

## Anwaltsrecht

# Die Bestimmung der „anwaltlichen Prägung“ im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO

Rechtssicherheit durch Rückgriff auf das Tarifrecht – zugleich ein Weg zur Verfassungskonformität\*

Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) und Rechtsreferendar  
Stefan Dalmer, Hannover

Wer nach § 46a BRAO eine Zulassung als Syndikusrechtsanwalt erhalten möchte, muss eine anwaltliche Tätigkeit im Sinne von § 46 Abs. 2 S. 1 BRAO ausüben. Notwendige, wenngleich nicht hinreichende Voraussetzung für eine anwaltliche Tätigkeit ist die „anwaltliche Prägung“ des Arbeitsverhältnisses. In der Zulassungspraxis führt die Feststellung oder die Ablehnung der „anwaltlichen Prägung“ immer wieder zu Schwierigkeiten. Die Autoren sprechen sich – auch vor dem Hintergrund der für Ende 2018 vom Gesetzgeber angeordneten Evaluierung des Syndikusgesetzes von 2016 – dafür aus, dass ein Arbeitsverhältnis ab einem quantitativen Tätigkeitsanteil von „50 Prozent + X“ an anwaltlicher Tätigkeit die notwendige „anwaltliche Prägung“ aufweist. Die im Beitrag geschilderte Problemkonstellation bei der Bestimmung der „anwaltlichen Prägung“ kann gelöst werden, wenn die bei der Eingruppierung im Tarifrecht bewährte Verfahrensweise übertragen wird. Diese Lösung kommt zu Ergebnissen, die auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können.

## I. Einführung

Seit dem Jahr 2016 gilt das Gesetz zur Neuordnung der Syndikusanwälte.<sup>1</sup> Unternehmensjuristen können nun gemäß § 46a Abs. 1 BRAO die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beantragen. Die neu geschaffenen Normen stehen in einem sozialversicherungsrechtlichen Kontext. Für die betroffenen Juristen ist die Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft insbesondere hinsichtlich der Frage von Bedeutung, in welchem Versorgungswerk sie ihre Anwaltschaften aufbauen. (Syndikus-) Rechtsanwälte können Mitglied in einem Rechtsanwaltsversorgungswerk sein. Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB VI können sie sich dann auf Antrag von der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) befreien lassen.<sup>2</sup> Über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft entscheiden die zuständigen Rechtsanwaltskammern gemäß § 46a Abs. 2 S. 1 BRAO nach Anhörung der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV). Hinsichtlich der Zulassungsentscheidung ist den Antragstellern oder der DRV gemäß §§ 46a Abs. 2 S. 3, 112 Abs. 1 BRAO der Rechtsweg zu den Anwaltsgerichtshöfen eröffnet.

Für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt ist neben der Erfüllung allgemeiner Zulassungsvoraussetzungen gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 BRAO als wesentliches Element erforderlich, dass die Antragsteller anwaltlich tätig sind.<sup>3</sup> Die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt erfolgt insoweit tätigkeitsbezogen.<sup>4</sup> § 46 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 BRAO setzt für die anwaltliche Tätigkeit unter anderem voraus, dass das Arbeitsverhältnis der

Antragsteller durch folgende vier Merkmale anwaltlicher Tätigkeit, die in Kumulation vorliegen müssen, „anwaltlich geprägt“ ist:

- die Prüfung von Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung des Sachverhalts, sowie das Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten,
- die Erteilung von Rechtsrat,
- die Ausrichtung der Tätigkeit auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen oder auf die Verwirklichung von Rechten und schließlich
- die Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten.<sup>5</sup>

Da Syndici aufgrund der vielfältigen Aufgabenbereiche häufig nicht ausschließlich die genannten anwaltlichen Tätigkeiten verrichten, ist problematisch, in welchem zeitlichen Umfang nicht-anwaltliche Tätigkeiten noch ausgeübt werden dürfen, ohne einer Tätigkeit die anwaltliche Prägung abzuspreehen. Zudem ist fraglich, wie sich das Erreichen dieser zeitlichen Grenze rechtssicher ermitteln lässt. Nach hier vertretener Auffassung folgt der erforderliche zeitliche Umfang an anwaltlicher Tätigkeit aus der Auslegung des Begriffes „prägen“. Um zu berechnen, ob die durch diese Auslegung ermittelte zeitliche Grenze erreicht ist, kann auf Grundsätze der tariflichen Eingruppierung zurückgegriffen werden, wie sie beispielsweise in §§ 12f. TV-L enthalten sind. Denn auch bei der Eingruppierung im Tarifrecht erfolgt die Einordnung der Tätigkeit von Arbeitnehmern in ein kollektives Entgeltschema tätigkeitsbezogen anhand bestimmter generell beschriebener Merkmale.<sup>6</sup> Zudem handelt es sich um Normanwendung. Aus der zwar im Einzelfall umstrittenen,<sup>7</sup> aber gleichwohl etablierten Vorgehensweise bei der Eingruppierung können deshalb Erkenntnisse für die Zwecke des § 46 BRAO gewonnen werden.

Nachfolgend wird zunächst dargelegt, dass für die Erfüllung des Merkmals der anwaltlichen „Prägung“ im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO „50 Prozent + X“ anwaltlicher Tätigkeit erforderlich sind (unter II.). Sodann werden Problemkonstellationen aufgezeigt, die bei der für die Berechnung der Quote erforderlichen Unterscheidung von anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Tätigkeiten auftreten können (unter III.). Es folgt ein Vorschlag zur Lösung dieser Probleme durch die Übertragung der eingruppierungsrechtlichen Grundsätze, der anschließend anhand eines praktischen Beispiels erläutert wird (unter IV.). Schließlich erfolgt eine kurze Überprüfung dieses Vorschlages vor dem Hintergrund höherrangiger Grundrechte (unter V.).

\* Die Autoren danken Akad. Rat Dr. Christian Deckenbrock für wertvolle Hinweise.

1 BGBl. I S. 2517 ff.

2 Die Befreiung kann gem. § 231 Abs. 4 b SGB VI auf Antrag bis zum Beschäftigungsbeginn Rückwirkung entfalten, s.a. BSG, Beschl. v. 22.3.2018 – Az. B 5 RE 12/17 B, NJW 2018, 1997 ff. m. Anm. Horn, ebda.

3 Zusammenfassend Kilger/Offermann-Burckart/Schafhausen/Schuster, Das neue Syndikusrecht, 2016, § 2, Rn. 6 ff.

4 BT-Drs. 18/5201, S. 20.

5 Kritisch zur „Kumulation“ Römermann/Günther, NZA 2016, 71 ff.

6 BAG, Beschl. v. 11.9.2013 – Az. 7 ABR 29/12 = DB 2014, 371 f.; BAG, Beschl. v. 6.8.2002 – Az. 1 ABR 49/01 = BAGE 102, 135 ff.

7 Preis, Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl., 2017, § 92, Rn. 378.

## II. Quantitativer Umfang der anwaltlichen Tätigkeit

Der Begriff „prägen“ ist auslegungsbedürftig. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll er zum Ausdruck bringen, dass der Schwerpunkt der im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ausgeübten Tätigkeiten und der bestehenden vertraglichen Leistungspflichten im anwaltlichen Bereich liegt.<sup>8</sup> Umgekehrt soll anwaltliche Tätigkeit nicht bereits dann ausgeschlossen sein, wenn im Rahmen des Arbeitsverhältnisses in geringem Umfang andere Aufgaben wahrgenommen werden.<sup>9</sup> Um die demnach erforderliche Schwerpunktprüfung vornehmen zu können, ist die anwaltliche Tätigkeit der nicht-anwaltlichen Tätigkeit innerhalb des Arbeitsverhältnisses gegenüber zu stellen.

Wie hoch der Anteil anwaltlicher Tätigkeiten hierbei mindestens sein muss, ist umstritten. Einheitliche, insbesondere durch bundesgerichtliche Rechtsprechung festgelegte Richtwerte, in welchem zeitlichen Umfang anwaltliche Tätigkeiten im Verhältnis zu nicht-anwaltlichen Tätigkeiten ausgeübt werden müssen, um die anwaltliche Prägung des Arbeitsverhältnisses zu bejahen, existieren nicht.<sup>10</sup> Die DRV<sup>11</sup> und Teile der Literatur<sup>12</sup> nehmen eine Negativabgrenzung vor. Danach seien andere als anwaltliche Tätigkeiten in einem nicht unerheblichen Umfang erlaubt, solange sie jedenfalls die anwaltliche Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts nicht überwiegen würden. Erforderlich sind nach dieser Ansicht demnach mindestens 50 Prozent anwaltlicher Tätigkeit oder mehr. Andere Stimmen sprechen sich für einen höheren Anteil anwaltlicher Tätigkeit aus.<sup>13</sup> Nach hier vertretener Auffassung sind mindestens „50 Prozent + X“, mithin mehr als 50 Prozent anwaltlicher Tätigkeit erforderlich.<sup>14</sup> Dieses Ergebnis folgt aus einer Auslegung des Begriffs der „Prägung“.

### 1. Wortverständnis von „prägen“

Das Verb „prägen“ bringt dem allgemeinen Wortverständnis nach zum Ausdruck, dass das oder die prägenden Merkmale das Hauptcharakteristikum von jemandem oder etwas ausmachen.<sup>15</sup> Dieses allgemeine Wortverständnis bietet jedoch nicht zwangsläufig Anhaltspunkte für die Bestimmung eines bestimmten Mindestanteils anwaltlicher Tätigkeit, bei dessen Erreichen eine anwaltliche Prägung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.<sup>16</sup> So ist wohl nach allgemeinem Verständnis das Hauptcharakteristikum bei der Tätigkeit eines Anwalts auch dann die anwaltliche Tätigkeit, wenn er den überwiegenden Teil seiner Arbeitszeit für kanzleiorganisatorische Tätigkeiten, mithin für nicht-anwaltliche Tätigkeiten (im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO), aufwendet. Demnach lässt die Auslegung des Begriffs der Prägung anhand des natürlichen Wortverständnisses eine große Bandbreite an Verständnismöglichkeiten zu.

Legt man demgegenüber ein „technisch-juristisches“ Verständnis des Begriffs der „Prägung“ zugrunde,<sup>17</sup> bietet sich insbesondere ein Rückgriff auf dessen Verwendung im sozialversicherungsrechtlichen Kontext an, da auch die Neuausrichtung des Begriffs „Syndikusrechtsanwalt“ sozialversicherungsrechtlich motiviert war.<sup>18</sup> Im Rahmen von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV findet der Begriff „prägen“ regelmäßig Anwendung, wenn es darum geht, zu bestimmen, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Die Abgrenzung erfolgt anhand des Gesamtbildes der Tätigkeit und den sie „prägenden“ tatsächlichen Gegebenheiten. Entscheidend ist, ob die Merkmale selbstständiger Tätigkeit oder die eines Beschäftigungsverhältnisses überwie-

gen.<sup>19</sup> Dasselbe Wortverständnis erfährt der Begriff der Prägung regelmäßig bei der Definition künstlerischer Tätigkeit im Sinne von § 2 S. 1 KSVG. Übt ein Künstler sowohl künstlerische als auch nicht-künstlerische Tätigkeiten aus, ist er als Künstler im Sinne von § 2 S. 1 KSVG anzusehen, wenn seine Tätigkeit insgesamt künstlerisch geprägt ist. Dies ist der Fall, wenn der überwiegende Tätigkeitsanteil künstlerisch ist, mithin den Schwerpunkt bildet.<sup>20</sup> Ausgehend von diesem Wortverständnis liegt eine anwaltliche Prägung im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO dann vor, wenn die anwaltliche Tätigkeit die nicht-anwaltliche Tätigkeit überwiegt. Erforderlich sind somit mindestens „50 + X Prozent“ anwaltlicher Tätigkeit.

### 2. Gesetzesgenese

Aus der Gesetzesgenese, insbesondere aus der Tatsache, dass im Referentenentwurf zum neu geschaffenen § 46 BRAO für die Erfüllung des Merkmals der anwaltlichen Prägung eine 50-Prozent-Grenze vorgesehen war, diese aber gestrichen worden ist, lassen sich keine zwingenden Rückschlüsse darauf ziehen, ob die Streichung eher auf eine strengere oder mildere Grenze hindeutet.<sup>21</sup>

### 3. Systematische Erwägungen

Auch ohne ausdrücklich auf das Wort der „Prägung“ abzustellen, wird sowohl im Kontext des Befreiungsrechts als auch außerhalb dessen regelmäßig nach den überwiegend vorliegenden Zuordnungskriterien, mithin unter Bezugnahme auf die „50 Prozent + X“-Grenze, abgegrenzt. Neben den bereits genannten Fällen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV oder des § 2 S. 1 KSVG übt beispielsweise ein Architekt eine nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI zur Befreiung von der GRV berechtigte Tätigkeit aus, wenn er über die Hälfte seiner Arbeitszeit für

8 BT-Drs. 18/5201, S. 19, 29.

9 BT-Drs. 18/5201, S. 19, 29; BGH, Beschl. v. 18.4.2018 – AnwZ (Brgf) 20/17 = AnwBl 2018, 418 (Ls.) sieht bspw. nicht-anwaltliche Tätigkeiten im Umfang von ca. zehn Prozent als unschädlich an, nennt jedoch keine Prozentgrenze.

10 BayAGH v. 23.4.2018 – Az. 1-5-8/17 (zitiert nach Juris): keine Prägung bei 30 Prozent anwaltlicher Tätigkeiten; AGH Hamm v. 22.2.2018 – Az. 1 AGH 83/16 = NJW-RR 2018, 829, 831: „Prägung“ erfordere „mehr als nur die knappe Überschreitung der Hälfte“; AGH Stuttgart v. 23.6.2017 – Az. AGH 1/2017 II = BeckRS 2017, 140319: mehr als 50 Prozent; ebenso: AGH NRW v. 13.2.2017 – Az. 1 AGH 32/16 = BeckRS 2017, 107461; AGH NRW v. 10.11.2017 – 1 AGH 97/16 = BeckRS 2017, 145714; AGH Hamm v. 6.6.2017 – Az. 1 AGH 65/16 = BeckRS 2017, 114850.

11 „Syndikusrechtsanwälte – Informationen zum Befreiungsrecht“, www.deutsche-rentenversicherung.de (zuletzt abgerufen am 11.8.2018).

12 Hartung/Scharmer BORA/FAO, 6. Aufl., 2016, § 46 BRAO, Rn. 26; Huff, ZAP 2016, 235 (242).

13 Bspw. Wolf, BRAK 2016, 9 (12): mindestens 75 Prozent anwaltliche Tätigkeit.

14 Ebenso, freilich ohne nähere Begründung AGH Stuttgart v. 23.6.2017 – Az. AGH 1/2017 II = BeckRS 2017, 140319; AGH NRW v. 13.2.2017 – Az. 1 AGH 32/16 = BeckRS 2017, 107461; AGH Hamm v. 6.6.2017 – Az. 1 AGH 65/16 = BeckRS 2017, 114850.

15 Vgl. Duden, Die deutsche Sprache Bd. 2, 2014, S. 1565.

16 AGH Hamm v. 22.2.2018 – Az. 1 AGH 83/16 = NJW-RR 2018, 829, 831, der ausführt, dass der Wortlaut „prägen“ dafür sprechen könne, dass mehr als nur die Hälfte oder die knappe Überschreitung der Hälfte notwendig sei, ohne sich jedoch festzulegen.

17 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010, S. 139.

18 BT-Drs. 18/5201, S. 15 ff.

19 BSG, Urt. v. 31.3.2017 – Az. B 12 R 7/15 R = DStR 2017, 2500 (2501 f. m.w.N.); BSG, Urt. v. 22.2.1996 – Az. 12 RK 6 – 95 = BSGE 78, 34; Seewald in: KassKomm SozialversicherungsR, 97. EL., 2017, § 7, Rn. 82; Voelzke in: Küttner, Personalbuch, 24. Aufl., 2017, C. 2., Rn. 68; s.a. BSG, Urt. v. 29.8.2012 – Az. B 12 KR 25/10 R = BSGE 111, 257 (mwN), unter Bezugnahme auf vorgenannte Rspr. auf das Kriterium des „Überwiegens“ abstellend ohne ausdrücklich das Wort „prägen“ zu verwenden.

20 BSG, Urt. v. 7.12.2006 – Az. B 3 KR 11/06 R = SozR 4-5425 § 2 Nr. 10; BSG, Urt. v. 16.4.1998 – Az. B 3 KR 7/97 R = BSGE 82, 107; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.2.2012 – Az. L 9 KR 69/09 = BeckRS 2012, 68921, Publizisten i.S.v. § 2 S. 2 KSVG betreffend; Mittelmann, DStR 2014, 2301 (2304).

21 BT-Drs. 18/5201, S. 15 ff.; vgl. hierzu Kilger/Offermann-Burckart/Schafhausen/Schuster, Das neue Syndikusrecht, § 2, Rn. 40, die ausführt, dass hierbei Rückschlüsse sowohl in die eine als auch in die andere Richtung gezogen worden sind.

berufsspezifische Tätigkeiten aufwendet.<sup>22</sup> Die Ausübung anderer Tätigkeiten ist hierbei unschädlich. Das Überwiegenskriterium findet sich auch im TVG wieder. In § 12a Abs. 1 Nr. 1a) TVG sieht das Gesetz eine entsprechende Geltung des TVG für arbeitnehmerähnliche Personen vor, wenn diese einem Arbeitnehmer vergleichbar wirtschaftlich abhängig und sozial schutzbedürftig sind.<sup>23</sup> Von einer vergleichbaren wirtschaftlichen Abhängigkeit ist nach § 12a Abs. 1 Nr. 1a) TVG dann auszugehen, wenn die arbeitnehmerähnliche Person „überwiegend“, das heißt mehr als die Hälfte der persönlichen Arbeitszeit, nur für eine Person tätig sind.<sup>24</sup>

#### 4. Normzweck

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Schaffung des Gesetzes zur Neuordnung der Syndikusrechtsanwälte das Ziel, den „status quo“<sup>25</sup> zu erhalten beziehungsweise wiederherzustellen, um die bisher bestehende Zulassungspraxis konsistent fortführen zu können. Eine Ausweitung des nach § 6 SGB VI befreiungsberechtigten Personenkreises sollte verhindert werden.<sup>26</sup> Zur Wahrung der „Friedensgrenze“<sup>27</sup> des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI fand die „Vier-Kriterien-Theorie“ unter den beteiligten Akteuren weitestgehend Akzeptanz.<sup>28</sup> Eine anwaltliche Tätigkeit musste danach rechtsberatende, rechtsentscheidende, rechtsgestaltende und rechtsvermittelnde Elemente enthalten.

§ 46 Abs. 3 BRAO knüpft nunmehr mit seinen Tätigkeitsmerkmalen an die Vier-Kriterien-Theorie an.<sup>29</sup> In dieser war das Erfordernis des Geprägtseins jedoch nicht explizit enthalten. Insoweit sind hinsichtlich des Kriteriums der Prägung Rückschlüsse von der alten „Vier-Kriterien-Theorie“ auf die neue Rechtslage nur bedingt möglich. Es kann jedoch angenommen werden, dass das Merkmal der Prägung nicht zu streng ausgelegt werden sollte, da bereits die bloße Existenz des Merkmals der Prägung gegenüber der alten Zulassungspraxis eine Erschwernis darstellt. Eine solche hat der Gesetzgeber jedoch gerade nicht intendiert.

#### 5. Zwischenergebnis

Die Auslegung des Begriffes „prägen“ im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO führt nach hier vertretener Auffassung zu dem Ergebnis, dass von einer anwaltlichen Prägung der Tätigkeit auszugehen ist, wenn die anwaltlichen Tätigkeiten die nicht-anwaltlichen Tätigkeiten überwiegen. Erforderlich sind demnach mindestens „50 + X Prozent“ anwaltlicher Tätigkeit. Hierfür spricht insbesondere das Wortverständnis des Begriffes der Prägung sowie dessen einheitliche Verwendung im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, in welchen auch § 46 BRAO einzuordnen ist. Auch im Übrigen erfolgt eine Schwerpunktbestimmung regelmäßig nach den „überwiegenden“ Kriterien, beispielsweise bei § 12 Abs. 1 Nr. 1a) TVG. Insoweit fügt sich das Verständnis der anwaltlichen Prägung im Sinne von „überwiegend anwaltlicher Tätigkeit“ in ein kohärentes System ein. Diesem Verständnis stehen teleologische oder geschichtshistorische Erwägungen nicht entgegen.

### III. Probleme bei der Bestimmung der anwaltlichen Prägung

#### 1. Tätigkeitsbeschreibung als Ausgangspunkt für die Entscheidung

Ausgangspunkt für die Bestimmung, ob die erforderliche anwaltliche Prägung vorliegt, ist die von den Antragstellern vorzulegende Beschreibung ihrer Tätigkeit. Die DRV und die

Rechtsanwaltskammern sollen anhand der vorgelegten Tätigkeitsbeschreibung insbesondere prüfen können, ob die vier Merkmale des § 46 Abs. 3 BRAO sowie das Kriterium der anwaltlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses erfüllt sind. Die RAK Düsseldorf beispielsweise fordert dementsprechend, dass die ausgeübte Tätigkeit in den Einzelheiten konkret, individualisiert und in den einzelnen Aufgaben und Tätigkeitsfeldern so umfassend beschrieben ist, dass sowohl die Kammer als auch die Rentenversicherung sich ein präzises Bild von der Tätigkeit verschaffen können.<sup>30</sup>

#### 2. Quantifizierung der Tätigkeiten

Um prüfen zu können, wieviel Arbeitszeit die Antragsteller anteilig für anwaltliche und für nicht-anwaltliche Tätigkeit aufwenden, werden die vorgelegten Tätigkeitsbeschreibungen auch immer eine zeitliche Bezifferung der ausgeübten Tätigkeiten enthalten müssen – jedenfalls dann, wenn die Arbeit aus mehr als einem einzigen Tätigkeitsbereich besteht. Auch wenn der Antragsteller davon ausgeht, dass alle von ihm ausgeübten Tätigkeitsbereiche ein oder mehrere Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO erfüllen, sollte gleichwohl eine zeitliche Bezifferung der Tätigkeitsbereiche erfolgen. Schließlich prüfen die Rechtsanwaltskammern und die DRV unabhängig vom Antragsteller, ob die geschilderten Tätigkeiten unter die Kriterien anwaltlicher Tätigkeit subsumierbar sind. Kommen sie zu einem negativen Befund, wird die zeitliche Komponente für die Gegenüberstellung von anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit relevant.

#### 3. Tätigkeitsbereiche

Wenn die Antragsteller in ihrer Position verschiedene Tätigkeitsbereiche ausfüllen, müssen diese in der Tätigkeitsbeschreibung dargestellt werden. Die Tätigkeitsbereiche als solche können wiederum aus verschiedenen anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Aufgaben bestehen, die sich jedoch zusammengenommen als einheitlicher Tätigkeitsbereich darstellen. Die Berechnung, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit im anwaltlichen Bereich liegt, erfolgt durch eine Gegenüberstellung der verschiedenen Tätigkeitsbereiche. Demgegenüber sollten die in den Tätigkeitsbereichen enthaltenen verschiedenen Aufgaben nach hier vertretener Auffassung nicht einzeln in die Berechnung eingestellt werden, da eine zeitliche Bezifferung jeder einzelnen Kleinsttätigkeit nicht zu leisten ist. Die Bildung der verschiedenen Tätigkeitsbereiche stellt demnach eine zentrale Weichenstellung für die Berechnung dar. Sie kann sich unmittelbar auf das Verhältnis von anwaltlicher zu nicht-anwaltlicher Tätigkeit auswirken.

22 SG Karlsruhe, Urt. v. 25.2.2015 – S 13 R 857/14 = BeckRS 2015, 71731.

23 ErfK/Franzen, 18. Aufl., 2018, § 12a TVG, Rn. 4.

24 Däubler TVG/Reinecke/Rachor, 4. Aufl., 2016, § 12a TVG, Rn. 46; HWK/Henssler, 8. Aufl. 2018, § 12a TVG, Rn. 11.

25 Gemeint ist der Zustand vor der im Jahr 2014 ergangenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, die Anlass zu der gesetzlichen Neuregelung gegeben hat: BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 = BSGE 115, 267; BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 9/14 R = WuB 2015, 90 ff. und BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 3/14 R = SGB 2014, 653 m. Anm. Rolfs (alle drei Urteile betreffend).

26 BT-Drs. 18/5201, S. 47.

27 BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 = SGB 2014, 653 m. Anm. Rolfs; s.a. Preis/Temming, SGB 2006, 385 (388).

28 Zur Vier-Kriterien-Theorie: Kilger/Prossliner, NJW 2006, 3108 (3111); Horn, NJW 2012, 966 (971), der auf die uneinheitliche Zulassungspraxis hinweist.

29 BT-Drs. 18/5201, S. 26.

30 Merkblatt für einen Antrag auf Zulassung als Syndikusrechtsanwalt – verfügbar unter: [www.rak-dus.de/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/06/Merkblatt-Syndikus-rechtsanwalt.pdf](http://www.rak-dus.de/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/06/Merkblatt-Syndikus-rechtsanwalt.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2018).

Damit stellt sich die Frage, wie feingliedrig die Aufschlüsselung der Tätigkeiten erfolgen soll. Ein Tätigkeitsbereich, der im Kern anwaltlicher Natur ist, wird regelmäßig auch Elemente enthalten, die keines der vier Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO erfüllen.<sup>31</sup> Hat etwa ein Antragsteller eine leitende Position in einer Rechts- oder Personalabteilung eines Unternehmens inne, wird er auch Führungsaufgaben wahrnehmen. Diese können einerseits fachlicher (= juristischer) Natur sein, sodass regelmäßig ein oder mehrere Kriterien anwaltlicher Tätigkeit zu bejahen sein werden. Andererseits können sie auch nichtfachlicher Art sein, sodass insoweit die Kriterien anwaltlicher Tätigkeit nicht erfüllt werden.

Gibt der Antragsteller in seiner Tätigkeitsbeschreibung nun unter der Bestimmung eines Zeitanteils an, ein von ihm ausgeübter Tätigkeitsbereich liege in der „Mitarbeiterführung“, so könnten die RAK und die DRV versucht sein, dem Antragsteller vorzuwerfen, dass diese Angabe zu grob sei. Dies ließe sich damit begründen, dass die nicht-anwaltliche Tätigkeit, nämlich die außerfachliche Mitarbeiterführung, bei dieser Tätigkeitsbeschreibung unberücksichtigt bliebe, weil der Tätigkeitsbereich „Mitarbeiterführung“ aufgrund der fachlichen Führungsaufgaben als Gesamtheit unter die Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO subsumierbar sei. Deswegen könnten, um sowohl die anwaltliche als auch die nicht-anwaltliche Tätigkeit in der Tätigkeitsbeschreibung vollständig abzubilden, die fachliche und die außerfachliche Führung als zwei eigenständige Tätigkeitsbereiche darzustellen sein. Andererseits enthält auch ein originär anwaltlicher Tätigkeitsbereich (z.B. „Prozessführung“) immer Elemente nicht-anwaltlicher Tätigkeit (z.B. das Formatieren und Ausdrucken der Schriftsätze). Hier würde niemand bezweifeln, dass der Tätigkeitsbereich „Prozessführung“ in der Tätigkeitsbeschreibung nicht weiter untergliedert werden muss (beispielsweise in „Prozessführung“ und „formale Tätigkeiten“), da der Tätigkeitsbereich „Prozessführung“, bestehend aus allen seinen Unterelementen, eine Sinneinheit bildet.

#### 4. Folge: Unsicherheit in der Praxis

In der Praxis werden Antragsteller häufig daran interessiert sein, von ihnen ausgeübte nicht-anwaltlichen Tätigkeitsbereiche in der Tätigkeitsbeschreibung übergeordneten anwaltlichen Tätigkeitsbereichen zuzuordnen, sodass nur dieser übergeordnete Tätigkeitsbereich in die Schwerpunktberechnung einbezogen wird. Die Rechtsanwaltskammern und die DRV sollten deshalb auf eine sinnvolle Aufschlüsselung der eingereichten Tätigkeitsbeschreibungen hinwirken. Demgegenüber sollten Antragsteller darauf achten, dass die Rechtsanwaltskammern und/oder die DRV nicht-anwaltliche Tätigkeitselemente nicht aus einem einheitlichen Tätigkeitsbereich herausreißen und einen neuen nicht-anwaltlichen Tätigkeitsbereich bilden, um diesen bei der Gegenüberstellung von anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit zu Lasten der Antragsteller in Ansatz zu bringen. Es bestehen bislang keine gesetzlichen oder gerichtlich überprüften Vorgaben dafür, wie die Tätigkeitsbereiche in der Tätigkeitsbeschreibung aufgeschlüsselt werden sollen. Hinweise können indes im Verfahren zur Eingruppierung im Tarifrecht gefunden werden.

#### IV. Verfahren bei der Eingruppierung im Tarifrecht und Übertragbarkeit auf § 46 BRAO

Bei der tarifrechtlichen Eingruppierung erfolgt die Zuordnung von Arbeitnehmern in eine bestimmte Gehaltsgruppe anhand bestimmter generell beschriebener Merkmale der Tätigkeit; aber auch Lebensalter, Dauer der Berufstätigkeit oder Betriebszugehörigkeit sind zu berücksichtigen.<sup>32</sup> Die Zuordnung erfolgt, wenn die ausgeübte Tätigkeit die tariflichen Merkmale erfüllt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungsgruppe erfüllen.<sup>33</sup> Es können aber auch andere zeitliche Maßstäbe festgelegt werden.<sup>34</sup> In der Praxis erfolgt die Eingruppierung im Wesentlichen in vier Schritten<sup>35</sup>:

- Anhand des Aufgabenkreises sind „Arbeitsvorgänge“ zu bestimmen.
- Diese sind sodann im Hinblick auf die Erfüllung der tariflichen Merkmale zu bewerten.
- Danach sind die Arbeitsvorgänge, die die Voraussetzungen einer bestimmten Entgeltgruppe erfüllen, mit ihren zeitlichen Anteilen zu bestimmen.
- In einer abschließenden Gesamtbetrachtung ist schließlich zu prüfen, ob die Arbeitsvorgänge, die die Tätigkeitsmerkmale der Vergütungsgruppe erfüllen, zusammengenommen zeitlich mindestens die Hälfte der Gesamtarbeitszeit ausmachen.

Diese Verfahrensweise kann für die Zwecke des § 46 BRAO nutzbar gemacht werden. Spiegelt man sie auf das Vorgehen bei der Bestimmung der anwaltlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses, bilden die für die Eingruppierung maßgeblichen „Arbeitsvorgänge“ die „Tätigkeitsbereiche“ der Syndici ab. Wo die Arbeitsvorgänge im Hinblick auf die Erfüllung der tariflichen Merkmale zu bewerten sind, werden die Tätigkeitsbereiche der Syndici auf die Erfüllung der Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO hin überprüft. Sowohl Arbeitsvorgänge als auch Tätigkeitsbereiche, die die jeweiligen Kriterien erfüllen, sind zeitlich zu gewichten und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf das Erreichen der jeweils maßgeblichen Zeitgrenzen hin zu überprüfen.

#### 1. Bestimmung von Arbeitsvorgängen anhand von Arbeitsergebnissen

Arbeitsvorgänge sind Arbeitsleistungen (einschließlich Zusammenhangsarbeiten), die – bezogen auf den Aufgabenbereich des Beschäftigten – zu einem bei natürlicher Betrachtung abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen.<sup>36</sup> Die Bestimmung von Arbeitsvorgängen orientiert sich mithin am jeweiligen Arbeitsergebnis, wobei gleichartige und wiederkehrende Arbeitsvorgänge zu einem Arbeitsvorgang zusammengefasst

<sup>31</sup> Siehe bereits *Huff*, ZAP 2016, 235 (242).

<sup>32</sup> *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 2431; *Thüsing* in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl., 2018, § 99 BetrVG, Rn. 67; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsemaier*, HK BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 99 BetrVG, Rn. 79 a.

<sup>33</sup> Vgl. bspw. § 22 Abs. 2 S. 2 BAT, dem viele Vergütungsordnungen nachgebildet sind; § 12 TV-L Abs. 1 S. 4; § 12 Abs. 2 S. 2 TVöD; ähnlich in tariflichen Vergütungsordnungen der Privatwirtschaft, vgl. *Treber* in: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 17. Aufl., 2017, § 64, Rn. 84; *Däubler TVG/Deinert*, § 4 TVG, Rn. 382.

<sup>34</sup> *Däubler TVG/Deinert*, § 4 TVG, Rn. 382.

<sup>35</sup> Ausführlich: *Däubler TVG/Deinert*, § 4 TVG, Rn. 349 ff.; *HWK/Hennsler*, § 1 TVG, Rn. 117 ff.; *Treber* in: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 64, Rn. 41 ff.

<sup>36</sup> BAG, Ur. v. 21.3.2012 – Az. 4 AZR 292/10 = NZA-RR 2012, 604 (605 f.); vgl. Satz 1 der Protokollerklärung zu § 12 Abs. 1 TV-L; Protokollerklärung Nr. 1 zu § 22 Abs. 2 BAT.

werden können.<sup>37</sup> Da die Gesamtbewertung des Arbeitsplatzes anhand der gebildeten Arbeitsvorgänge erfolgt, kommt ihrer korrekten Bildung maßgeblicher Einfluss zu.<sup>38</sup>

Auch die Tätigkeit der Syndici ließe sich anhand der jeweils erzielten Arbeitsergebnisse bezogen auf den Aufgabenbereich in verschiedene Tätigkeitsbereiche unterteilen. Insofern liegt ein taugliches Abgrenzungskriterium vor, das sich bereits in der tariflichen Eingruppierung bewährt hat. Die Gerichte könnten sich an der umfangreichen Rechtsprechung des BAG zur Bildung von Arbeitsvorgängen<sup>39</sup> orientieren.

## 2. Aufspaltungsverbot

Bei der Bildung von Arbeitsvorgängen ist weiterhin das sog. Aufspaltungsverbot zu berücksichtigen. Danach ist es tariflich unzulässig, untrennbar miteinander verbundene Tätigkeiten aufzuspalten und getrennt voneinander zu bewerten.<sup>40</sup>

Auch das Aufspaltungsverbot sollte bei der Bildung der Tätigkeitsbereiche berücksichtigt werden. Im oben genannten Beispiel des prozessführenden Syndikus darf die Tätigkeit „Prozessführung“ unter Berücksichtigung des Aufspaltungsverbotes nicht deshalb in mehrere Tätigkeiten aufgespalten werden, weil die Prozessführung auch formale und damit nicht-juristische Aufgaben erfüllt.

Wenn auch nicht ausdrücklich so scheint auch das BSG in Teilen bereits Arbeitsvorgänge zu bilden und hierbei das Aufspaltungsverbot zu beachten. So ist zwar die kreative Entwicklung eines Tattoo-Motivs eine künstlerische Tätigkeit im Sinne von § 2 KSVG. Dient dieser kreative erste Arbeitsschritt jedoch nur als Vorarbeit zum handwerklichen zweiten Arbeitsschritt des Tätowierens, der keine künstlerische Tätigkeit, sondern eine kunsthandwerkliche Tätigkeit darstellt, ist insgesamt keine künstlerische Tätigkeit anzunehmen.<sup>41</sup> Insofern bildet das BSG einen einheitlichen Tätigkeitsbereich anhand des Arbeitsergebnisses (= fertiges Tattoo). Eine Aufspaltung in zwei verschiedene Tätigkeiten unterbleibt. Die Gesamttätigkeit beurteilt das BSG nach dem Schwerpunkt der Tätigkeit, der auf dem Anbringen des Tattoos liegt, da die Kundschaft schließlich auch das Entgelt hierfür entrichtet.

## 3. Rechtserheblicher (Mindest-)Umfang

Bei der tarifrechtlichen Bewertung von Arbeitsvorgängen ist es in Fällen, in denen bestimmte tarifliche Tätigkeitsmerkmale an einen festgelegten zeitlichen Umfang gekoppelt sind,<sup>42</sup> nach Auffassung der Rechtsprechung für die Eingruppierung nicht erforderlich, dass dieses zeitliche Maß bezogen auf die Gesamtarbeitszeit vorliegen muss.<sup>43</sup> Vielmehr muss das Tätigkeitsmerkmal lediglich im Hinblick auf die jeweiligen Arbeitsvorgänge in einem „rechtserheblichen Umfang“ erfüllt werden. Sodann wird der gesamte Arbeitsvorgang im Verhältnis zur gesamten Arbeitszeit auf die Erfüllung des zeitlichen Umfangs hin überprüft. Dies bedeutet, dass, sofern selbstständige Leistungen zu einem Drittel gefordert werden, dieses Erfordernis bereits dann erfüllt sein kann, wenn der jeweilige Arbeitsvorgang, in dem selbstständige Leistungen erbracht werden, mindestens ein Drittel aller Arbeitsvorgänge ausmacht. Dies gilt auch dann, wenn innerhalb des Arbeitsvorganges selbstständige Leistungen in einem deutlich geringeren Umfang erbracht werden (z.B. 13 Prozent<sup>44</sup>), solange dieser Anteil noch einen „rechtserheblichen Umfang“ ausmacht. Diese Vorgehensweise kann damit gerechtfertigt werden, dass die erhöhte fachliche Qualifikation während des gesamten Arbeitsvorgangs vorgehalten werden muss.<sup>45</sup> Außerdem haben die Tarifvertragsparteien die maßgeblichen quali-

fizierenden Merkmale im Tarifvertrag nicht auf die Arbeitszeit, sondern auf den Arbeitsvorgang bezogen. Hätten die Tarifvertragsparteien die Arbeitszeit zum Bezugspunkt von Qualitätsmerkmalen machen wollen, so hätten sie das in der Tarifvereinbarung zum Ausdruck bringen müssen.<sup>46</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf die „anwaltschaftliche Prägung“, ist zunächst festzustellen, dass die Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO keinen zeitlichen Umfang erfordern. Dies würde bedeuten, dass ein Tätigkeitsbereich ein Merkmal des § 46 Abs. 3 BRAO erfüllen kann, wenn dieses in einem geringen, aber zumindest rechtserheblichen Umfang ausgeführt wird. Dies wäre für die Antragsteller günstig. Im Ergebnis dürfte eine Übertragung der Grundsätze jedoch abzulehnen sein. Zwar müssen die jeweiligen Fähigkeiten, die die Erfüllung der Merkmale des § 46 Abs. 3 BRAO ermöglichen, möglicherweise im Rahmen des gesamten Tätigkeitsbereiches zumindest ständig abrufbar sein. Allerdings dürfte der Gesetzgeber bei § 46 Abs. 3 BRAO im Gegensatz zu den tarifvertraglichen Regelungen nicht die Tätigkeitsbereiche, sondern die Arbeitszeit als Bezugspunkt für die Berechnung der anwaltschaftlichen Prägung gewählt haben. Die Übertragung der eingruppierungsrechtlichen Grundsätze ist aus diesen Gründen sachlich nicht angezeigt. Vielmehr kann es für die Erfüllung der Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO erforderlich sein, dass ihnen im Rahmen des jeweiligen Tätigkeitsbereiches ein Gewicht zukommen muss, das über den im Tarifrecht erforderlichen „rechtserheblichen Umfang“ hinausgeht.

## 4. Praxistest

Das gefundene Ergebnis soll anhand des nachfolgenden Beispiels veranschaulicht werden: Ein in einer Rechtsabteilung eines Industrieunternehmens tätiger Jurist legt bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer zwecks Zulassung zur Syndikusrechtsanwaltschaft eine von seinem Arbeitgeber verfasste Tätigkeitsbeschreibung vor. Die Beschreibung enthält folgende Elemente:<sup>47</sup>

1. Eigenverantwortliche Bearbeitung von arbeitsrechtlichen und tariflichen Fragestellungen (30 Prozent der Arbeitszeit<sup>48</sup>)
2. Führung von Personalgesprächen und Erarbeitung geeigneter Maßnahmen (20 Prozent)
3. Beratung von Führungskräften (10 Prozent)
4. Bearbeitung kollektivrechtlicher Anliegen sowie Mitwirkung bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat (10 Prozent)
5. Selbstständige Erstellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftsätzen (10 Prozent)

37 BGH, Urt. v. 19.5.2010 – Az. 4 AZR 912/08 = ZTR 2010, 577; BAG, Urt. v. 25.2.2009 – Az. 4 AZR 20/08 = ZTR 2009, 479; BAG, Urt. v. 31.7.2002 – Az. 4 AZR 129/01 = BAGE 102, 89; BAG, Urt. v. 31.7.2002 – Az. 4 AZR 163/01 = BAGE 102, 122.

38 Müller, öAT 2013, 155 (156).

39 Rechtsprechungsnachweise bei Treber in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 64, Rn. 42 ff., 48.

40 BAG, Urt. v. 21.3.2012 – Az. 4 AZR 292/10 = NZA-RR 2012, 604 (605 f.); BAG Urt. v. 25.11.1970 – Az. 4 AZR 534/69 = AP TVG § 4 Nr. 10; Müller, öAT 2013, 155 (156).

41 BSG Urt. v. 28.2.2007 – Az. B 3 KS 2/07 R = BSGE 98, 152.

42 Etw: Entgeltgruppe 8 TV EntgO Bund, die selbstständige Leistungen im Umfang von mindestens einem Drittel verlangt.

43 BAG, Beschl. v. 22.3.1995 – Az. 4 AZN 1105/94 = ZTR 1995, 361; BAG, Urt. v. 20.10.1993 – Az. 4 AZR 45/93 = ZTR 1994, 157; Däubler TVG/Deinert, § 4 TVG, Rn. 382.

44 BAG, Beschl. v. 22.3.1995 – Az. 4 AZN 1105/94 = ZTR 1995, 361.

45 BAG, Beschl. v. 1.7.2009 – Az. 4 ABR 18/08 = BAGE 131, 197.

46 BAG, Urt. v. 20.10.1993 – Az. 4 AZR 45/93 = ZTR 1994, 157; Treber in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 64, Rn. 50.

47 Die Beschreibung orientiert sich an einer realen Stellenausschreibung, die im Ito-de-Jobportal ausgeschrieben war: <https://www.ito.de/jobs/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2018). Die Zeitanteile sind fiktiv.

48 Nachfolgende Prozentangaben beziehen sich auf die Arbeitszeit.

6. Wahrnehmung gerichtlicher Termine 1. Instanz vor dem Arbeitsgericht sowie Beauftragung von und Zusammenarbeit mit externen Rechtsanwälten (10 Prozent)

7. Mitarbeit im BEM-Verfahren (= betriebliches Eingliederungsmanagement) (10 Prozent)

Nach der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise sind diese verschiedenen Elemente zur Bestimmung, ob ein derartig ausgestaltetes Arbeitsverhältnis anwaltlich geprägt im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO ist, anhand der jeweiligen Arbeitsergebnisse zu Tätigkeitsbereichen zusammenzufassen. *In Praxi* würde die zuständige Rechtsanwaltskammer den Antragsteller beziehungsweise den Arbeitgeber auffordern, die Tätigkeitsbeschreibung hinsichtlich der konkret ausgeübten Tätigkeiten zu spezifizieren, um die konkreten Arbeitsergebnisse feststellen zu können. Gleichwohl lassen sich auch ohne eine derartige Spezifizierung verschiedene Arbeitsergebnisse feststellen: Aus der Beschreibung „eigenverantwortliche Bearbeitung von arbeitsrechtlichen und tariflichen Fragestellungen“ folgt, dass als Ergebnis der Arbeit rechtliche Fragestellungen abschließend bearbeitet werden sollen. Demgegenüber dürfte das Arbeitsergebnis des Punktes „Beratung von Führungskräften“ ein Entscheidungsvorschlag sein. Erfolgt die Beratung jedoch im Hinblick auf zuvor bearbeitete kollektivrechtliche Anliegen, gilt unter Berücksichtigung des Aufspaltungsverbotes, dass das Endergebnis, nämlich der Entscheidungsvorschlag, für die Bestimmung des Tätigkeitsbereiches maßgebend ist. Ob hier zwei Tätigkeitsbereiche oder lediglich einer vorliegt, kann indes dahinstehen, da sowohl der Bereich der „Beratung“ als auch der Bereich der „Bearbeitung von arbeitsrechtlichen und tarifrechtlichen Fragestellungen“ unter die Kriterien der § 46 Abs. 3 BRAO subsumierbar sein sollten. So dürfte die Beratung von Führungskräften das Merkmal des § 46 Abs. 3 Nr. 2 BRAO (Rechtsberatung) erfüllen. Dies sollte auch dann gelten, wenn die Beratung nicht ausschließlich in rechtlichen Angelegenheiten erfolgt. Die Bearbeitung der arbeitsrechtlichen und tarifrechtlichen Fragestellungen dürfte demgegenüber dem Kriterium des § 46 Abs. 3 Nr. 1 BRAO (Prüfung von Rechtsfragen) unterfallen. Demnach entfallen aufgrund der beiden Bereiche bereits 40 Prozent der Tätigkeit auf anwaltliche Tätigkeiten.

Das Aufspaltungsverbot könnte zudem beim Arbeitsvorgang „Prozessführung“ Anwendung finden. Das konkrete Arbeitsergebnis liegt hierbei im Abschluss des Rechtsstreites, sei dies durch Urteil oder in sonstiger Weise. Somit sind die Schriftsaterstellung, die Wahrnehmung gerichtlicher Termine und die Koordination externer Anwälte Teile des einheitlichen Arbeitsvorganges „Prozessführung“. Das Aufspaltungsverbot würde dann relevant werden, wenn aus Sicht der prüfenden Rechtsanwaltskammer einige der genannten Elemente nicht den Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO unterfallen. Dementsprechend wären die unter Punkt 5 und Punkt 6 genannten Tätigkeiten zu einem Tätigkeitsbereich „Prozessführung“ zusammenzufassen, auf den dann insgesamt 20 Prozent der Arbeitszeit entfällt.

Die derart abgegrenzten Tätigkeitsbereiche müssten sodann – soweit noch nicht geschehen – auf die Erfüllung der Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO hin überprüft werden. Tätigkeitsbereiche, die keines der Merkmale erfüllen, wären als nicht-anwaltliche Tätigkeit zu qualifizieren. Je nach konkreter Tätigkeit kämen hier insbesondere die Tätigkeitsbereiche „Führung von Personalgesprächen und Erarbeitung geeigneter Maßnahmen“ sowie „Mitwirkung in BEM-Verfahren“ als nicht-anwaltliche Tätigkeit in Betracht. Sofern schließlich

die anwaltlichen Tätigkeitsbereiche die nicht-anwaltlichen Bereiche zeitanteilig überwiegen, wäre die „anwaltliche Prägung“ des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO von der zuständigen RAK und der DRV zu bejahen. Nach den vorangegangenen Erwägungen ist das hier untersuchte Arbeitsverhältnis anwaltlich geprägt, da die beiden genannten Tätigkeitsbereiche, die möglicherweise nicht den Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO unterfallen, jeweils nur 10 Prozent der Gesamttätigkeit darstellen. Unabhängig von der konkreten Einstufung dieser Bereiche als „anwaltlich“ oder „nicht-anwaltlich“ entfallen demnach weniger als 50 Prozent der Arbeitszeit auf nicht-anwaltliche Tätigkeiten.

## V. Verfassungskonformität

Wenn die rechtsanwendenden Rechtsanwaltskammern das hier beschriebene Verfahren zur Ermittlung der anwaltlichen Prägung im Rahmen ihrer Zulassungsentscheidungen anwenden wollen, müsste die so vorgeschlagene Rechtsanwendung grundsätzlich einer richterlichen Kontrolle standhalten. Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der anwaltlichen Prägung durch die Rechtsanwaltskammern und die DRV ist aus Gründen des in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Gebotes effektiven Rechtsschutzes voll gerichtlich überprüfbar.<sup>49</sup> Anhaltspunkte, einen Beurteilungsspielraum zu gewähren, um auf diese Weise das Gewaltenteilungsprinzip zur wirksamen Aufgabenerfüllung funktionspezifisch zu effektuieren, sind nicht ersichtlich.

Aufgrund der Bindung an das Gesetz werden die Entscheidungen der Rechtsanwaltskammern über die Zulassung der Syndici zur Rechtsanwaltschaft stets an höherrangigem Recht zu prüfen sein. Als Prüfungsmaßstab ist insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG heranzuziehen (unter 1.). An diesem Maßstab ist zu prüfen, ob die hier vorgenommene Auslegung des Begriffes der anwaltlichen Prägung im Sinne eines Mindestanteils anwaltlicher Tätigkeit von „50 Prozent + X“, welcher nach eingruppierungsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen ist, verfassungskonform erfolgt (unter 3.). Das setzt natürlich zunächst voraus, dass § 46 Abs. 3 BRAO als Norm selbst im Einklang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ist (unter 2.).

### 1. Vorrangiger Prüfungsmaßstab: Art. 3 Abs. 1 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz besteht aus zwei Teilsätzen. Nach dem einen hat der Gesetzgeber wesentliche Gleiches rechtlich gleich und nach dem anderen wesentlich Ungleiches rechtlich ungleich zu behandeln.<sup>50</sup> Nachdem das BVerfG Art. 3 Abs. 1 GG jahrzehntelang als reines Willkürverbot<sup>51</sup> behandelt hat, nach der jeder plausible Grund für die Differenzierung genügt, erfolgt nunmehr eine flexiblere, abgestufte Handhabung des Gleichheitssatzes durch das BVerfG. Nach

49 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012 – Az. 1 BvL 18/11 = BVerfGE 133, 1; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – Az. 1 BvR 857/07 = BVerfGE 129, 1; BVerfG, Urte. v. 20.2.2001 – Az. 2 BvR 1444/00 = BVerfGE 103, 142; BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – Az. 1 BvR 385/90 = BVerfGE 101, 106; BVerfG, Urte. v. 2.3.2017 – Az. 2 C 21/16 = BVerfGE 157, 366; Jarass/Pieroth GG, 15. Aufl., 2018, Art. 19, Rn. 68.

50 Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 15.7.1998 – Az. 1 BvR 1554/89 = BVerfGE 98, 365, 385. Zu möglichen Asymmetrien des Prüfungsmaßstabs mit Blick auf den ersten und zweiten Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes, um den allgemeinen Gleichheitssatz nicht zu einem reinen Begründungsgebot mutieren zu lassen, s. Alexy, Theorie der Grundrechte, 5. Aufl., 2006, S. 372 ff.; s.a. Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 110 f. mwN.

51 Zum Willkürverbot: BVerfG, Urte. v. 23.10.1951 – Az. 2 BvG 1/51 = BVerfGE 1, 14, 52; s.a. BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – Az. 2 BvR 909/82 = BVerfGE 75, 108, 157; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 34 ff., 205 ff., 238 ff.

der sog. „neuen Formel“ müssen der sachliche Grund und die vorhandenen Unterschiede nach Art und Umfang so beschaffen sein, dass sie die Ungleichbehandlung decken. Alte und „neue Formel“ bilden in der jetzt differenzierten Rechtsprechung des BVerfG und der obersten Bundesgerichte die Eckpunkte einer gleitenden Skala, bei der die aus Art. 3 Abs. 1 GG resultierenden Anforderungen je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.<sup>52</sup> Diese verschiedenen Abstufungen der Prüfungsdichte hängen u.a. davon ab, inwieweit dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Ausgangslage und der möglichen Auswirkungen der von ihm getroffenen Regelung eine Einschätzungsprärogative zukommt. Steht ihm eine solche zu, muss er unter mehreren möglichen Lösungen nicht die zweckmäßigste oder vernünftigste gewählt haben.<sup>53</sup> Die Willkürkontrolle geht einher mit einer weiten Einschätzungsprärogative für den Gesetzgeber.

Demgegenüber kann eine strengere Prüfung unter anderem dann stattfinden, wenn der Schutzbereich eines besonderen Freiheitsrechtes betroffen ist<sup>54</sup> oder wenn Personen oder Personengruppen ungleich behandelt werden.<sup>55</sup> Bei der Betroffenheit von Personengruppen fällt die Prüfintensität desto höher aus, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar, mithin persönlichkeitsbezogen, sind.<sup>56</sup> Es ist danach zu fragen, ob die Betroffenen den nachteiligen Auswirkungen durch eigenes Verhalten begegnen können.<sup>57</sup> Bei Anwendung des strengeren Prüfmaßstabes prüft das BVerfG, ob die Differenzierungsgründe von solcher Art, solchem Umfang und solchem Gewicht sind, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.<sup>58</sup>

Im Sozialversicherungsrecht hat der Gesetzgeber im Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Freiheit des Einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>59</sup> Dieser betrifft namentlich die Frage, ob er überhaupt eine Pflichtversicherung gründen will oder eine ihr nahekommende Regelung trifft und wen er in die Pflichtversicherung einbezieht.

## 2. § 46 Abs. 3 BRAO

a) Vergleichsgruppen: Syndikusrechtsanwälte und bei anwaltlichen Arbeitgebern angestellte Anwälte

Zur Überprüfung des § 46 Abs. 3 BRAO am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes können die Vergleichsgruppen derart gebildet werden, dass angestellte Juristen, die eine Zulassung zur Anwaltschaft als Syndikusrechtsanwälte nach den §§ 46a, 46 Abs. 2 BRAO begehren, mit solchen Juristen verglichen werden, die bei anwaltlichen Arbeitgebern im Sinne von § 46 Abs. 1 BRAO als Anwälte tätig sind und die nach den §§ 4ff. BRAO als Rechtsanwälte zugelassen werden. Beide Personengruppen teilen das einheitliche Berufsbild des Rechtsanwalts.<sup>60</sup> Beiden Gruppen ist gemein, dass sie in einem Beschäftigungsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stehen und für sie die Möglichkeit besteht, sich gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI von der GRV befreien zu lassen.

b) Ungleichbehandlung

Bei Syndikusrechtsanwälten ist für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft das Ausüben einer anwaltlichen Tätigkeit mit den in § 46 Abs. 3 und 4 BRAO geregelten Voraussetzungen

erforderlich. Wie alle Anwälte müssen die Syndikusrechtsanwälte zusätzlich die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen nach den §§ 4ff. BRAO erfüllen (vgl. § 46a Abs. 1 BRAO). Demgegenüber wird die Zulassung von Rechtsanwälten ausschließlich nach den §§ 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.<sup>61</sup>

Hinsichtlich dieser unterschiedlichen Anknüpfungspunkte der Zulassung liegt mithin eine Ungleichbehandlung von Syndikusrechtsanwälten und den bei anwaltlichen Arbeitgebern angestellten Juristen vor. Diese Ungleichbehandlung setzt sich in der konkreten Ausgestaltung der in § 46 Abs. 3 BRAO geforderten Kriterien anwaltlicher Tätigkeit fort, da die Ungleichbehandlung bereits im Tätigkeitsbezug begründet ist. Hinzu kommt, dass die „anwaltliche Tätigkeit“ der Syndikusrechtsanwälte zwar die wesentlichen Elemente der rechtsanwaltlichen Tätigkeit enthält, Rechtsanwälte diese Elemente aber nicht zwangsläufig kumulativ erfüllen.<sup>62</sup> Schließlich darf ein Syndikusrechtsanwalt nur in den Grenzen des § 46 Abs. 5 BRAO, also beschränkt auf die Angelegenheiten seines Arbeitgebers beraten, wohingegen ein bei einem anwaltlichen Arbeitgeber angestellter Rechtsanwalt gegenüber jedermann tätig werden darf.

c) Rechtfertigung

aa) Richterliche Kontrolldichte

Bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes, der bei der Prüfung der Rechtfertigung zur Anwendung kommt, spricht für einen weiten Prüfungsmaßstab, dass die Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO dem Zugriff der Syndici nicht entzogen sind. Syndici können ihren Arbeitsplatz in Rücksprache mit dem Arbeitgeber entsprechend den Anforderungen des § 46 BRAO ausgestalten oder sich auf entsprechende Stellen bewerben. Zudem kommt dem Gesetzgeber im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, in den § 46 BRAO eingeordnet werden kann, ein weiter Gestaltungsspielraum zu.

52 BVerfG v. 8.6.2004 BVerfGE 110, 412, 431 mwN = NJW-RR 2004, 1657, 1658f.; BVerfG v. 2.3.1999 BVerfGE 99, 367, 389 = NZA 1999, 435, 437; zur höheren Prüfungsstrenge vgl. das Sondervotum des RiBVerfG Katzenstein zu BVerfG, Beschl. v. 18.11.1986 – Az. 1 BvL 29/83 = BVerfGE 74, 9, 28, 29f. = NJW 1987, 2001, 2002, s.a. Kokott, in: FS BVerfG Bd. 2 (2001) S. 127, 131ff.; Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 111 f.

53 BVerfG v. 7.10.1980 BVerfGE 55, 72, 89f = NJW 1981, 271, 272; BVerfG v. 5.10.1993 BVerfGE 89, 132, 141f. = NJW 1994, 1465, 1466.

54 Für Art. 12 GG: BVerfG v. 6.12.1988 BVerfGE 79, 212, 218 = NVwZ 1989, 645, 646; BVerfG v. 28.1.2003 BVerfGE 107, 133, 141 = NJW 2003, 737f.; vgl. aber bereits BVerfG v. 16.3.1971 BVerfGE 30, 292, 236f. = NJW 1971, 1255, 1259ff.; BVerfG v. 25.6.1974 BVerfGE 37, 342, 352f. mwN = DÖD 1975, 27, 29.

55 BVerfG v. 22.2.1994 BVerfGE 90, 46, 56 = NZA 1994, 661, 662; BVerfG v. 2.2.1999 BVerfGE 100, 195, 205 = NJW 1999, 2357f.; BSG v. 30.3.1995 SozR 3–8825 § 2 Nr. 3; s.a. Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 20f.

56 BVerfGE 138, 136 Rn. 122; 111 160/169f.; 129, 49/69; 133, 1 Rn. 45; Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 20.

57 BVerfGE 90, 22/26; 122, 39/52; 126, 400/418.

58 BVerfG v. 10.1.1995 BVerfGE 91, 389, 401 = NJW 1995, 1341, 1342.

59 BVerfGE 109, 96, 110; BVerfGE 103, 293, 307; BVerfGE 53, 313, 326; BVerfGE 48, 227, 234; BVerfGE 44, 70, 89; BVerfGE 29, 221, 235; BVerfGE 10, 354, 370f.; Preis/Temming, VSSR 2017, 283, 312; Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., 2009, S. 712; Osterloh/Nußberger in: Sachs GG, 7. Aufl., 2014, Art. 3, Rn. 184ff.

60 BT-Drs. 18/5201, S. 16.

61 BSG v. 7.12.2017 – B 5 RE 10/16 R = SozR 4–2600 § 6 Nr. 14; BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 = SGB 2014, 653 m.Anm. Rolfs; BT-Drs. 18/5201, S. 18.

62 Vgl. Römermann/Günther, NZA 2016, 71 (72).

Für einen strengeren Prüfmaßstab könnte jedoch sprechen, dass § 46 BRAO das besondere Freiheitsrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) betreffen dürfte. Zwar wurde durch die gesetzliche Fixierung des Syndikusrechtsanwalts weder eine neue Berufsgruppe geschaffen<sup>63</sup>, noch wird mit der Rentenversicherungspflicht die Berufswahl oder die Berufsausübung gesteuert<sup>64</sup>, sodass insoweit der für einen Eingriff in Art. 12 GG erforderliche innere Zusammenhang zur Berufsausübung<sup>65</sup> nicht bestehen dürfte. Allerdings kommt eine Betroffenheit des Art. 12 Abs. 1 GG aufgrund der oben genannten Erwägung in Betracht, dass sich Befugnis des Syndikusrechtsanwalts zur Beratung und Vertretung auf die Angelegenheiten des Arbeitgebers beschränkt.<sup>66</sup> Ein so begründeter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt dann jedoch nur auf der niedrigsten Stufe der Berufsausübung vor.<sup>67</sup> Unter Berücksichtigung dieser Aspekte ist insgesamt ein eher weiterer Prüfmaßstab anzuwenden.

#### bb) Sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung

Für die Rechtfertigung der in § 46 BRAO angelegten Ungleichbehandlung von Anwälten und Syndici sprechen folgende Erwägungen:

- *Erstens* lässt sich die „Besserstellung“ der Rechtsanwälte mit einer ansonsten für sie bestehenden Doppelbelastung rechtfertigen. Grundsätzlich gilt die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI geforderte aus der ausgeübten Tätigkeit folgende Pflichtmitgliedschaft in Kammer und berufsständischem Versorgungswerk für alle befreiungsberechtigten Berufsgruppen. Die tätigkeitsbezogene Zulassung der Syndikusrechtsanwälte und die damit einhergehende Befreiungsmöglichkeit von der GRV fügt sich demnach in das Normkonzept des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI ein. Die personenbezogene Zulassung von Rechtsanwälten stellt demgegenüber eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar und kann nur durch ein vom BSG begründetes weites Verständnis des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI erreicht werden.<sup>68</sup> Eine enge Auslegung würde zu dem für angestellte Rechtsanwälte unbefriedigenden Zustand führen, dass diese aufgrund ihrer Anstellung einerseits und aufgrund ihrer Pflichtmitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer andererseits in der GVR und im berufsständischen Versorgungswerk gleichzeitig versichert sein müssten. Diese Gefahr der Doppelbelastung besteht bei Syndikusrechtsanwälten im Wesentlichen nicht, da sie für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht benötigen. Dies ist ein gewichtiger Differenzierungsgrund.
- *Zweitens* ist eine tätigkeitsbezogene Zulassung der Syndikusrechtsanwälte als trennscharfes Abgrenzungskriterium zu nicht-anwaltlich tätigen Juristen erforderlich, um den *status quo* der Zulassungspraxis aufrecht zu erhalten. Letztere sollen nicht Pflichtmitglieder der berufsständischen Versorgungswerke werden. Der Gesetzgeber bezieht sich diesbezüglich auf eine „zunehmende Verrechtlichung der Lebensverhältnisse im Sinne einer rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche“.<sup>69</sup> Kaum eine berufliche Betätigung sei ohne rechtliches Handeln und entsprechende Rechtskenntnisse möglich oder bleibe ohne rechtliche Wirkung. Diese Verzahnung juristischer Fähigkeiten und die besondere Funktion der Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege mache eine Abgrenzung anwaltlicher Tätigkeiten von anwaltsfremden Tätigkeiten erforderlich.<sup>70</sup> Dieses Erfordernis wird demgegenüber bei angestellten Rechtsanwälten im Sinne von § 46 Abs. 1 BRAO in der Regel nicht bestehen.

- *Drittens* hat sich die in § 46 BRAO übernommene „Vier-Kriterien-Theorie“ in der Vergangenheit bewährt. Auf die hierzu ergangene Rechtsprechung kann zurückgegriffen werden. Die Praktikabilität einer Regelung und der Aspekt der Rechtssicherheit sind ebenfalls taugliche Differenzierungsgründe, die hier herangezogen werden können.<sup>71</sup>

- *Viertens* müssen die in § 46 Abs. 3 BRAO enthaltenen Kriterien anwaltlicher Tätigkeit nicht zwingend die Tätigkeit von Rechtsanwältinnen abbilden. Aufgrund der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers im Kontext des Sozialversicherungsrechts steht es ihm frei, den Kreis der nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI befreiungsberechtigten Personen durch die Schaffung strenger oder milder tätigkeitsbezogener Merkmale weiter oder enger zu fassen. Dies zeigt sich beispielsweise spiegelverkehrt im Heilberufsrecht. Dort gilt ein weiter den Befreiungstatbestand eröffnender (kammerrechtlicher) Begriff der Berufsausübung.<sup>72</sup> Das engere approbationsrechtliche Verständnis ist demgegenüber für die Befreiung von der GRV nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI unerheblich.<sup>73</sup> So ist beispielsweise ein approbierter Tierarzt, der im Vertrieb von Arzneimitteln, Futtermitteln, Pflege- und Hygieneprodukten für Tiere tätig ist, im kammerrechtlichen Sinne tierärztlich tätig und somit befreiungsberechtigt, obwohl diese Tätigkeit weder dem natürlichen noch dem approbationsrechtlichen Verständnis tierärztlicher Tätigkeit entspricht.<sup>74</sup>

- *Fünftens* trägt der Gesetzgeber den für die Syndikusrechtsanwälte gegenüber den Rechtsanwälten im Sinne von § 46 Abs. 1 BRAO erschwerten Zulassungsvoraussetzungen insoweit Rechnung, als er auch die Ausübung nicht-anwaltlicher Tätigkeiten in untergeordnetem Maße für zulässig erachtet, ohne der Tätigkeit die Qualifikation als „anwaltlich“ abzuspochen.<sup>75</sup>

- *Sechstens* dient die Einschränkung der Vertretungsbefugnis in § 46 Abs. 5 BRAO der Gewährleistung der schutzwürdigen anwaltlichen Unabhängigkeit, da hierdurch die Einwirkung fremder wirtschaftlicher Interessen verhindert werden soll.<sup>76</sup>

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte dürfte die in § 46 BRAO angelegte Ungleichbehandlung von Syndikusrechtsanwälten und angestellten Anwälten am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein.

63 Kilger/Offermann-Burckart/Schafhausen/Schuster, Das neue Syndikusrecht, § 1, Rn. 38.

64 BVerfG v. 26.6.2007 – Az. 1 BvR 2204/00 = SGB 2008, 479 mAnm. Temming (zur Rentenversicherungspflicht selbstständiger Lehrer); s.a.: Preis/Temming, VSSR 2017, 283, 307.

65 BVerfG v. 26.6.2007 aaO.

66 BGH, Urt. v. 2.7.2018 – Az. AnwZ (Brfg) 49/17 = BeckRS 2018, 17021.

67 BGH, Urt. v. 2.7.2018 – Az. AnwZ (Brfg) 49/17 = BeckRS 2018, 17021.

68 BSG v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 Rn. 28 ff. = SGB 2014, 653 mAnm. Rofls.

69 BT-Drs. 18/5201, S. 19.

70 BT-Drs. 18/5201, S. 19.

71 BVerfG v. 28.4.1999 BVerfGE 100, 195, 205; BVerfG v. 3.4.2001 BVerfGE 103, 225, 235; BSG v. 27.6.1996 BSGE 79, 14, 17; BVerfG v. 14.3.1963 BVerfGE 15, 313, 319 f.; BVerfG v. 15.2.1978 BVerfGE 48, 1, 22.

72 BVerwG, Urt. v. 30.1.1996 – 1 C 9/93 = NJW 1997, 814 (815); OVG Münster, Beschl. v. 24.4.2008 – 5 A 4699/05 = BeckRS 2008, 40138.

73 BSG, Urt. v. 7.12.2017 – B 5 RE 10/16 R = BeckRS 2017, 144924; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.4.2017 – 2 R 481/16 = BeckRS 2017, 126612; SG Berlin, Urt. v. 11.1.2017 – S 11 R 4515/15 = MedR 2017, 349 mAnm. Wever/Bergmann; s.a.: BSG, Urt. v. 22.3.2018 – Az. B 5 RE 5/16 R = BeckRS 2018, 8238, den Beruf des Apothekers betreffend.

74 BSG, Urt. v. 7.12.2017 – Az. B 5 RE 10/16 R = BeckRS 2017, 144924.

75 BT-Drs. 18/5201 S. 29.

76 BT-Drs. 18/5201, S. 30; BGH, Urt. v. 2.7.2018 – Az. AnwZ (Brfg) 49/17 = BeckRS 2018, 17021; kritisch zu den in § 46 BRAO verankerten Regelungen zur Unabhängigkeit: Deckenbrock/Henssler, in: Die Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte, 2016, S. 229 ff.



### 3. Verfassungskonforme Anwendung bei der konkreten Zulassungsentscheidungen

Bei den konkreten Zulassungsentscheidungen, die auf der flexiblen Norm des § 46 BRAO beruhen, wird es deshalb darum gehen, die unbestimmten Rechtsbegriffe, wie beispielsweise den der „anwältlichen Prägung“, verfassungskonform anzuwenden. Eine Verfassungsinformität, das heißt eine ungerechtfertigte Schlechterstellung von Syndikusrechtsanwälten im Vergleich zu angestellten Anwälten im Sinne von § 46 Abs. 1 BRAO, könnte etwa dann vorliegen, wenn die Bewertung der anwaltlichen Prägung derart streng erfolgen würde, dass den Arbeitsverhältnissen von Syndici, die gemischte Tätigkeiten verrichten, faktisch stets die anwaltliche Prägung abzusprechen wäre. Dann wäre die vom Gesetzgeber berücksichtigte Verhältnismäßigkeitserwägung unterwandert, dass auch die begrenzte Verrichtung nicht-anwaltlicher Tätigkeiten der Annahme einer anwaltlichen Tätigkeit nicht entgegenstehen soll.<sup>77</sup> Die in § 46 BRAO angelegte Ungleichbehandlung, die sich auch in den einzelnen Zulassungsentscheidungen widerspiegelt, wäre dann nicht mehr gerechtfertigt.

Das hier vorgeschlagene Vorgehen zur Bestimmung der anwaltlichen Prägung hätte freilich eine eher syndikusfreundliche Zulassungspraxis zur Folge. Einerseits lässt die „50 Prozent + X“-Grenze auch nicht-anwaltliche Tätigkeiten zu, die nicht nur einen vollkommen untergeordneten Teil der Tätigkeit ausmachen. Zum anderen bleiben durch die Anwendung des Aufspaltungsverbotes in einem Tätigkeitsbereich enthaltene untergeordnete nicht-anwaltliche Elemente zugunsten der Syndici unberücksichtigt. Hierdurch wird die Gruppe der Syndici hinsichtlich der Befreiungsmöglichkeit von der GRV näher an die Gruppe der Anwälte herangerückt. Das Ausmaß der Ungleichbehandlung wird verringert. Im Übrigen gelten die oben angestellten Erwägungen.

Ob die „50 Prozent + X“-Grenze erreicht ist, lässt sich präzise durch die Anwendung der eingruppierungsrechtlichen Grundsätze berechnen. Insoweit besteht – wie am Praxisbeispiel demonstriert – ein praktikables Verfahren, dessen Anwendung aufgrund der erprobten Verfahrensweise Rechtssicherheit verspricht. Auf bestehende Rechtsprechung zur Eingruppierung kann – soweit übertragbar – zurückgegriffen werden. Diese Erwägungen sprechen für die Verfassungskonformität.<sup>78</sup>

Nach alledem führt die 50 Prozent + X-Grenze und die Übertragung der eingruppierungsrechtlichen Grundsätze dazu, dass § 46 BRAO am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG im konkreten Einzelfall verfassungskonform angewendet wird.

## VI. Zusammenfassung

Die vorliegenden Ausführungen lassen sich in drei Schlussthesen zusammenfassen:

- *Erstens:* Aus der Auslegung des Begriffs der „anwältlichen Prägung“ im Sinne von § 46 Abs. 3 BRAO folgt, dass der quantitative Anteil an anwaltlicher Tätigkeit den Anteil nicht-anwaltlicher Tätigkeit übersteigen muss.
- *Zweitens:* Die Berechnung der anwaltlichen Prägung sollte derart erfolgen, dass die Tätigkeit der Antragsteller in Tätig-

keitsbereiche aufgeteilt wird. Bei der Bestimmung der Tätigkeitsbereiche kann sich an der bei der tariflichen Eingruppierung vorgenommenen Bildung von Arbeitsvorgängen orientiert werden. Die Tätigkeitsbereiche sind anschließend auf die Erfüllung der Kriterien des § 46 Abs. 3 BRAO hin zu überprüfen. Sofern der auf anwaltliche Tätigkeitsbereiche entfallende Zeitaufwand mehr als die Hälfte beträgt und somit die anwaltlichen Tätigkeiten die nicht-anwaltlichen Tätigkeiten überwiegen (50 Prozent + X), ist das Arbeitsverhältnis im Sinne von § 46 BRAO anwaltlich geprägt.

- *Drittens:* Die derart ergehenden Zulassungsentscheidungen der Rechtsanwaltskammern dürften einer richterlichen Kontrolle standhalten, da höherrangige Grundrechte, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG, nach hier vertretener Auffassung nicht verletzt werden.



**Prof. Dr. Felipe Temming, Hannover**

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Leibniz Universität Hannover.

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



**Stefan Dalmer, Hannover**

Der Autor ist Rechtsreferendar am OLG Celle und arbeitet als wissenschaftliche Hilfskraft an vorgenanntem Lehrstuhl.

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

<sup>77</sup> BT Drs. 18/5201, S. 29.

<sup>78</sup> S.a. BVerfG v. 28.4.1999 BVerfGE 100, 195, 205; BVerfG v. 3.4.2001 BVerfGE 103, 225, 235; BSG v. 27.6.1996 BSGE 79, 14, 17; BVerfG v. 14.3.1963 BVerfGE 15, 313, 319f.; BVerfG v. 15.2.1978 BVerfGE 48, 1, 22.