

Anwaltsrecht

Syndikusrechtsanwälte im öffentlichen Dienst – was sagen die AGHs?

Versuch einer Klarstellung zu den Zulassungsvoraussetzungen nach neuem Recht

Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln*

Das Syndikusgesetz von 2016 hat ein eigenes Zulassungsverfahren für Syndikusrechtsanwältinnen und -anwälte geschaffen. Inzwischen beschäftigt die Anwaltsgerichtshöfe (AGHs) immer wieder die Fragen, ob ein nichtanwaltlicher Arbeitgeber auch der öffentliche Dienst sein kann. Denn viele Einrichtungen des öffentlichen Dienstes handeln längst nicht mehr nur hoheitlich und haben natürlich auch Bedarf nach anwaltlichem Rat. Der Autor stellt die divergierende Rechtsprechung vor, erläutert die Besonderheiten des neuen Syndikusrechts und unternimmt den Versuch die Regeln der BRAO in ein System zu bringen.

In den vergangenen zwölf Monaten haben sich die Anwaltsgerichtshöfe mehrfach mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein Volljurist als Syndikusrechtsanwalt für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst zugelassen werden kann. Die Mehrheit der Anwaltsgerichtshöfe geht dabei von der Zulassungsmöglichkeit aus. Allerdings werden zum einen die Zulassungsvoraussetzungen nicht sorgfältig herausgearbeitet, zum anderen die Zulassung als niedergelassener Rechtsanwalt mit der des Syndikusrechtsanwalts vermischt. Klärung muss jetzt der Bundesgerichtshof herbeiführen. Der Beitrag versucht die Streitgegenständlichen Fragen aufzuarbeiten.

I. Einleitung

Niedergelassene Rechtsanwälte müssen eine „Nebentätigkeit“ als Angestellte im öffentlichen Dienst ihrer Rechtsanwaltskammer unverzüglich anzeigen, dazu verpflichtet sie § 56 BRAO. Doch was eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst ist, ist in der Bundesrechtsanwaltsordnung an keiner Stelle definiert. Klar ist nach der BRAO, dass die Tätigkeit als Beamter oder Richter auf Lebenszeit mit der Anwaltszulassung unvereinbar ist, so sehen es die als verfassungsmäßig angesehenen § 7 Nr. 10 BRAO (Zulassung) und § 14 Abs. 2 Nr. 5 BRAO (Widerruf der Zulassung) zu recht vor.¹

Bei einer Angestelltentätigkeit im öffentlichen Dienst prüft die Rechtsanwaltskammer bisher nach § 7 Nr. 8 BRAO die Vereinbarkeit der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt mit der nichtanwaltlichen Tätigkeit im öffentlichen Dienst.² Kern der Prüfung ist, ob sich potentielle Mandanten besondere Vorteile davon erhoffen könnten, dass sie einen Anwalt beauftragen, der selber in der Behördenlandschaft tätig ist.³ Unvereinbar ist eine gleichzeitige Anwaltstätigkeit jedenfalls dann, wenn der Antragsteller als Angestellter eine hoheitliche Tätigkeit wahrnimmt, etwa in Form einer intensiven Mitwirkung an Verwaltungsakten. Hier fehlt die für den

Rechtsanwaltsberuf im Grundsatz notwendige Staatsferne.⁴ So hat zuletzt der Bundesgerichtshof (BGH) die Tätigkeit als Hauptgeschäftsführer einer Industrie- und Handelskammer, die nach der Satzung der IHK eine Organstellung vorsieht, als unvereinbar mit der Anwaltszulassung angesehen, weil hier klassische Verwaltung und hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen würden.⁵

II. Syndikusrechtsanwälte im öffentlichen Dienst

Doch gilt dies auch für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt im öffentlichen Dienst § 46 Abs. 2 BRAO?⁶ Denn § 46 Abs. 2 BRAO geht bei der Syndikustätigkeit ausdrücklich von einer anwaltlichen Tätigkeit aus, die bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber ausgeübt wird. Die Besonderheit ist dabei, dass diese nur einen Mandanten in Form ihres Arbeitgebers haben, andere Mandanten können diese also nicht als ihren Anwalt auswählen.

Zu trennen ist dies deutlich von der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt, die neben der Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt grundsätzlich ausgeübt werden kann, insbesondere dann, wenn der Syndikus-Arbeitgeber die sogenannten unwiderrufliche Freistellungserklärung abgegeben hat, nach der die Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt der Angestelltentätigkeit als Arbeitnehmer vorgeht.⁷ Bisher haben die Anwaltsgerichtshöfe die Prüfung maßgeblich unter dem bisher nahe liegenden Gesichtspunkt des § 7 Nr. 8 BRAO vorgenommen (siehe dazu unten II. 2.)

1. Keine Anwendung des § 7 Nr. 8 BRAO

Es stellt sich die Frage, ob dies überhaupt der richtige Ansatz ist. Denn erkennbar gilt § 7 Nr. 8 BRAO bisher immer nur für die Prüfung, ob der niedergelassener Rechtsanwalt eine weitere – nichtanwaltliche – Tätigkeit ausüben darf oder nicht. Es geht also um einen „Zweitberuf“ des Rechtsanwalts.⁸ Doch bei dem Syndikusrechtsanwalt liegt gerade keine nichtanwaltliche Tätigkeit, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers gemäß § 46 Abs. 2 BRAO ausdrücklich eine anwaltliche Tätigkeit, vor, die hier – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – ausgeübt werden darf. Somit ist § 7 Nr. 8 BRAO schon seinem Grundgedanken nach auf den Syndikusrechtsanwalt überhaupt nicht anwendbar.⁹

Die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt muss also streng an den

* Der Autor war an einigen der zitierten Entscheidungen entweder als Vertreter der Rechtsanwaltskammer Köln oder als Prozessbevollmächtigter für den Antragsteller tätig.

1 Siehe dazu die Nachweise bei *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 88, 105 und *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 BRAO Rn. 81 ff.

2 Siehe dazu zuletzt ausführlich zum Hauptgeschäftsführer einer IHK, BGH, Beschl. v. 22.9.2017 – AnwZ (Brfg) 51/16 = AnwBl. 2017, 1229 mit zahlreichen weiteren Nachw. zum Stand der Rechtsprechung.

3 Siehe dazu die Überblicke bei *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 88 und *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 BRAO Rn. 81 ff.

4 So etwa AGH NRW, Beschl. v. 13.2.2009 – 1 AGH 104/08 = BeckRS 2009, 88018 für eine Tätigkeit bei der Agentur für Arbeit.

5 BGH, Beschl. v. 22.9.2017 – AnwZ (Brfg) 51/16 = AnwBl. 2017, 1229 – anders bei einem „normalen“ IHK-Geschäftsführer BGH, Beschl. v. 10.10.2011 – AnwZ (B) 49/10 = NJW 2012, 534.

6 Siehe dazu Pohlmann, BRAK-Mitt. 2017, 262.

7 Dabei ist es hier egal, ob es sich bei der weiteren Tätigkeit neben der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt um eine Syndikustätigkeit oder eine anderweitige Beschäftigung handelt.

8 So auch schon die Ansicht des Gesetzgebers zu alten Vorschrift des § 19 Nr. 8 BRAO, BT-DR 120 vom 8.1.1958, S. 57f., wobei gerade von einer nicht anwaltlichen weiteren Tätigkeit die Rede ist.

9 Diese Problematik übersieht Pohlmann, BRAK-Mitt. 2017, 262.

Voraussetzungen der § 46 Abs. 2–5 BRAO erfolgen, insbesondere stellen sich hier die Fragen der Prägung der anwaltlichen Tätigkeit im konkreten Arbeitsverhältnis und die Fragen der Garantie der fachlichen Unabhängigkeit durch den Arbeitgeber. Es stellt sich also bei der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts im öffentlichen Dienst im Kern die Frage, ob es sich dort um eine „anwaltliche Tätigkeit“ handelt oder ob die gebundene Verwaltungstätigkeit im Vordergrund steht, die eine anwaltliche Tätigkeit unmöglich macht.

Ein Ausschluss der Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts im öffentlichen Dienst ist auf jeden Fall dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ein generelles Verbot dürfte auch nicht mit Art. 12 GG in Einklang zu bringen sein.

2. Bisherige Rechtsprechung der Anwaltsgerichtshöfe

Bisher haben die Anwaltsgerichtshöfe in Hessen, Baden-Württemberg und Bayern keine grundsätzlichen Einwände gegen eine nichthoheitliche Tätigkeit im öffentlichen Dienst erhoben und die Klagen der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) gegen die Zulassungsentscheidung abgewiesen. So hat der Hessische AGH die Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts bei einem Landkreis¹⁰, bei Verkehrsbetrieben einer Stadt als Eigenbetrieb¹¹ und bei einer gesetzlichen Krankenversicherung¹² als unbedenklich angesehen. Bei Stadtwerken hat sich der Bayerische AGH dieser Rechtsprechung angeschlossen.¹³ Er hat auch keine Bedenken gegen eine Tätigkeit als Abteilungsleiterin bei einer Industrie- und Handelskammer als Körperschaft öffentlichen Rechts¹⁴ und in der Verwaltung einer Stadt¹⁵. Der AGH Baden-Württemberg akzeptierte die Zulassung der Arbeitsrechtlerin einer Stadt als Syndikusrechtsanwältin, die nur für die Angestellten zuständig ist¹⁶. Über die von der DRV eingelegte Berufung wird der Anwaltssenat des BGH am 15.10.2018 verhandeln.

Dagegen hat der AGH Nordrhein-Westfalen in zwei Entscheidungen¹⁷ bei Angestellten im öffentlichen Dienst (Arbeitsagentur und Universität) die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt wegen der Unvereinbarkeit der Tätigkeit abgelehnt, obwohl die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer die Vereinbarkeit der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt bereits bei der Aufnahme der Tätigkeit vor der Schaffung des Syndikusrechtsanwalts festgestellt hatte und damit gerade keine Unvereinbarkeit im Sinne des § 7 Nr. 8 BRAO gesehen hatte. In den Entscheidungsgründen wird nicht sauber zwischen den beiden anwaltlichen Tätigkeiten getrennt. Auch Vertrauensschutzgedanken spielen keine Rolle. Leider hat in beiden Fällen der Senat die Berufung – im Gegensatz zu den anderen Anwaltsgerichtshöfen – nicht zugelassen, sodass die betroffenen Rechtsanwaltskammern jetzt den Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt haben, der in einem Fall schon erfolgreich war (s. Fußn. 17).

Dagegen hat der gleiche Senat des AGH NRW in einem neuen Urteil vom 14. Mai 2018¹⁸ die Anwendung des § 7 Nr. 8 BRAO für einen beim ZDF tätigen Syndikusrechtsanwalt verneint. Es sei bei der Tätigkeit für das ZDF nicht von einer Staatsnähe auszugehen. Auch hier wird allerdings die Syndikustätigkeit wieder mit der Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt vermischt.

Sehr ausführlich zusammengefasst hat die Sichtweise, dass eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst als Syndikusrechtsanwalt möglich ist, der Hessische Anwaltsgerichtshof in seinem Urteil vom 9. April 2018.¹⁹ Der Senat kommt zu dem richtigen Schluss aus der Zusammenschau der gesetzlichen Regelungen. Er formuliert: „Hätte der Gesetzgeber einen ge-

nerellen Ausschluss regeln wollen, hätte er eine dem § 47 BRAO entsprechende Regelung für Syndikusrechtsanwälte vorgesehen.“ Der Gesetzgeber habe gerade für den Syndikusrechtsanwalt keine Regelung zum Beispiel im Sinne des § 7 Nr. 10 BRAO geschaffen. Der Senat geht dann von einer Einzelfallprüfung im Sinne des § 7 Nr. 8 BRAO aus. Er betont auch, dass wegen der Regelungen in Art. 12 GG § 7 Nr. 8 BRAO restriktiv auszulegen ist und verweist dabei zu Recht auf die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.²⁰

Zudem geht der Senat, völlig zu Recht, davon aus, dass allein die Tatsache, dass der Syndikusrechtsanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit den Arbeitgeber nach außen in Form der Prozessvertretung repräsentiert, noch keinen Versagungsgrund darstellen kann. Gerade die Prozessvertretung zum Beispiel vor den Sozialgerichten stellt keinen Hoheitsakt dar, sondern ist eine normale Prozessvertretung und ein verantwortliches Auftreten nach außen. Ähnlich haben auch die Anwaltsgerichtshöfe in Bayern und Baden-Württemberg in den oben zitierten Entscheidungen argumentiert. Sie stellen also alle auf die konkrete Tätigkeit des Antragstellers ab und prüfen damit eigentlich, wie oben schon beschrieben, die Merkmale für die konkrete Tätigkeit, für die die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt begehrt wird, gemäß § 46 Abs. 2–5 BRAO.

3. Prüfungsumfang bei Tätigkeiten im öffentlichen Dienst

Es ist daher festzuhalten, dass auch dann, wenn man nicht die oben vertretene Auffassung vertritt, dass § 7 Nr. 8 BRAO überhaupt nicht anwendbar ist, immer eine konkrete Einzelfallprüfung stattzufinden hat.

Daher ergibt sich folgende Prüfung für die Zulassung eines im öffentlichen Dienst tätigen Antragstellers als Syndikusrechtsanwalt:

Der Arbeitgeber muss ohne Wenn und Aber insbesondere die Erklärungen zur fachlichen Unabhängigkeit im Sinne des § 46 Abs. 3 BRAO in rechtsverbindlicher Form abgeben. Dabei geht es hier um die fachliche Unabhängigkeit im Bezug auf die anwaltliche Tätigkeit der Merkmale des § 46 Abs. 3 Nummer 1–3 BRAO. Zudem muss die anwaltliche Tätigkeit prägend sein. Sie muss also, so die bisherige Rechtsprechung, mehr als 50 Prozent der Tätigkeit umfassen und damit so qualitativ wie quantitativ den Schwerpunkt der Tätigkeit darstellen. Gerade die Prüfung von Rechtsfragen, die Erteilung von Rechtsrat und die Rechtsgestaltung muss im Vordergrund stehen. Bei Tätigkeiten im öffentlichen Dienst muss die regionale Rechtsanwaltskammer intensiv prüfen, ob dies tatsächlich der Fall ist.

10 AGH Hessen, Urt. v. 13.3.2017 – 1 AGH 10/16 = BRAK-Mitt. 2017, 193 – nicht rechtskräftig.

11 AGH Hessen, Urt. v. 3.4.2017 – 2 AGH 10/16.

12 AGH Hessen, Urt. v. 9.4.2018 – 1 AGH 16/17 – nicht rechtskräftig.

13 BayAGH, Urt. v. 9.4.2018 – BayAGH III-4-7/16.

14 BayAGH, Urt. v. 25.9.2017 – BayAGH I-I-12/16 – rechtskräftig.

15 BayAGH, Urt. v. 11.12.2017 – BayAGH III-4-6/17 – nicht rechtskräftig (zugelassene Berufung von der DRV eingelegt – BGH AnwZ (Brfg) 13/18).

16 AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.9.2017 – AGH 22/2017 – nicht rechtskräftig (zugelassene Berufung von der DRV eingelegt – BGH AnwZ (Brfg) 68/17).

17 AGH NRW, Urt. v. 28.4.2017 – 1 AGH 66/16 (Berufung durch den BGH zugelassen, Beschl. v. 29.5.2018 – AnwZ (Brfg) 38/17) und AGH NRW, Urt. v. 16.2.2018 – 1 AGH 12/17 (Antrag auf Zulassung der Berufung durch die RAK eingelegt).

18 AGH NRW, Urt. v. 14.5.2018 – 1 AGH 81/16 – nicht rechtskräftig.

19 AGH Hessen, Urt. v. 9.4.2018 – 1 AGH 16/17.

20 BVerfGE 87, 287 ff. = AnwBl. 1993, 120 = NJW 1993, 317.

Anschaulich dargestellt hat dies der AGH Baden-Württemberg in seinem Urteil zur Arbeitsrechtlerin einer Stadt.²¹ Er schildert genau, wie die beigeordnete Rechtsanwältin als „klassische“ Arbeitsrechtlerin Rechtsfragen rund um die Tätigkeit der Angestellten der Stadt bearbeitet. Die Tätigkeit sei ohne weiteres zu vergleichbar mit der Tätigkeit des Arbeitsrechtlers in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen, an dessen Zulassungsfähigkeit als Syndikusrechtsanwalt bisher die Rechtsprechung²² der Anwaltsgerichtshöfe keinen Zweifel gelassen habe.²³ Warum eine solche anwaltliche Tätigkeit also im öffentlichen Dienst, egal ob unmittelbare oder mittelbare Staatsverwaltung, nicht der Fall sein soll, begründet bisher niemand nachvollziehbar.

Selbstverständlich gibt es Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, die keine anwaltlichen Tätigkeiten darstellen. So ist dies dann der Fall, wenn im Schwerpunkt etwa der Erlass von Rechtsvorschriften, die Vorbereitung von Verwaltungsakten oder die Prüfung und die Einleitung hoheitlicher Maßnahmen die Tätigkeit ausmachen. Dazu gehört zum Beispiel die klassische Eingriffsverwaltung. Hier fehlt es in der Regel schon an der fachlichen Unabhängigkeit bei der anwaltlichen Tätigkeit, die gerade bei hoheitlichen Maßnahmen nicht gegeben ist. Hier kommt – und nur an dieser Stelle – das Argument der „Staatsferne“ von Anwälten zum Tragen. Nach unserem Rechtsverständnis ist der Rechtsanwalt, egal ob niedergelassener Rechtsanwalt oder Syndikusrechtsanwalt, gerade nicht der Vertreter des Staates im hoheitlichen Sinne.²⁴

Zusammenfassend kann also festgehalten werden: Eine Syndikustätigkeit ist im öffentlichen Dienst sehr wohl möglich, wobei das Augenmerk ganz besonders auf die Prägung und fachliche Unabhängigkeit zu richten ist.

III. Syndikustätigkeit und niedergelassene Tätigkeit

Schwierig wird die Frage dann, wenn der im öffentlichen Dienst angestellte Syndikusanwalt auch noch niedergelassen ist und dies bereits der zuständigen Rechtsanwaltskammer angezeigt wurde. Hier muss sauber zwischen beiden Zulassungen getrennt werden, was leider auch bei den Anwaltsgerichtshöfen nicht immer der Fall ist.

Nach der hier vorgestellten Lösung ist die niedergelassene Tätigkeit in der Regel mit der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt für die gleiche Tätigkeit vereinbar.²⁵ Hier wird der BGH genau zu prüfen haben, was Gegenstand des Zulassungsverfahrens als Syndikusrechtsanwalt ist. Kann in diesem Verfahren auch noch einmal über die niedergelassene Tätigkeit entschieden werden? Denn hier kommen Überlegungen des Vertrauensschutzes zum Tragen.

Der Rechtsanwalt, der einen Antrag auf Zulassung als Syndikusrechtsanwalt für die Tätigkeit stellt, bei der die Kammer keine Bedenken geäußert hat, muss doch sicher sein, dass er mit dem Zulassungsantrag nicht seine niedergelassene Tätigkeit gefährdet. Hier könnte allenfalls überlegt werden, ob nach einer rechtskräftigen Zulassung als Syndikusrechtsanwalt unter Umständen die niedergelassene Zulassung zurückgegeben werden muss. Ob dies allerdings mit

Vertrauensschutzüberlegungen in Einklang zu bringen ist, ist zweifelhaft.

Nunmehr liegt es beim BGH, hier Klarheit zu schaffen. In der Zulassungspraxis der regionalen Kammern hat es allerdings in den nunmehr knapp zweieinhalb Jahren des neuen Rechts gegen viele Tätigkeiten im weiteren öffentlichen Dienst keine Bedenken gegeben und die DRV hat auch gegen solche Zulassungen nicht geklagt.

IV. Zusammenfassung

- Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des Syndikusrechtsanwalts dafür ausgesprochen, dass eine solche Tätigkeit bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 46 Abs. 2 BRAO auch im öffentlichen Dienst möglich ist.
- Die Vorschrift des § 7 Nr. 8 BRAO ist nicht anwendbar, weil es sich bei der Syndikustätigkeit nicht um eine anderweitige Tätigkeit handelt.
- Bei einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst ist besonders auf die fachliche Unabhängigkeit und die Prägung zu achten.

²¹ AGH Baden-Württemberg, Ur. v. 22.9.2017 – AGH 22/2017 – nicht rechtskräftig (zugelassene Berufung von der DRV eingelegt – BGH AnwZ (Brfg) 68/17).

²² Anders als zunächst die Deutsche Rentenversicherung Bund.

²³ Siehe nur AGH NRW, Ur. v. 13.2.2017 – 1 AGH 32/16 – bestätigt durch BGH, Beschl. v. 18.4.2018 – AnwZ (Brfg) 20/17.

²⁴ So auch Pohlmann, BRAK-Mitt. 2017, 262.

²⁵ So auch Pohlmann, BRAK-Mitt. 2017, 262 (264).



Martin W. Huff, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der RAK Köln.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.