



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

BRAK

MITTEILUNGEN

JUNI 2013 · AUSGABE 3/2013
44. JAHRGANG

BEIRAT

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender
RA Dr. Matthias Kilian, Köln
RA Dr. Ulrich Scharf, Celle
RA JR Heinz Weil, Paris

www.brak-mitteilungen.de



Zukunft gestalten. Gemeinsam.

Der Partner für erfolgreiche
Rechtsanwälte
www.datev.de/anwalt

Zöller*online*
jetzt bei juris.



www.otto-schmidt.de/zoeller-online

AKZENTE

A. C. Filges

Foto-Finish

AUFSÄTZE

S. Offermann-Burckart

Zur Gewichtung der Fälle nach § 5 FAO

H. Kollrus

Verfassungskonforme Auslegung des Tätigkeitsverbots für Syndikusanwälte gem. § 46 BRAO

J. Horn

Befreiung nach § 6 SGB VI infolge Tätigkeitswechsel

AUS DER ARBEIT DER BRAK

Mitglieder der Rechtsanwaltskammern

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

BGH

Bezeichnung einer Rechtsanwaltskanzlei als „Steuerbüro“

BGH

Zur Gewichtungsregelung des § 5 Abs. 4 FAO

VII. AUSBLICK UND APPELL

Man kann nur hoffen, dass alle Beteiligten auch in Zukunft das Augenmaß wahren, das sich seit vielen Jahren im Großen und Ganzen bewährt. Wenn es einen Gedanken in der BGH-Entscheidung gibt, dem man folgen sollte, dann ist das die Überlegung, dass eine Minder- oder Höhergewichtung nur dann in Betracht kommt, wenn tragfähige Anhaltspunkte vorliegen, die eine entsprechende Beurteilung zuverlässig zulassen.

Und ein wirklich Gutes hat die Entscheidung auch, kann sie doch nochmals als ausdrückliche Ermunterung für Antragsteller verstanden wissen, in ihrer Fallliste selbst eine Höhergewichtung einzelner Mandate vorzunehmen.¹² Eventuell wird sich aber auch die Satzungsversammlung aufgerufen fühlen, doch noch für eine Präzisierung der Gewichtungsregelung zu sorgen.

¹² Vgl. hierzu *Scharmer*, *Hartung/Scharmer*, BORA, § 5 FAO, Rdnr. 332 und *Offermann-Burckart*, a.a.O., S. 117.

VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG DES TÄTIGKEITS- VERBOTS FÜR SYNDIKUSANWÄLTE GEM. § 46 BRAO

RECHTSANWALT DR. HARALD KOLLRUS, UFFING AM STAFFELSEE*

I. EINLEITUNG

Nach wie vor zählen die Tätigkeits- und Vertretungsverbote der § 45, § 46 BRAO für angestellte Rechtsanwälte zu den umstrittensten Vorschriften des anwaltlichen Berufsrechts. Der Deutsche Anwaltverein hat deshalb einen neuen Anlauf für die Novellierung dieser Vorschriften unternommen.¹ Der BRAO-Ausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer plant ebenfalls, wenn auch zeitlich noch nicht absehbar, mit einer Beschlussvorlage zu reagieren.² Generell lässt sich die Dynamik im anwaltlichen Berufsrecht mit dem Bestreben der h.L. und einer zunehmenden Anzahl von Gerichten³ charakterisieren, die Rechtsordnung dem anhaltenden Strukturwandel in der Rechtsanwaltschaft anzugleichen. Im Fokus steht der Syndikusanwalt, also ein Rechtsanwalt, der in einem festen Arbeits- oder Dienstverhältnis für seinen nichtanwaltlichen Arbeitgeber bzw. Dienstberechtigten rechtsberatend tätig ist (vgl. § 46 BRAO).⁴ Seine berufsrechtliche Stellung als Rechtsanwalt ist nicht anerkannt. Verfolgt man aber die Entwicklung der Rechtsprechung, so wäre der Fall, dass ein Syndikusanwalt nach Beendigung seines Anstellungsverhältnisses seinen vormaligen Arbeitgeber in der glei-

chen Angelegenheit als frei praktizierender Rechtsanwalt vor Gericht weiter vertritt, für eine weitere Liberalisierung prädestiniert. Der Einfluss des ehemaligen Dienstberechtigten bzw. Arbeitgebers spielt nach Beendigung des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses nämlich dann nur eine untergeordnete Rolle.⁵ Mit Urteil v. 25.2.1999 sprach sich der BGH zwar noch für die uneingeschränkte Verfassungsmäßigkeit des § 46 BRAO und damit für ein umfassendes Tätigkeitsverbot aus.⁶ Zwischenzeitlich verlagerten sich aber die Schwerpunkte der verfassungsrechtlichen Güterabwägung hin zur anwaltlichen Berufsfreiheit.⁷ Eine aktuelle Positionierung des BGH steht zu dieser Thematik seither noch aus. Dafür bietet die zwischenzeitlich in mehreren Entscheidungen manifestierte Rechtsprechung des EuGH Anhaltspunkte für vermittelnde Lösungsansätze.⁸

II. ANALYSE ZUR AKTUELLEN ENTWICKLUNG DER DOPPELBERUFSTHEORIE

1. FESTHALTEN DER HERRSCHENDEN MEINUNG AN DER DOPPELBERUFSTHEORIE

Der Gesetzgeber⁹ und die h.M. in der Judikatur¹⁰ halten unter Hinweis auf die berufsrechtliche Unabhän-

* Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Institut für Recht, Steuern und Betrieb GmbH.

¹ DAV-Stellungnahme Nr. 42/12 v. 4.5.2012, S. 3, und DAV, AnwBl. 2007, 676 (688).

² *Kury*, BRAK-Mitt. 2013, 2 (6).

³ Vgl. z.B. LG Berlin v. 30.11.2005 – 505 QS 185/05, NStZ 2006, 470; AGH Bremen v. 10.10.2001 – 1 AGH 6/00, AnwBl. 2002, 298 = BRAK-Mitt. 2002, 144 (146), LS 1; *Bürkle*, MDR 2005, 848; *Frenzel*, MDR 2003, 1324; *Hartung*, *Hartung*, Anwaltliches Berufsrecht, 5. Aufl. 2012, § 46 BRAO, Rdnr. 41f.; *Hamacher*, AnwBl. 2011, 42f., *Huff*, AnwBl. 2011, 473 (474), und *Kleine-Cosack*, AnwBl. 2011, 467, jeweils m. krit. Anm. zu BGH v. 7.2.2011 – AnwZ (B) 20/10, AnwBl. 2011, 494 (495) = BRAK-Mitt. 2011, 145 = NJW 2011, 1517, Rdnr. 6; *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 46, Rdnr. 3f.; *Koch/Kilian*, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, lit. B., Rdnr. 690; *Mann*, AnwBl. 2010, 87 (88); *ders.*, DB 2011, 978 (983); *Offermann-Burckart*, AnwBl. 2012, 778; *Prütting*, AnwBl. 2001, 313.

⁴ BGH v. 7.2.2011 – AnwZ (B) 20/10, AnwBl. 2011, 494 (495) = BRAK-Mitt. 2011, 145 = NJW 2011, 1517, Rdnr. 6; *Huff*, s. Fn. 3; *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3.

⁵ Vgl. BGH v. 13.1.2003 – AnwZ (B) 25/02, AnwBl. 2003, 233 = BB 2003, 2020 = MDR 2003, 659 = NJW 2003, 883 (884) = NZA 2003, 327, LS. u. Rdnr. 7, zu § 5 FAO.

⁶ BGH v. 25.2.1999 – IX ZR 384/97, AnwBl. 1999, 554 = BB 1999, 978 = BGHZ 141, 69 = MDR 1999, 640 = NJW 1999, 1715 (1717), Rdnr. 26, 29.

⁷ Vgl. BGH v. 4.11.2009 – AnwZ (B) 16/09, AnwBl. 2010, 64 = BGHZ 183, 73 = BRAK-Mitt. 2010, 27 = MDR 2010, 356 = NJW 2010, 377, LS 3 und Rdnr. 17f.

⁸ EuGH v. 6.9.2012 – C-422/11 u.a. (Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej), AnwBl. 2012, 1003f. = BRAK-Mitt. 2012, 273 (red. LS), Rdnr. 18, 23f.; EuGH v. 14.9.2010 – C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals Ltd. und Akros Chemicals Ltd.), AnwBl. 2010, 796 = BB 2010, 2313 = BRAK-Mitt. 2010, 259 = DB 2010, 2218 (2219) = NJW 2010, 3557 = NZG 2010, 1137, Rdnr. 45 – 49, 56f. und 72; EuGH v. 18.5.1982 – C-155/79 (AM & S Europe Ltd.), NJW 1983, 503 (504).

⁹ BT-Drucks. 12/7656, S. 49, zu § 46 BRAO (Stellungnahme des Rechtsausschusses); aber offengelassen *Leutheusser-Schnarrenberger*, AnwBl. 2012, 577 (580).

gigkeit (§§ 1 bis 3, § 43a Abs. 1 BRAO, § 1 BORA; vgl. § 1 PartGG) an dem tradierten Bild des klassischen, frei praktizierenden Anwalts und der davon abgeleiteten sog. Doppelberufstheorie fest. Ihre Theorie besagt, nur soweit ein Rechtsanwalt in dieser Eigenschaft „frei“ tätig wird, unterliege er dem anwaltlichen Berufsrecht. Nur er garantiere als unabhängiges, integriertes Organ der Rechtspflege die anwaltliche Unabhängigkeit. Wird ein Anwalt aber in seiner Funktion als Syndikusanwalt tätig, soll er aufgrund des dienst- oder arbeitsvertraglichen Über- und Unterordnungsverhältnisses und angesichts seiner Identifizierung mit den Geschäftszielen seines (ehemaligen) Dienstberechtigten/Arbeitgebers nicht über den notwendigen Grad an Unabhängigkeit verfügen, um frei von den Weisungen und Geschäftsstrategien seines Dienstberechtigten/Arbeitgebers agieren zu können. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Beweisbarkeit sollen für die Differenzierung nach der Doppelberufstheorie abstrakt allein die rechtlich möglichen Interessenkonflikte entscheidend sein; auf eine tatsächliche Einflussnahme des Arbeitgebers komme es nicht an.¹¹

Dieser Standpunkt erfuhr in der Vergangenheit nur Ausnahmen, soweit er in Einzelfällen für verfassungswidrig befunden wurde. Die Doppelberufstheorie an sich wurde für verfassungsgemäß erklärt.¹² Deshalb wird sie wohl auch künftig im Grundsatz die bestimmende Regel bleiben, wie die Statements ihrer Befürworter zur Anerkennung des Syndikus-Steuerberaters in § 58 Nr. 5a StBerG n.F. verdeutlichen. So erkennen Gesetzgeber¹³ und BFH¹⁴ den Syndikus-Steuerberater jetzt an, befürworten aber gleichzeitig die Beibehaltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Doppelberufstheorie für Rechtsanwälte. Steuerberater würden nämlich im Gegensatz zu Anwälten wegen ihres Dauermandats einen umfassenden Einblick in die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse ihres Mandanten benötigen.¹⁵ Außerdem habe ein Anwalt eilbedürftige, nicht aufschiebbare Tätigkeiten zu erledigen.¹⁶

¹⁰ EuGH v. 6.9.2012 – C-422/11 u.a. (Prezes Urzędów Komunikacji Elektronicznej), s. Fn. 8; EuGH v. 14.9.2010 – C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals Ltd. und Akros Chemicals Ltd.), s. Fn. 8; EuGH v. 18.5.1982 – C-155/79 (AM & S Europe Ltd.), s. Fn. 8; BFH v. 9.8.2011 – VII R 2/11, AnwBl. 2011, 955 = BB 2011, 2773 = DB 2011, 2545 = DStR 2011, 2266 = NJW 2012, 479 = WPg 2012, 59, Rdnr. 16; BFH v. 13.6.2006 – VII B 13/06, DStR 2006, 2147, Rdnr. 5; BGH v. 7.2.2011 – AnwZ (B) 20/10, s. Fn. 4, Rdnr. 6; BGH v. 4.11.2009 – AnwZ (B) 16/09, s. Fn. 7, LS 3 und Rdnr. 17; OLG Koblenz v. 29.11.2006 – 1 U 44/06, BRAK-Mitt. 2007, 88 = NJW-RR 2007, 1003, LS 2 und Rdnr. 30; AGH Bayern v. 12.11.2009 – BayAGH I-47/2008 u.a., BeckRS 2011, 07001, Anm. II. B) 1., zu § 11 EuRAG; AnwG Köln v. 24.11.2011 – 10 EV 173/11, BRAK-Mitt. 2012, 85f., Anm. II.1, und 2. b); FG Baden-Württemberg v. 27.10.2010 – 2 K 1529/10, DStR 2011, 739 = StB 2011, 123, Rdnr. 29; Singer, BRAK-Mitt. 2012, 145 (150).

¹¹ AGH Bayern v. 12.11.2009 – BayAGH I-47/2008 u.a., s. Fn. 10.

¹² BVerfG v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, AnwBl. 1993, 120 = BB 1993, 460 = BRAK-Mitt. 1993, 50 = DB 1993, 376 = JZ 1993, 466 = MDR 1993, 276 = NJW 1993, 317 (318), Rdnr. 26.

¹³ BT-Drucks. 16/7077, S. 33.

¹⁴ BFH v. 9.8.2011 – VII R 2/11, s. Fn. 10; BFH v. 13.6.2006 – VII B 13/06, s. Fn. 10, Rdnr. 5.

¹⁵ BT-Drucks. 16/7077, S. 33.

¹⁶ BFH v. 9.8.2011 – VII R 2/11, s. Fn. 10; BGH v. 9.11.2009 – AnwZ (B) 83/08, AnwBl. 2010, 214 = BRAK-Mitt. 2010, 29 = NJW 2010, 1381, LS 2 und Rdnr. 12.

2. AUSNAHMEN ZUR DOPPELBERUFSTHEORIE

Zugeständnisse werden vom BGH¹⁷ nur insoweit eingeräumt, als Syndikusmandate für den Nachweis von Praxisfällen gem. § 5 FAO zur Führung von Fachanwaltsbezeichnungen unter bestimmten Bedingungen anerkannt werden. Weiterhin ist mit § 1, § 3 UWG vereinbar, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ im geschäftlichen, nicht anwaltlichen Bereich als Angestellter eines Unternehmens zu führen.¹⁸ Anwälten in Anstellungsverhältnissen steht gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 SGB VI ein Anspruch auf Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung zu; Tätigkeiten von Syndici werden als anwaltlich anerkannt, wenn sie rechtsberatend, rechtsentscheidend, rechtsgestaltend und rechtsvermittelnd sind.¹⁹

III. RESÜMEE FÜR DIE AUSLEGUNG DES BERUFS AUSÜBUNGSVERBOTS NACH § 46 ABS. 2 NR. 1 BRAO

Insbesondere die Anerkennung der Praxisfälle von Syndikusanwältinnen nach § 5 FAO wird damit gerechtfertigt, dass der Einfluss des Dienstberechtigten bzw. Arbeitgebers nur eine untergeordnete Rolle spielt.²⁰ Diese Begründung lässt sich auf die Auslegung des Tätigkeitsverbotes nach § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO übertragen.

1. KEINE INTERESSENGERECHTE PROBLEMLÖSUNG NACH DER ALLGEMEINEN JURISTISCHEN METHODENLEHRE

§ 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO normiert nach seinem klaren Wortlaut zwar das Tätigkeitsverbot, dass ein Anwalt, der „in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis“ rechtsbesorgend befasst war, nach Beendigung dieses Beschäftigungsverhältnisses in gleicher Angelegenheit als freier Anwalt nicht mehr forensisch tätig sein darf. Ein Umkehrschluss zur Parallelvorschrift des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO untermauert diese Auslegung. Sie erlaubt nämlich explizit die Fortsetzung der forensischen Interessenvertretung als freiberuflicher Rechtsanwalt in einer Angelegenheit, in der er zuvor als Angestellter nichtanwaltlich tätig war,²¹ weil von ihm eine geringere Missbrauchsgefahr ausgehe.²² Historisch gesehen hatte der Gesetzgeber

¹⁷ BGH v. 4.11.2009 – AnwZ (B) 16/09, s. Fn. 7; vgl. *Plitt/Stütze*, NJW 2011, 2556 (2557) zur „Aufweichung“ der Doppelberufstheorie.

¹⁸ OLG Nürnberg v. 8.6.1993 – 3 U 1075/93, AnwBl. 1994, 419 = BRAK-Mitt. 1995, 85 = NJW 1994, 2301, Rdnr. 23; *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 46, Rdnr. 13.

¹⁹ BayLSG v. 7.4.2004 – L 13 RA 45/03, juris, Rdnr. 19; HessLSG v. 20.1.2010 – L 8 KR 189/08, juris; SG Köln v. 15.12.2011 – S 31 R 865/10, BeckRS 2012, 66002; Merkblatt „Hinweise für nichtanwaltliche Arbeitgeber zu den Merkmalen einer anwaltlichen Tätigkeit“ zum Formular „Befreiung“ § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI (RAe) – Stand: 10/05“ der Deutschen Rentenversicherung; vgl. *Huff*, Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, BRAO § 46, Rdnr. 32; *Kury*, s. Fn. 2 (5); *Plitt/Stütze*, s. Fn. 17.

²⁰ Vgl. BGH v. 13.1.2003 – AnwZ (B) 25/02, s. Fn. 5.

²¹ *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, Rdnr. 23; *Kilian*, Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 45, Rdnr. 40; *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3, § 46, Rdnr. 35.

²² *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, Rdnr. 23; *Kilian*, Henssler/Prütting, s. Fn. 21.

diese Unterscheidung seinerzeit bewusst gewollt.²³ Andererseits kommt selbst einem klaren Gesetzeswortlaut nach der allgemeinen juristischen Methodenlehre nur indizielle Bedeutung zu.²⁴ Zudem wurde in der Gesetzesbegründung mit dem Hinweis, dass mit diesen Normen „nicht alle im Berufsrecht der Rechtsanwälte anstehenden Probleme ausgeräumt werden“,²⁵ der Weg für eine künftige Rechtsfortbildung zu § 46 Abs. 2 BRAO geebnet.²⁶

Nach ihrer ratio legis sollen beide Verbotsvorschriften Interessenskollisionen vermeiden, dadurch die anwaltliche Unabhängigkeit und Integrität (§ 1, § 3 Abs. 1 BRAO) gewährleisten und so das Vertrauen der Allgemeinheit in eine funktionierende Rechtspflege schützen.²⁷ Der Anwalt soll sich am Recht und nicht an den Unternehmenszielen seines ehemaligen Arbeitgebers orientieren. Insofern spricht auch nach der teleologischen Interpretation des § 46 Abs. 2 BRAO vieles für ein Tätigkeitsverbot des Rechtsanwalts, der vorher als angestellter Syndikusanwalt mit derselben Angelegenheit schon befasst war.

2. VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG DES TATBESTANDSMERKMALS „IN EINEM STÄNDIGEN DIENST- ODER ÄHNLICHEN BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNIS“

a) VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDENKEN GEGEN DIE DOPPELBERUFSTHEORIE

Bei uneingeschränkter Anwendung würde das Tätigkeitsverbot des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO die in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigen. Anwaltliche Tätigkeiten in Beschäftigungsverhältnissen gehören jedenfalls heute zum Kernbereich des eigentlichen anwaltlichen Tätigkeitsfeldes. Denn für das anwaltliche Berufsbild ist charakteristisch, dass es sich in den außergerichtlichen Bereich verlagert hat und nur noch zu 30 % forensischer Natur ist.²⁸ Anwälte nehmen verstärkt außerdisziplinäre Haupt- oder Zweitberufe an, u.a. in klein- und mittelständischen Betrieben.²⁹ Dort ist der oft einzige Jurist i.d.R. sowohl rechtsbesorgend als auch kaufmännisch bzw. erwerbswirtschaftlich tätig. Außerdem sind kauf-

männische Angelegenheiten ohnehin stets mit juristischen Fragen verbunden.³⁰ Allein deshalb erscheint die Doppelberufstheorie mit ihrer Funktionstrennung nicht mehr zeitgemäß.³¹ Ein Vergleich zu dem faktischen Abhängigkeitsverhältnis von in Kanzleien angestellten Anwälten unterstreicht dies. Während Syndikusanwälte in praxi ihre Position infolge ihres arbeitsrechtlichen Sozialschutzes selbstbewusst vertreten, das Direktionsrecht im Hinblick auf eine anwaltlich juristische Tätigkeit in Anstellungsverträgen teilweise sogar explizit eingeschränkt wird,³² ist das Verhältnis angestellter Rechtsanwälte zu ihrem Arbeitgeber und zu ihren Mandanten von einer extrem kundenorientierten Abhängigkeit geprägt, um ein ausreichendes Einkommen zu erzielen.³³ Deren berufsrechtliche Anerkennung steht hingegen außer Frage (vgl. § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO, § 26 BORA).³⁴ In der Literatur³⁵ wird § 46 BRAO deshalb wegen Verletzung der Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, daneben auch wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und infolge des fehlenden Bestimmtheiterfordernisses (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG)³⁶ für verfassungswidrig sowie wegen Verletzung des Art. 49 EG-Vertrag für europarechtswidrig gehalten.

b) SICHERUNG DER ANWALTlichen UNABHÄNGIGKEIT ALS GRUNDRECHTSSCHRANKE I.S.V. ART. 12 ABS. 1 SATZ 2 GG

Die Schranke für diese Berufsausübungsbeschränkung muss in ausreichenden Gründen des Gemeinwohls liegen. Dafür kommt in concreto nur die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit (§ 1, § 3, § 43a Abs. 1 BRAO) in Betracht.³⁷ Dem Tätigkeitsverbot des § 46 Abs. 2 BRAO kommt allerdings schon per se eine sehr weitreichende Wirkung und Tragweite zu.³⁸ Die oben beschriebenen Strukturveränderungen verleihen der Grundrechtsverletzung im Verhältnis zum Postulat der anwaltlichen Unabhängigkeit als rechtfertigenden Grund mittlerweile zusätzliches Gewicht. Um dem Rechnung zu tragen, wird das Tatbestandsmerkmal „in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis“ i.S.v. § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO verfas-

²³ BT-Drucks. 12/7656, S. 49; OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, AnwBl. 2009, 452 = BRAK-Mitt. 2009, 190, Rdnr. 26.

²⁴ Jarass, Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Einl., Rdnr. 7, Art. 20, Rdnr. 34; Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, Rdnr. 57, 78; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008, § 5 Abs. 1 Satz 2.

²⁵ BT-Drucks. 12/4993, S. 22; BT-Drucks. 12/7656, S. 46 f.

²⁶ Anhaltspunkte für die teleologische Interpretationsfähigkeit finden sich auch in der zugehörigen Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7656, S. 49.

²⁷ BR-Drucks. 93/93, S. 66, 88 f.; BT-Drucks. 12/4993, S. 23, 29 f.; BT-Drucks. 12/7656, S. 49; BVerfG v. 5.11.2001 – 1 BvR 1523/00, AnwBl. 2002, 182 = MDR 2002, 359 = NJW 2002, 503, Rdnr. 10; BGH v. 6.3.2006 – AnwZ (B) 37/05, AnwBl. 2006, 354 = BGHZ 166, 299 = BRAK-Mitt. 2006, 134 = DB 2006, 946 = DStR 2006, 2056 = NJW 2006, 1516, Rdnr. 11; OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 26; Huff, Gaier/Wolf/Göcken, s. Fn. 19, Rdnr. 8; Diskussionspapier des BRAK-Präsidiums, BRAK-Mitt. 2011, 58 (59).

²⁸ Koch, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 1, Rdnr. 49.

²⁹ BVerfG v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, s. Fn. 12, Rdnr. 102; Hettinger, MünchRAK-Mitt. 2/2012, 14 (15); Huff, KammerForum 2/2012, 52 (53), wonach 26 % aller im Kammerbezirk Köln neu zugelassenen Anwälte als Syndikusanwälte tätig sind; Kleine-Cosack, DB 2011, 2589; Mann, s. Fn. 3; Offermann-Burckart, s. Fn. 3.

³⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3655, S. 30, zum RDG; Bormann, Gaier/Wolf/Göcken, s. Fn. 19, § 45, Rdnr. 37; Kleine-Cosack, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 31.

³¹ In BR-Drucks. 93/93, S. 87, wurde diese Problematik erkannt.

³² Vgl. Offermann-Burckart, s. Fn. 3 (781).

³³ Huff, Gaier/Wolf/Göcken, s. Fn. 19, § 46, Rdnr. 19; vgl. AGH Bremen v. 10.10.2001 – 1 AGH 6/00, s. Fn. 3, Rdnr. 27; Kleine-Cosack, s. Fn. 3, § 1, Rdnr. 16; Offermann-Burckart, s. Fn. 3 (781); Redeker, NJW 2004, 889 (890); vgl. AGH Bremen v. 10.10.2001 – 1 AGH 6/00, s. Fn. 3, Rdnr. 27.

³⁴ Koch, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 2, Rdnr. 18.

³⁵ Kleine-Cosack, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 9 und § 46, Rdnr. 5, 36.

³⁶ Vgl. OLG Koblenz v. 29.11.2006 – 1 U 44/06, s. Fn. 10, Rdnr. 30; Hartung, Hartung, s. Fn. 3, Rdnr. 47 f., 51; Huff, Gaier/Wolf/Göcken, s. Fn. 19, § 46, Rdnr. 19, 27; Kleine-Cosack, s. Fn. 3 (469).

³⁷ BVerfG v. 5.11.2001 – 1 BvR 1523/00, s. Fn. 27, Rdnr. 13; BVerfG v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, s. Fn. 12, Rdnr. 128; BGH v. 25.2.1999 – IX ZR 384/97, s. Fn. 6, Rdnr. 20, 25, 29 f.; LG Köln v. 12.1.2012 – 91 O 77/11, BeckRS 2012, 02345 – Anm. II. 3; Böhnlein, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, Rdnr. 11; Hartung, Hartung, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 4 und § 46, Rdnr. 6, 47; § 46, Rdnr. 12; Kleine-Cosack, NJW 1994, 2249 (2254).

³⁸ Vgl. BGH v. 21.10.2010 – IX ZR 48/10, AnwBl. 2011, 65 = BRAK-Mitt. 2011, 38 = DB 2010, 2612 = MDR 2010, 1495 = NJW 2011, 373 = WM 2010, 2374, Rdnr. 11.

sungskonform in dem Sinne ausgelegt, dass von dem Beschäftigungsverhältnis die Gefahr ausgehen muss, dass der vormalige Dienstberechtigte bzw. Arbeitgeber auf die ausgeübte anwaltliche Tätigkeit Einfluss nehmen kann.³⁹ Darüber sind sich alle einig.

Kontrovers diskutiert wird indes die alles entscheidende Frage, wo die Grenze für diese Gefährdung zu ziehen ist. Soll nach wie vor der freie, vorwiegend forensisch tätige Anwalt Leitbild für die anwaltliche Unabhängigkeit sein,⁴⁰ bleibt die Kompromissbereitschaft erhalten. Hier gilt, jede abstrakte Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit zu verhüten. Doch diese Argumentation wäre zu einseitig. Sie ist nicht stimmig. Die Doppelberufstheorie rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von frei praktizierendem und Syndikusanwalt i.W. mit dem Recht, Einfluss auf den abhängig Beschäftigten nehmen zu können, und zwar unabhängig davon, ob und inwieweit tatsächlich Einfluss genommen wird. Geht es aber darum, ob ein Rechtsanwalt nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses als Syndikusanwalt seinen Arbeitgeber/Dienstberechtigten in gleicher Angelegenheit nun als freier Anwalt vertreten darf, tritt plötzlich die umgekehrte, jetzt aber rein tatsachenbezogene Argumentation zur Vermeidung einer Gefahr für die anwaltliche Unabhängigkeit zum Vorschein. Es kommt nicht mehr auf arbeitsvertragliche Beziehungen, sondern allein darauf an, dass die anwaltliche Unabhängigkeit nach einem beendeten Beschäftigungsverhältnis rein faktisch beeinträchtigt werden könnte.

Dieser Argumentationswechsel unterstellt, dass ein Syndikusanwalt nicht über die erforderliche Charakterstärke verfüge, sich von den Bindungen seines ehemaligen Arbeitgebers zu befreien,⁴¹ eine durch nichts begründete Hypothese. Im Gegenteil, ein Rechtsanwalt wird alles tun, um zu vermeiden, sich wegen einer Beeinflussung durch seinen vormaligen Arbeitgeber einer Anwaltschaft auszusetzen.⁴²

Des Weiteren dürfte bei dieser Gesamtabwägung die „Grenze der Zumutbarkeit“ nicht gewahrt sein.⁴³ Denn die Doppelberufstheorie basiert auf der überkommenen, nicht empirisch festgestellten Annahme eines von freier Selbstbestimmung geprägten Bildes des klassischen Rechtsanwalts.⁴⁴ Sie berücksichtigt in keiner Weise die zwischenzeitlich eingetretenen Strukturveränderungen.⁴⁵

Schließlich gibt es keinen sachlichen Grund für eine derart typisierte und generalisierte Argumentationsweise. Die anwaltliche Unabhängigkeit wird nämlich nur in geringem Maße tangiert, weil der Anwalt dieselben Interessen desselben Mandanten lediglich in anderer Funktion weiter vertritt. Damit fehlt es an der Verletzung des, in diesem Zusammenhang oft zitierten Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA).⁴⁶ Der Syndikusanwalt erfährt durch diese undifferenzierte Betrachtungsweise eine nicht zu rechtfertigende Sonderbelastung.⁴⁷ Im Verhältnis des angestellten Rechtsanwalts zum erwerbstätig angestellten Juristen (§ 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO) werden nämlich identischen Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit unterschiedliche Gewichte beigemessen.⁴⁸

Vor diesem Hintergrund ist eine so weitgehende Typisierung zur Rechtfertigung einer Grundrechtsschranke i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG unverhältnismäßig. Von einer Generalisierung aber gänzlich abzusehen, würde wiederum bedeuten, dass ein Tätigkeitsverbot ausschließlich bei Nachweis konkreter Gefährdungen ausgesprochen werden darf.⁴⁹ Dieses Extrem wäre nicht mit der gebotenen Präventivwirkung der Verbotsvorschrift für einen effektiven Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit in Einklang zu bringen.⁵⁰

c) DER FORMALJURISTISCHE ANSATZ DES EUGH ALS VERMITTELNDES LÖSUNGSMODELL

Wird an der Doppelberufstheorie festgehalten, so muss die Lösung in einem einheitlichen Maßstab für die Feststellung einer abstrakten Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit liegen. Nur so wird der Bedeutung anwaltlicher Tätigkeiten von Syndikusanwälten und damit der Verhältnismäßigkeit für die verfassungskonforme Auslegung des § 46 BRAO Rechnung getragen. Als Leitlinie mag die Begründung des EuGH dienen.⁵¹ Der EuGH rechtfertigt seine Rspr. zwar mit dem Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit durch Einhaltung berufsständischer Pflichten. Doch die Unterscheidung, ob es sich um eine unabhängige anwaltliche Tätigkeit handelt oder nicht, vollzieht er im Wesentlichen rein formaljuristisch am Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Art und Umfang eines tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses bleiben von nachrangiger Bedeutung. Allein abstrakt vertragsrechtliche Einflussmöglichkeiten entscheiden darüber, ob ein Syndikusanwalt in seinem Beschäftigungsverhältnis anwaltlich frei tätig ist.

³⁹ BVerfG v. 5.11.2001 – 1 BvR 1523/00, s. Fn. 27, LS 2 und Rdnr. 10, 17; BGH v. 25.2.1999 – IX ZR 384/97, s. Fn. 6, Rdnr. 31 f.; OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, LS und Rdnr. 30; LG Köln v. 12.1.2012 – 91 O 77/11, s. Fn. 37, Anm. II. 3; *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, Rdnr. 24; *Henssler*, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 46, Rdnr. 9; *Huff*, Gaier/Wolf/Göcken, s. Fn. 19, § 46, Rdnr. 19; *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 9 und § 46, Rdnr. 5, 36.

⁴⁰ BGH v. 25.2.1999 – IX ZR 384/97, s. Fn. 6, Rdnr. 29 ff.; *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, Rdnr. 26.

⁴¹ Vgl. OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 26, 30, wonach jedenfalls nach mehr als 3 Jahren seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Gefahr einer Beeinflussung mehr bestehe.

⁴² OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 30.

⁴³ Vgl. OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 30; *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, s. Fn. 24, Art. 12, Rdnr. 44.

⁴⁴ Vgl. *Koch*, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 1, Rdnr. 49.

⁴⁵ *Offermann-Burckart*, s. Fn. 3 (781).

⁴⁶ Vgl. *Hartung*, *Hartung*, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 3.

⁴⁷ *Huff*, s. Fn. 3; *Prosegga*, MDR 2003, 609 (611); *Hartung*, *Hartung*, s. Fn. 3, § 46, Rdnr. 36, *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3 (469), *ders.*, s. Fn. 3, § 46, Rdnr. 9, 17; *Pankau*, DB 2008, 2295 (2296) und *Redeker*, s. Fn. 33, vermuten eher einen Konkurrenzschutz für freie Rechtsanwälte.

⁴⁸ Vgl. OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 26, 30; *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, s. Fn. 24, Art. 12, Rdnr. 51.

⁴⁹ So aber *Henssler*, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 46, Rdnr. 9; *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3, § 46, Rdnr. 7, 10, 13.

⁵⁰ *Bartosch-Koch*, AnwBl. 2010, 237 (240).

⁵¹ EuGH v. 6.9.2012 – C-422/11 u.a. (Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej), s. Fn. 8.

Im Umkehrschluss fehlt es an einer abstrakten Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit, wenn von dem Beschäftigungsverhältnis keine rechtlichen Einflussmöglichkeiten (mehr) ausgehen (arg. e § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO),⁵² wenn es also beendet ist. Selbst ein noch bestehendes Beschäftigungsverhältnis (vgl. § 46 Abs. 1 BRAO) strahlt keine abstrakte Gefahr für die anwaltliche Unabhängigkeit aus, wenn eine Einflussnahme des Arbeitgebers auf die juristische Tätigkeit des Syndikusanwalts vertraglich ausgeschlossen ist. Der Verdacht eines in diesem Fall denkbaren Gestaltungsmissbrauchs müsste dadurch ausgeräumt sein, dass der Geschäftsablauf eines Syndikusanwalts nach seinem äußeren Erscheinungsbild im Wesentlichen dem eines selbstständigen Rechtsanwalts entspricht. Neben abgetrennten, abschließbaren Büroräumen oder wenigstens nur dem Syndikusanwalt zugänglichen Akten-schränken, einer von der Geschäftsleitung unkontrollierten Korrespondenz und einem eigenen E-Mail-Server⁵³ muss dem Syndikusanwalt für seinen Aufgaben- und Verantwortungsbereich eine von der Geschäftsleitung autonome Vertretungsvollmacht eingeräumt sein, soweit dies gesellschaftsrechtlich zulässig ist. Rein faktische Beeinflussungen, die für eine konkrete Gefahr sprechen, bleiben auch hier zunächst unberücksichtigt.

Wird in diesen Fällen allerdings der Nachweis geführt, dass der Dienstberechtigte/Arbeitgeber die Tätigkeit seines Syndikusanwalts tatsächlich beeinflusst, ist sie nach § 46 BRAO verboten.⁵⁴ Der Effekt dieses Lösungsmodells ist eine Beweislastumkehr für den Nachweis einer konkreten Gefährdung. Auf diese Weise wird die Berufsausübungsfreiheit für Syndikusanwälte bei der

Güterabwägung für die Verhältnismäßigkeit i.e.S. angemessen berücksichtigt.

IV. FAZIT

Die Rechtsanwaltschaft braucht rechtspolitisch gewiss eine, ihren gewandelten Bedürfnissen angepasste moderne Berufsordnung, um den Anforderungen der Wirtschaft im internationalen Vergleich Rechnung tragen zu können. Sicherlich könnten auch empirische Untersuchungen einen repräsentativen Einblick in die aktuelle Anwaltslandschaft mit ihren Tätigkeitsprofilen geben und somit Annahmen einer der Meinungsrichtungen entkräften. Bis dahin dürfte es schwer fallen, die h.M. zu einer Abkehr von ihrer Doppelberufstheorie zu bewegen. Nach dem formaljuristischen Verständnis des EuGH führt die Doppelberufstheorie jedenfalls für die Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet, zu durchaus interessensgerechten Ergebnissen. Für die Abgrenzung zwischen der Tätigkeit eines freien Rechtsanwalts und der eines Syndikusanwalts kommt es für ihn primär nur auf die rein vertragsrechtliche Einflussmöglichkeit des (vormaligen) Dienstberechtigten bzw. Arbeitgebers an.

Bei konsequenter einheitlicher Anwendung dieses Abgrenzungsmaßstabs ist das Tätigkeitsverbot des § 46 BRAO verfassungskonform restriktiv dahingehend auszulegen, dass von dem Beschäftigungsverhältnis keine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit ausgeht, solange ein Dritter auf die anwaltliche Tätigkeit von Syndikusanwälten rein rechtlich keinen Einfluss nehmen kann. Diese Unabhängigkeit trifft im Regelfall für die Zeit nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu. Sie ist aber auch dann zu vermuten, wenn eine Einflussnahme auf die anwaltlichen Tätigkeiten eines Syndikusanwalts dienst- oder arbeitsvertraglich ausgeschlossen ist und darin kein Gestaltungsmissbrauch gesehen werden kann. In diesen Fällen müsste eine konkrete Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit nachgewiesen werden, um das Tatbestandsmerkmal eines „ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses“ i.S.v. § 46 BRAO noch zu erfüllen.

⁵² BR-Drucks. 93/93, S. 88; BVerfG v. 5.11.2001 – 1 BvR 1523/00, s. Fn. 27, Rdnr. 17 ff.; OLG Frankfurt v. 16.4.2009 – 2 U 243/08, s. Fn. 23, Rdnr. 26, 30; OLG Koblenz v. 29.11.2006 – 1 U 44/06, s. Fn. 10, LS 2 und Rdnr. 32; *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, s. Fn. 18, § 46, Rdnr. 26; *Hartung*, Hartung, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 45.

⁵³ Vgl. *Kury*, s. Fn. 2 (5), zu Bedingungen für eine mögliche Ausweitung des Zeugnisverweigerungsrechts und des Beschlagnahmeverbotes auf Synikusanwälte.

⁵⁴ Vgl. BVerfG v. 5.11.2001 – 1 BvR 1523/00, s. Fn. 27, Rdnr. 10; OLG Koblenz v. 29.11.2006 – 1 U 44/06, s. Fn. 10, LS 2 und Rdnr. 30; *Kleine-Cosack*, s. Fn. 3, § 45, Rdnr. 9, 28; *Kilian*, Henssler/Prütting, s. Fn. 21, § 45, Rdnr. 1a.

BEFREIUNG NACH § 6 SGB VI INFOLGE TÄTIGKEITSWECHSEL

RECHTSANWALT JAN HORN, BERLIN*

Das Bundessozialgericht hat mit seinen Entscheidungen v. 31.10.2012 das oftmals als „Magna Charta“¹ der berufsständischen Versorgung bezeichnete Befreiungsrecht der verkammerten Freien Berufe von der ge-

setzlichen Rentenversicherungspflicht, das infolge der großen Rentenreform von 1957 und dem Verweis der Freiberufler „vom Tisch der Solidarität in der Rentenversicherung“² auf solidarische Hilfe zur Selbsthilfe im früheren § 7 Abs. 2 Angestelltenversicherungsgesetz

* Der Autor ist Referent der Geschäftsführung der Arbeitsgemeinschaft Berufsständischer Versorgungseinrichtungen.

¹ *Reusch*, rv 1987, S. 169.

² *Butzer*, Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl. 2011, § 16, Rdnr. 6f.; *Hartmann/Horn*, HKAKM, Rdnr. 2 (Stand: 41. EG, April 2012), *Reusch*, rv 1987, S. 169.