „normalen“ Anwalt gleichgestellt und ihm deshalb auch

²⁴ Offermann-Burckart, NJW 2014, 2683, 2684.

²⁵ AnwBl 2010, 796 = NJW 2010, 3557 = BRAK-Mitt. 2010, 259.

²⁶ NJW 1992, 1129.



ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt, soweit er typische anwaltliche Tätigkeiten (wie die Erteilung von Rechtsrat, die juristische Begleitung von Vertragsverhandlungen, die Prozessvorbereitung und die juristische Betreuung des Vorverfahrens in Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen) wahrnehme. Ein Zeugnisverweigerungsrecht bestehe, wenn der Syndikusanwalt „legal advice“, nicht lediglich „business advice“ erteilt habe. Wer nur reine Management-Aufgaben, etwa bei Planungs- und Investitionsentscheidungen, wahrnehme, sei nicht anwaltlich tätig.²⁷ Eine solche Unterscheidung hält das BMJV indes für untauglich (vgl. Ziff. 13 des Eckpunktepapiers a. E.). Vielmehr müsse die von den Ermittlungsbehörden vorzunehmende Bewertung des Vorliegens eines Beweiserhebungsverbots anhand äußerlich einfach feststellbarer Kriterien möglich sein. Unbeantwortet lässt das BMJV an dieser Stelle die – konsequenterweise zu verneinende (siehe hierzu auch Ziff. 11 des Eckpunktepapiers) – Frage, ob der Syndikusanwalt dann ein Beschlagnahmeverbot geltend machen kann, wenn sich Unternehmensunterlagen nicht in seinem unternehmensinternen Büro, sondern in seiner – externen – Anwaltskanzlei befinden.

Bei dieser speziellen Fragestellung erweist sich wieder, dass die Dinge auch heutzutage keineswegs so konsequent gehandhabt werden, wie allerorten behauptet wird und nach dem Buchstaben des Gesetzes eigentlich auch erforderlich wäre. Es ist inzwischen Usus, dass Syndikusanwälte ihre Kanzlei, zu deren Einrichtung sie qua Gesetzes (noch) verpflichtet sind, in den Räumen des nicht-anwaltlichen Arbeitgebers unterhalten. Dabei entsteht dann so etwas wie eine „Bürogemeinschaft“, die eigentlich gegen § 59 a Abs. 3 BRAO verstößt, weil eine Bürogemeinschaft wie jede andere Form der gemeinschaftlichen Berufsausübung nur mit Angehörigen eines „sozietätsfähigen“ Berufs möglich ist. Die Realität sieht anders aus und die Rechtsanwaltskammern haben hier längst die Waffen vor der „Macht des Faktischen“ gestreckt. Ein Blick in die diversen Anwaltsregister mit ihren zahlreichen c/o-Adressen, die Unternehmensanschriften ausweisen, belegt dies. Aber trotz dieses Befunds hat man bislang nicht von Fällen gehört, in denen staatsanwaltliche Ermittlungen gegen Unternehmen daran gescheitert wären, dass Syndikusanwälte geltend gemacht hätten, diese oder jene Unterlagen befänden sich in ihrem Büro und also in ihrer Anwaltskanzlei. Der Gesetzgeber sollte an dieser Stelle noch einmal den „Ist-Zustand“ näher beleuchten und die vorgeschlagene Regelung zumindest weiter ausdifferenzieren.

27 Roxin, NJW 1992, 1129, 1131.

c) RVG

Ein letztes Thema, das in den Komplex „Rechte und Pflichten“ gehört, ist die Frage, ob Syndikusanwälte ihren Arbeitgebern Gebührenrechnungen nach RVG stellen dürfen. Das BMJV verneint diese Frage zu Recht, weil das RVG auf die selbstständige Tätigkeit eines niedergelassenen Rechtsanwalts abstelle und der Syndikusanwalt im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses bezahlt werde.

Diese Regelung des Gebührenproblems, das manchen als unlösbar galt oder bis heute gilt, lässt sich nahtlos in § 1 Abs. 2 S. 1 RVG einfügen, in dem sich bereits eine nicht abschließende Aufzählung von Tätigkeiten des Rechtsanwalts findet, die vom sachlichen Anwendungsbereich des RVG ausgeschlossen sind. Der Ausschluss (zum Beispiel der Tätigkeit als Betreuer, Testamentsvollstrecker oder Schiedsrichter) beruht im Wesentlichen auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass es sich bei den genannten Aufgaben um Tätigkeiten handelt, die entweder ehrenamtlich erfolgen, in erheblichem Umfang auch Nicht-Rechtsanwälten übertragen werden oder nicht im Auftrag einer Partei oder in deren Interesse übernommen werden. Diesen Tätigkeiten fehlt daher in dem einen oder anderen Aspekt ein typisches Merkmal der Berufsausübung eines niedergelassenen Anwalts.²⁸ Die Tätigkeit als Syndikusanwalt lässt sich hier problemlos einreihen.

III. Vorschlag der BRAK zur Änderung von § 6 SGB VI

Zur Abrundung der Auseinandersetzung mit dem Eckpunktepapier soll auch noch ein kurzer Blick auf den von der Bundesrechtsanwaltskammer unterbreiteten Vorschlag zur Änderung des 6. Buches des Sozialgesetzbuchs geworfen werden, dessen Berücksichtigung die BRAK in der eingangs erwähnten Presseerklärung vom 16. Januar 2015 nachdrücklich anmahnt.

Neben einer – begrüßenswerten – Vertrauensschutzregelung in § 231 SGB VI schlägt die BRAK vor, in § 6 Abs. 1 SGB VI folgenden neuen Satz 3 einzufügen:

28 Vgl. in diesem Sinne etwa *Volpert/N. Schneider*, in: *Schneider/Wolf, Anwaltkommentar RVG*, § 1 RVG Rdn. 93.

„Eine Mitgliedschaft in der berufsständischen Kammer erfolgt auch dann wegen der Beschäftigung im Sinne des Satzes 1, wenn sie dienstvertraglich vereinbart wurde.“

Zur Begründung führt die BRAK unter anderem aus, die Regelung stärke mit ihrer präzisierten Nachweispflicht die Friedensgrenze zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und den berufsständischen Versorgungswerken. Sie führe zu einer Entbürokratisierung der Entscheidungsfindung des Rentenversicherungsträgers und in der Folge zu einer Entlastung der Sozialgerichtsbarkeit, weil Zweifelsfragen nicht mehr auftreten könnten. Die Verpflichtung, trotz abhängiger Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis auch Rechtsanwalt und damit Mitglied in einer Rechtsanwaltskammer zu sein, werde regelmäßig schriftlich festgelegt und sei somit leicht überprüfbar. Zum Nachweis genüge die Vorlage des Dienstvertrags. Die Regelung verhindere aber gleichzeitig Missbrauch, weil nur abhängig beschäftigte Juristen von der Versicherungspflicht befreit würden, die deshalb auch als Rechtsanwälte tätig seien, weil dies von ihrem Arbeitgeber zwingend gefordert werde. Der Unternehmer, der diese besondere Qualität nicht zum Maßstab seiner Stellenausschreibung und -besetzung mache, suche bewusst juristische, aber keine anwaltliche Kompetenz. Personen, die allein dieses Profil besetzten, hätten dann keinen Anspruch auf eine Freistellung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht.

Abgesehen davon, dass eine (Neu-)Regelung des Syndikusanwalts in der Bundesrechtsanwaltsordnung auch jenseits rentenversicherungstechnischer Überlegungen wünschenswert ist (siehe oben) und dass die Durchsetzbarkeit einer Änderung des Sozialgesetzbuchs fragwürdig erscheint, leidet der Vorschlag an einer gewissen Widersprüchlichkeit. Warum sollte der Arbeitgeber Wert darauf legen, dass ein juristischer Mitarbeiter Rechtsanwalt (und damit Mitglied einer Rechtsanwaltskammer) ist, wenn dieser Mitarbeiter nicht gleichzeitig auch das Recht zur Ausübung anwaltlicher Tätigkeit im Unternehmen für sich in Anspruch nehmen kann? Soll es hier nur um den Außenauftritt und das besondere Prestige eines mit der Bezeichnung „Rechtsanwalt“ versehenen Unternehmensjuristen gehen?

Und bei der gewählten Begründung stellt sich sofort die nächste Frage, wie weit es denn mit der Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts her ist, der nur deshalb Rechtsanwalt wurde, weil der Arbeitgeber auf diesen Titel Wert legte.

Auch vom Sprachlogischen ergeben sich Probleme, wenn, wie vorgesehen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI unverändert bleibt. Denn wenn man die sperrige

Formulierung des Gesetzes²⁹ ins Deutsche oder, besser gesagt, ins Juristen-deutsche übersetzt, formuliert der Bandwurmsatz bezogen auf Rechtsanwälte nichts anderes als ein Synonym für „anwaltliche Tätigkeit“, woraus sich zwingend ergibt, dass die nach der Neufassung „dienstvertraglich vereinbarte“ Beschäftigung eben auch nichts anderes als anwaltliche Tätigkeit ist. Das ist die Folge, wenn man einen Platzhalter durch einen anderen ersetzt. Allerdings wird man schwerlich „anwaltliche“ Tätigkeit im Unternehmen sowohl fordern als auch ablehnen können. Wenn man den § 6 Abs. 1 SGB VI ändern wollte, könnte dies nur in Form der Vorgabe geschehen, dass jedes Mitglied einer berufsständischen Kammer unabhängig von seiner konkret ausgeübten Tätigkeit von der Rentenversicherungspflicht befreit ist. Dann ergäbe sich aber sofort wieder das alte Problem, ob denn auch wirklich der im Anstellungsverhältnis taxifahrende Rechtsanwalt in den Genuss dieser Befreiung gelangen kann.

IV. Fazit und Ausblick

Auch wenn bei einer Umsetzung des Eckpunktepapiers im Gesetzgebungsverfahren noch die eine oder andere Feinjustierung vorzunehmen wäre, ist dem BMJV mit seinen Vorschlägen fast so etwas wie die Quadratur des Kreises gelungen. Bei ruhiger Betrachtung und Hintanstellung aller Resentiments (und Ängste) müsste es eigentlich auch den Kritikern einer Gleichstellung von niedergelassenen Rechtsanwälten und Syndikusanwälten angesichts der gefundenen Lösungen gelingen, dem Eckpunktepapier mehr Positives als Negatives abzugewinnen.

Die zum Teil geäußerte Besorgnis, dass bei einer Umsetzung des Eckpunktepapiers am Horizont zwangsläufig das Schreckgespenst des Fremdbesitzes aufflamme, scheint doch etwas übertrieben. Denn abgesehen davon, dass aus dem BMJV immer wieder glaubhaft versichert wird, man sei entschlossen, das Fremdbesitzverbot unangetastet zu lassen, und trotz der Erkenntnis, dass „alles irgendwie mit allem zusammenhängt“, dient doch gerade eine klare Definition des Berufsbildes der Syndikusanwälte dazu,

²⁹ „die Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit, wegen der sie (Beschäftigte und selbstständig Tätige) aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind“.



Grenzen zu setzen und verbindliche Regeln aufzustellen. Sichtbare, eindeutig formulierte Grenzverläufe lassen sich allemal besser verteidigen als fiktive.

Den Syndikusanwälten, die zurzeit zwischen Hoffen und Bangen hin und her gerissen sind, kann man nur raten, den Mut nicht sinken zu lassen. Wer noch nicht im Verfahren ist, sollte – trotz aktuell nicht vorhandener Erfolgsaussichten – je nach Fallkonstellation einen Befreiungsantrag beziehungsweise einen Antrag auf Feststellung der Gültigkeit eines früheren Befreiungsbescheids stellen und gegen die Ablehnung Rechtsmittel einlegen. Nur so bleibt er „im Verfahren“ und verhindert für den Fall des günstigen Ausgangs eines Gesetzgebungsverfahrens (oder auch der beiden anhängigen Verfassungsbeschwerden) unnötige Rechtsverluste.

Autorinnen und Autoren

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht. Er ist Honorarprofessor für Strafprozessrecht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main.

Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Hans-Jürgen Hellwig

Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar a.D. Er ist Mitglied des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins und der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer. 2004 war er Präsident des Rates der Europäischen Anwaltschaften (CCBE) und bis Juni 2011 Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins.

Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Rechtsanwalt Falko Maxim

Der Autor ist Rechtsanwalt bei HammPartner in Frankfurt am Main.

Rechtsanwältin Dr. Susanne Offermann-Burckart

Die Autorin ist Rechtsanwältin und Mitglied der Satzungsversammlung.

Prof. Dr. Hanns Prütting

Der Autor ist Direktor des Instituts für Verfahrensrecht sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln.



In der **Schriftenreihe Anwaltsblatt** sind bisher erschienen:

Band 1

Anwälte und Ihre Geschichte

Eine Ausstellung von Dokumenten aus dem 18. bis 20. Jahrhundert
ausgewählt von Universitätsprofessor Dr. Hinrich Rüping, Hannover

Band 2

Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern

Rechtsstellung der Rechtsanwaltskammern und der
Bundesrechtsanwaltskammer in der Verfassungs- und
Verwaltungsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland
Prof. Dr. Dirk Ehlers (Wetsfälische Wilhelms-Universität Münster) und
Marc Lechleitner (Ministerium des Inneren des Landes Brandenburg)

Band 3

Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft

Dokumentation des DAV-Forums Anwaltsnotariat
am 6./7. März 2009 in Berlin

Band 4

Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt

Zwölf Beiträge zur anwaltlichen Praxis (zusammen mit dem
Deutschen Institut für Menschenrechte)

Das Bundessozialgericht (BSG) hat im April 2014 überraschend entschieden, dass Syndikusanwälte nicht von der gesetzlichen Rentenversicherung befreit werden können, weil sie im Unternehmen oder im Verband nicht anwaltlich tätig sein könnten. Mit diesen Urteilen wurde die schon lange währende Diskussion um den Syndikusanwalt noch einmal kräftig befeuert und hat nun auch den Gesetzgeber zum Handeln veranlasst.

Die in diesem Band 5 der Schriftenreihe Anwaltsblatt versammelten Arbeiten stellen maßgebende Beiträge in der Debatte um die Stellung des Syndikusanwalts im Anwaltsrecht dar. Im Zentrum der Veröffentlichung steht das Gutachten zum „Legal Privilege“ für Syndikusanwälte von Rainer Hamm und Falko Maxin. Unerlässlich für die Diskussion ist auch der Blick in die Vergangenheit. Hans-Jürgen Hellwig stellt die Entwicklung des Syndikusanwalts seit der Weimarer Republik dar. Hanns Prütting und Michael Kleine-Cosack analysieren die BSG-Urteile. Susanne Offermann-Burckart kommentiert das vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegte Eckpunktepapier für eine Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte.