

AUGUST 2021
52. JAHRGANG

4/2021

S. 217–276

BEIRAT

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln
RA Prof. Dr. Christoph Knauer, München
RAin Dr. Sigrid Wienhues, Hamburg
Prof. Dr. Christian Wolf, Hannover

www.brak-mitteilungen.de



Organigramm Videotelefonie Datenschutz

vOFFICE
Software für Video-
konferenzen und
Büro-Organisation

RA-MICRO



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

BRAK

MITTEILUNGEN

Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht

AKZENTE

U. Wessels

Blick in die Glaskugel

AUFSÄTZE

T. Nitschke

Die große BRAO-Reform im Überblick

K. von Lewinski

Digitale Teilnahme an Lehrveranstaltungen zum
anwaltlichen Berufsrecht

N. Flegler

Fünf Jahre neues Syndikusrecht

M.-Chr. Pieronczyk

Abfindungsvereinbarungen und nachvertragliche
Wettbewerbsbeschränkungen

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

AGH Nordrhein-Westfalen

Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter als erlaubte
Rechtsdienstleistung (Anm. T. Winkler)

BVerfG

Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers
(Anm. Chr. Dahns)

Print-Maus“,⁴¹ am Ende noch mit einem Tracking der Lebewegungen der Augen, datenschutzrechtlich zumindest angreifbar, für Erwachsene unwürdig und zudem umgehungsanfällig. Denkbar wäre aber etwa eine Analyse der Mausbewegungen oder des Tippverhaltens. Aus der Praxis berichtet wird von einer Button-Lösung, bei der zeitlich zufällig eine Schaltfläche zur Bestätigung der Anwesenheit oder eine einfache Kontrollfrage auftaucht.⁴²

b) LERNERFOLGSKONTROLLEN

Lehrveranstaltungen in Anlehnung an § 15 IV FAO enthalten ebenfalls ein Kontrollelement.⁴³ Diese Lernkontrollen sind, wie sich auch aus einem Vergleich zu der Formulierung des § 4 I 2 FAO ergibt, *zusätzlich*; sie sind nicht Teil der Lehrveranstaltung, sondern überprüfen retrospektiv und typisiert den Erfolg der Präsenz bei einer solchen.

Hierfür kann beispielgebend auf ein – wohl erfolgreiches – Konzept der Fernuniversität in Hagen (im Rahmen des § 4 I FAO) hingewiesen werden, wo Einsendeaufgaben und Lernerfolgskontrollen die Teilnahme bele-

⁴¹ So ausdrücklich *Vossebürger*, in Feuerich/Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 15 FAO Rn. 4b.

⁴² *Dahns*, NJW-Spezial 2016, 510, 510.

⁴³ *Scharmer*, in Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 7. Aufl. 2020, § 15 FAO Rn. 90.

gen.⁴⁴ Alternativ könnten auch zum Abschluss einzelner Lerneinheiten oder des Kurses insgesamt gleich im Kurs (Single- oder Multiple-Choice-)Tests durchgeführt werden. Jeweils müssen die Kontrollfragen nicht alle und vollständig richtig beantwortet werden, sondern nur in einem Maße, das dem Mindestlernerfolg in einem Präsenzseminar entspricht.

IV. ERGEBNIS: DIGITALER SITZSCHEIN NACH FACHANWALTSART

Ob dem Niveau der Berufsrechtskenntnis in der Anwaltschaft mit dem Sitzschein eines zehnstündigen Lehrgangs in der Sache ein großer Dienst erwiesen worden ist, wird die Zukunft zeigen. Jedenfalls hat der Gesetzgeber elektronische Fortbildungsangebote in diesem Bereich bewusst ermöglicht. Mit der Übertragung von bewährten Formen aus der Fachanwaltsausbildung sollte sich für jede angehende Rechtsanwältin und jeden frischen Rechtsanwalt eine passende Gelegenheit finden, dieser neuen Berufspflicht während der Ausbildung oder jedenfalls kurz nach der Zulassung zu genügen.

⁴⁴ Dazu *Scharmer*, in Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 7. Aufl. 2020, § 4 FAO Rn. 18; zur kompensierenden Wirkung der Bearbeitung von Einsendeaufgaben allgemein *Vossebürger*, in Feuerich/Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 4 FAO Rn. 4.

FÜNF JAHRE NEUES SYNDIKUSRECHT

EINE ZWISCHENBILANZ ZUR ZULASSUNG DES SYNDIKUSRECHTSANWALTS

ASS. JUR. NADJA FLEGLER, HANNOVER*

Die zum 1.1.2016 geschaffene neue Konzeption des Syndikusrechtsanwalts, geregelt in § 46 II-V BRAO, stellte die Zulassungsvoraussetzungen und die Voraussetzungen der Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht für Juristinnen und Juristen, die für nicht-anwaltliche Arbeitgeber tätig sind, auf neue Füße. Von ihrem Inkrafttreten an warf die Neuregelung zahlreiche Fragen auf, die von Rechtsanwaltskammern und Anwaltsgerichtsbarkeit zu klären waren. Die Autorin gibt einen Überblick über die seither ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Syndikuszulassung. Dazu zeigt sie noch offene Fragen auf und erörtert die vom Gesetzgeber soeben im Rahmen der großen BRAO-Reform neu geschaffene Möglichkeit der Drittberatung durch Syndici.

* Die Autorin ist Doktorandin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Prozess- und Anwaltsrecht der Leibniz Universität Hannover.

I. EINFÜHRUNG

Seit nunmehr über fünf Jahren kennt das anwaltliche Berufsrecht die mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung¹ zum 1.1.2016 neugeschaffene Figur des Syndikusrechtsanwalts. Seitdem ist der Syndikusrechtsanwalt ein Rechtsanwalt i.S.d. BRAO – für ihn gelten im Wesentlichen dieselben anwaltlichen Berufspflichten. Mit der Neuordnung der §§ 46 ff. BRAO wurde ein Weg geschaffen, dass der Assessor auch im Unternehmen als Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) tätig werden kann.

Ursprünglich konnte der als Assessor zugelassene Rechtsanwalt nur als angestellter Unternehmensjurist im Unternehmen tätig sein. Nunmehr bestehen mehrere Möglichkeiten: Zum einen kann er als Assessor im

¹ BGBl I 2015, 2517.

Unternehmen ohne Anwaltszulassung arbeiten. Neben seiner Tätigkeit im Unternehmen kann er aber auch, wie früher im Zweitberuf, als Rechtsanwalt außerhalb des Unternehmens tätig sein. Dies entspricht der alten Doppelberufstheorie. Schließlich kann er im Unternehmen als Syndikusrechtsanwalt arbeiten und sich unter Umständen daneben in seinem Zweitberuf als Rechtsanwalt nach § 4 BRAO zulassen. Im Nachfolgenden soll der Fokus auf die Zulassungsvoraussetzungen für den Syndikusrechtsanwalt und ihre insb. von der Rechtsprechung getragene Entwicklung gelegt werden.

Seit dem 1.1.2016 bedarf es für die Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt einer tätigkeitsspezifischen und von der Zulassung als Rechtsanwalt gesonderten Zulassung.² Synchron zur Zulassung als Rechtsanwalt ist auch die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt auf Antrag von der zuständigen Rechtsanwaltskammer zu erteilen, soweit (1.) die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltschaft des § 4 BRAO vorliegen, § 46a I Nr. 1 BRAO sowie (2.) kein Zulassungsversagungsgrund nach § 7 BRAO gegeben ist, § 46a I Nr. 2 BRAO. Über diese Voraussetzungen hinaus hat die ausübende Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts den Anforderungen der § 46 II-V BRAO zu entsprechen, § 46a I Nr. 3 BRAO.³ Als Syndikusrechtsanwalt i.S.d. § 46 II 1 BRAO kann nur derjenige zugelassen werden, der im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses für einen nichtanwaltschaftlichen Arbeitgeber anwaltschaftlich tätig ist. Angelehnt an die „Vier-Kriterien-Theorie“ der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund soll der als Syndikusrechtsanwalt zugelassene Anwalt kumulativ rechtsberatend, rechtsvermittelnd, rechtsgestaltend sowie rechtsentscheidend tätig sein.⁴

Während die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen bereits umfassende Klärung in Literatur und Rechtsprechung zur Zulassung des Rechtsanwalts erfahren haben, ist die Neukonzeption des § 46 II-V BRAO mit ihrem Inkrafttreten seit 2016 Gegenstand zahlreicher Entscheidungen der Anwaltsgerichtsbarkeit geworden. Es galt, viele Fragen rund um die Zulassungsvoraussetzungen des Syndikusrechtsanwalts durch Rechtsanwaltskammern und Rechtsprechung zu klären. Nicht zu allerletzt hat sich nunmehr auch der Gesetzgeber in der Diskussion um die Möglichkeit der Drittberatung sowie vorübergehender Abordnungen zu Wort gemeldet und die (neue) Fahrtrichtung vorgegeben.⁵

Zwecks dieses Beitrags wurden 47 seit dem 1.1.2016 entschiedene BGH-Verfahren⁶ sowie 131 AGH-Verfah-

ren⁷ im Hinblick auf die Zulassungsvoraussetzungen erfasst und untersucht. Vor dem Hintergrund dieser gesammelten Rechtsprechung soll im Folgenden ein Überblick zum derzeitigen Stand in der Judikatur, aber auch zu aktuellen Gesetzesänderungen gegeben werden.

II. SYNDIKUSANWALTSCHAFT IM ZAHLEN-ÜBERBLICK

Während die Anzahl zugelassener Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Rückblick der letzten Jahre einen leichten Rückgang verzeichnet,⁸ steigt die Zahl zugelassener Syndikusrechtsanwälte ebenso wie die Anzahl der Doppelzulassungen an: Zum 1.1.2017 konnten bereits 9.710 zugelassene Syndikusrechtsanwälte verbucht werden, von denen 8.753 mit Doppelzulassung als „Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt“ und nur 957 ausschließlich als Syndikusrechtsanwalt zugelassen worden sind. Inzwischen (Stand: 1.1.2021) sind knapp 20.000 Syndikusrechtsanwälte auf dem deutschen Anwaltsmarkt zugelassen, davon 16.537 mit Doppelzulassung als „Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt“ und 4.410 als Syndikusrechtsanwälte.⁹ Aus diesen Zahlen ergibt sich seit 2017 für die ausschließlich als Syndikusrechtsanwalt Zugelassenen ein prozentualer Anstieg von 360,8 %, während die Anzahl der Mitglieder mit Doppelzulassung einen Anstieg von 88,9 % verzeichnet.¹⁰

III. PERSON DES KLÄGERS

In den die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt betreffenden Verfahren findet sich überwiegend die DRV Bund in der Position der Klägerin wieder: In knapp 75 % der zwecks dieses Beitrags erfassten BGH-Verfahren¹¹ klagte die DRV gegen die zuständige Rechtsanwaltskammer und deren Zulassung eines Syndikusrechtsanwalts. Aufgrund der Anhörungs- und Mitteilungspflicht der Rechtsanwaltskammer ist die DRV Bund nicht nur am Verfahren Beteiligte, § 46a II 1, 2 BRAO, sondern ihr steht als Dritte des Verwaltungsaktes mit Drittwirkung auch der Klageweg offen, §§ 46a II 3, 112a I BRAO.¹² Erstinstanzlich wurden insgesamt 131 AGH-

² BT-Drs. 18/5201, 35; Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46 BRAO Rn. 46; Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 46a Rn. 11; BeckOK BRAO/Günther, 6. Ed. Stand: 1.2.2020, § 46a BRAO Rn. 6.

³ Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46a BRAO Rn. 6.

⁴ BT-Drs. 18/5201, 16 f.

⁵ BT-Drs. 19/30516; BT-Drs. 27670.

⁶ Vgl. hierzu den tabellarischen Überblick der erfassten BGH-Entscheidungen unter V. Die Verfasserin erhebt keinen Anspruch auf vollständige Rechtsprechungserfassung. Vielmehr dient die Untersuchung und Sammlung ergangener Judikatur einer ersten Überblickserschaffung.

⁷ In Anbetracht des Umfangs wurde auf eine tabellarische Darstellung der 131 AGH-Entscheidungen verzichtet.

⁸ Waren es 2017 noch 154.685 zugelassene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, konnten 2021 nur noch 144.711 verbucht werden, Zahlenquelle: Mitgliederstatistiken 2017 bis 2021 der BRAK, abrufbar unter [https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/\(zuletzt abger. am 19.7.2021\)](https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/(zuletzt%20abger.%20am%2019.7.2021)). Vgl. zum prozentualen Rückgang zugelassener Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Abb. 2; zur Entwicklung in absoluten Zahlen Abb. 3.

⁹ Quelle: Mitgliederstatistik der BRAK, Stand: 1.1.2021, abrufbar unter: <https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/>. Vgl. zur Entwicklung der als Syndikusrechtsanwalt zugelassenen Mitglieder in absoluten Zahlen Abb. 1 und Abb. 3.

¹⁰ Vgl. zum prozentualen Zuwachs der als „Syndikusrechtsanwalt“ oder „Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt“ zugelassenen Mitglieder die Abb. 2.

¹¹ In 35 der 47 BGH-Verfahren war die DRV Bund in der Position der Klägerin.

¹² BT-Drs. 18/5201, 34; Weyland/Träger, § 46a Rn. 21 ff.; Offermann-Burckart, AnwBl. 2/2016, 125 (129).

Abb. 1: Entwicklung der Anzahl zugelassener Syndikusrechtsanwälte 2017 bis 2021¹³

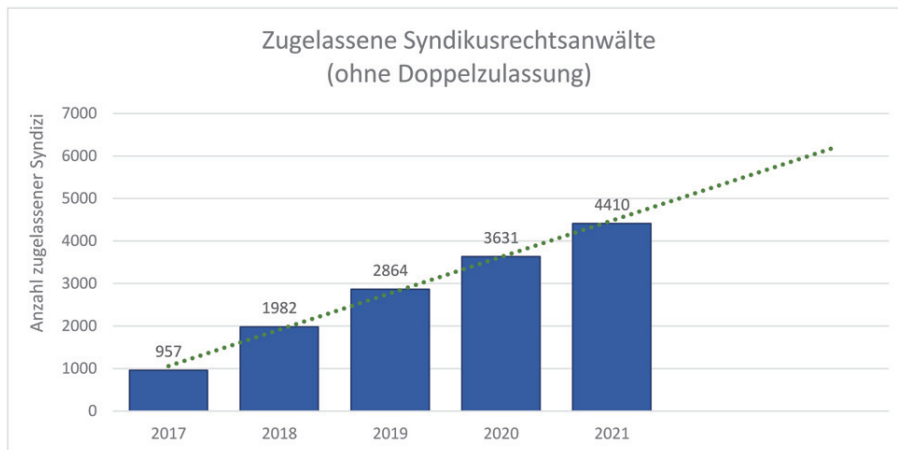


Abb. 2: Prozentualer Zuwachs/Rückgang zugelassener Mitglieder der Gruppierungen „Syndikusrechtsanwalt ohne Doppelzulassung“, „Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt“, „Rechtsanwalt“¹⁴

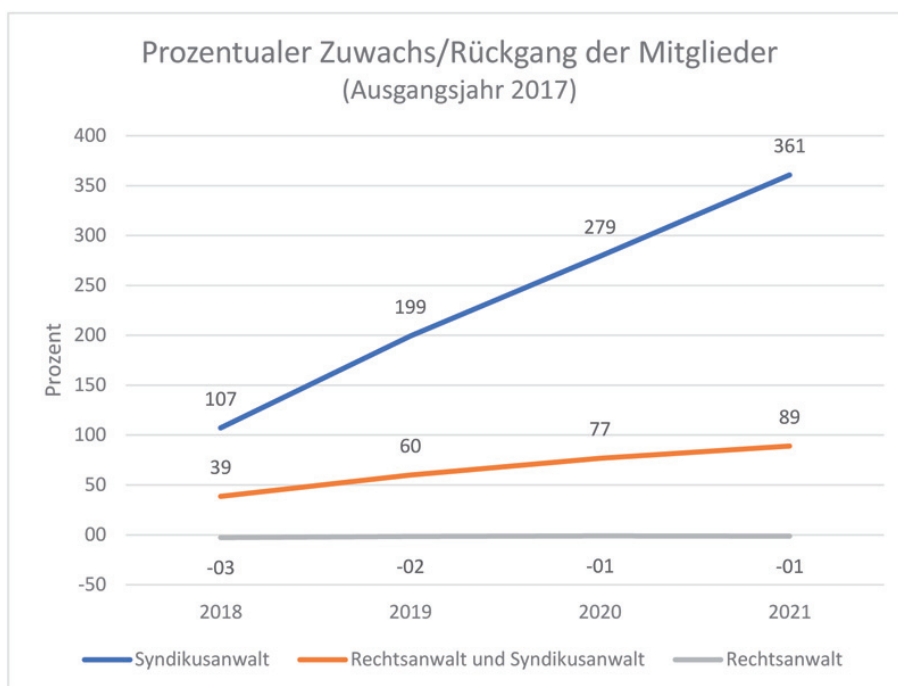
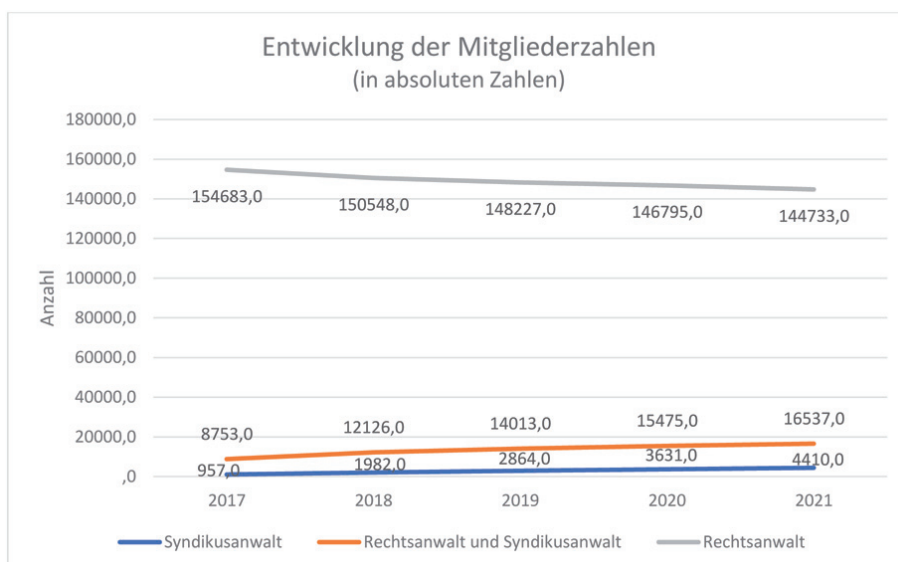


Abb. 3: Entwicklung in absoluten Zahlen der zugelassenen Mitglieder der Gruppierungen „Syndikusrechtsanwalt ohne Doppelzulassung“, „Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt“, „Rechtsanwalt“¹⁵



Verfahren untersucht,¹⁶ von denen in 105 Verfahren die DRV Bund durch Anfechtungsklage gegen eine Entscheidung der Rechtsanwaltskammer vorgegangen ist. Damit lag die klägerische Beteiligung der DRV Bund – zumindest in den vorliegenden untersuchten Verfahren – in erster Instanz sogar bei knapp über 80 %. In nur weniger als 20 % der Verfahren ist der Antragsteller mit einer Verpflichtungsklage gegen die Versagung seiner Zulassung als Syndikusrechtsanwalt vorgegangen.

Damit ergibt sich in den meisten Fällen die Trias-Konstellation aus der DRV Bund in der Stellung der Klägerin, der zuständigen Rechtsanwaltskammer als Beklagte sowie des zugelassenen Syndikusrechtsanwalts in der Stellung des Beigeladenen. Entsprechend der Klägerstellung liegt damit in über 80 % der Fälle die Beweislast bei der Rentenversicherung, welche das Nichtvorliegen zumindest eines allgemeinen oder besonderen Zulassungsmerkmals i.S.d. § 46 II-V BRAO darlegen muss. Von einer restriktiven Zulassungspraxis der Rechtsanwaltskammern kann daher nicht gesprochen werden.

Hintergrund der Neuregelung war der Wunsch der Unternehmensjuristen, welche zugleich als Rechtsanwälte zugelassen waren, nach einer Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht nach § 6 I SGB VI, um sowohl bezüglich ihrer Einkünfte aus selbstständi-

¹³ Zahlenquelle: Mitgliederstatistiken 2017 bis 2021 der BRAK, online abrufbar unter <https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/>.

¹⁴ Zahlenquelle: Mitgliederstatistiken 2017 bis 2021 der BRAK, online abrufbar unter <https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/>.

¹⁵ Zahlenquelle: Mitgliederstatistiken 2017 bis 2021 der BRAK, online abrufbar unter <https://brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/archiv-statistiken/>.

¹⁶ In 105 der 131 erfassten AGH-Verfahren befand sich die DRV Bund in der Position der Klägerin.

ger Tätigkeit als auch aus abhängiger Beschäftigung einheitlich in die jeweiligen Versorgungswerke einzahlen zu können. Der praeter legem entwickelte Weg einer Befreiung von § 6 SGB VI, soweit der Unternehmensjurist bei seiner Tätigkeit im Unternehmen bestimmte Voraussetzungen erfüllte und zugleich als Rechtsanwalt zugelassen war, wurde durch die grundlegenden Entscheidungen des BSG aus dem Jahr 2014 beendet.¹⁷ Die neue Regelung war damit primär von dem Wunsch geprägt, den Unternehmensjuristen einen Weg in die Versorgungswerke aufzuzeigen.

Für die gesetzliche Rentenversicherung war und ist dies eine nicht unerhebliche Belastung. Hierdurch fällt ein zahlungskräftiger Teil der abhängig Beschäftigten mit geringem Frühverrentungsrisiko als Beitragszahler weg. Eine weite Auslegung und Anwendung der Zulassungsvoraussetzungen des § 46 II-IV BRAO liegt damit nicht im Interesse der DRV Bund. Hat die zuständige Rechtsanwaltskammer erst einmal eine bestandskräftige Entscheidung über die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt getroffen, ist die DRV Bund bei ihrer „Entscheidung über die Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 6 I 1 Nr. 1 und III des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch an die bestandskräftige Entscheidung der Rechtsanwaltskammer“ gebunden, § 46a II 4 BRAO.¹⁸

IV. DIE ZULASSUNGSMERKMALE DES § 46 BRAO IN DER RECHTSPRECHUNG

§ 46 II 1 BRAO definiert den Syndikusrechtsanwalt als einen Rechtsanwalt, der im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses für einen nichtanwaltlichen Arbeitgeber als Rechtsanwalt tätig ist. Für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt bedarf es auf Seiten der besonderen Zulassungsvoraussetzungen folglich der Anstellung bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber (§ 46 V BRAO), der Ausübung einer fachlich unabhängigen (§ 46 IV BRAO – Modus der Tätigkeit) anwaltlichen Tätigkeit (§§ 46 II 1, III BRAO – Objekt der Tätigkeit), sowie der anwaltlichen Prägung des Anstellungsverhältnisses in seiner Gesamtschau (§ 46 III BRAO).

1. DIE ANWALTICHE TÄTIGKEIT

Im Sinne von § 46 II-IV BRAO muss es sich bei der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts um eine ihrem „Objekt und ihrem Modus nach“¹⁹ anwaltliche Tätigkeit handeln. Eine anwaltliche Tätigkeit, wie sie in § 46 II 1 BRAO für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt gefordert ist, liegt dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine fachlich unabhängige und eigenverantwortlich ausgeübte Tätigkeit sowie durch die Merkmale des § 46 III Nr. 1-4 BRAO geprägt ist. Mit anderen Worten:

Die Tätigkeit muss den Merkmalen des Abs. 3 Nr. 1-4 entsprechen sowie nach § 46 IV BRAO fachlich unabhängig und weisungsfrei ausgeübt werden. Darüber hinaus bedarf es einer anwaltlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses, d.h. der Anteil der Tätigkeit, die den Absätzen 3 und 4 entspricht, muss in der Gesamtschau den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses ausmachen – in den Worten der Rechtsprechung muss sie das Arbeitsverhältnis beherrschen. Die Voraussetzungen der Absätze 2-5 müssen kumulativ vorliegen und sind demnach Gegenstand eines jeden die Zulassung betreffenden Verfahrens.

a) DAS OBJEKT DER TÄTIGKEIT

Das Objekt der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts muss durch die in § 46 III Nr. 1-4 BRAO normierten Merkmale geprägt sein. Angelehnt an die „Vier-Kriterien-Theorie“ der DRV Bund²⁰ muss die Tätigkeit des Syndikus rechtsberatend, rechtsvermittelnd, rechtsgestaltend oder rechtsentscheidend sein.²¹ Konkret soll Ziel und Gegenstand der Tätigkeit die Prüfung von Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung des Sachverhalts, sowie das Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten (§ 46 III Nr. 1.), die Erteilung von Rechtsrat (§ 46 III Nr. 2), die Ausrichtung der Tätigkeit auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen, insb. durch das selbstständige Führen von Verhandlungen, oder auf die Verwirklichung von Rechten (§ 46 III Nr. 3) sowie die Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten (§ 46 III Nr. 4), sein.

Welche konkreten Tätigkeiten diesen Kriterien entsprechen, wurde Gegenstand zahlreicher Entscheidungen der Judikatur. Als „nicht anwaltlich“ beurteilt die Rechtsprechung u.a. die Folgenden:

So ist die alleinige *Lektoratsarbeit* weder rechtsberatend, noch -vermittelnd, -gestaltend oder -entscheidend.²² Die Überprüfung und Klärung genereller Rechtsfragen anhand der aktuellen Rechtsentwicklung ist zwar eine juristische Tätigkeit, nicht jedoch zwingend eine anwaltliche.²³ „Irgendetwas mit Recht“ macht die Tätigkeit nicht automatisch zu einer anwaltlichen Tätigkeit. Auch die *Lektüre juristischer Fachzeitschriften* stellt nicht zwingend eine anwaltliche Tätigkeit dar. Vielmehr handelt es sich um eine Hilfstätigkeit, derer sich der Anwalt bedient, um zur Wahrung der Qualität seiner Rechtsberatung auf dem aktuellen Stand der Rechtsdinge zu bleiben. Dementsprechend kann die bloße Lektüre juristischer Fachzeitschriften ein nicht anwaltlich geprägtes Anstellungsverhältnis nicht zu einem durch anwaltliche Tätigkeiten geprägten Arbeitsverhältnis machen.²⁴

Unschädlich ist hingegen, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit auf dem *anvisierten wirtschaftlichen Ergebnis*

¹⁷ BSG, Urt. v. 3.4.2014 – B 5 RE 3/14 R, BRAK-Mitt. 2014, 265.

¹⁸ Weyland/Träger, § 46a BRAO Rn. 28; Kilian, DStR 2019, 1094; Offermann-Burckardt, NJW 2016, 113 (116).

¹⁹ Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46 BRAO Rn. 4.

²⁰ BT-Drs. 18/5201, 16 f.

²¹ Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46 BRAO Rn. 55.

²² AGH NRW, Urt. v. 22.2.2018 – 1 AGH 83/16, BRAK-Mitt. 2018, 150.

²³ AGH NRW, Urt. v. 22.2.2018 – 1 AGH 83/16, BRAK-Mitt. 2018, 150 Rn. 34.

²⁴ BGH, Beschl. v. 18.12.2019 – AnwZ (Bfng) 78/18, BeckRS 2019, 35616 Rn. 14.

liegt, zu dem man infolge anwaltlicher Arbeit gelangt. Der Fokus auf dem wirtschaftlichen Interesse – und gerade nicht auf der rechtlichen Beratung – schadet grundsätzlich nicht dem Merkmal der anwaltlichen Tätigkeit.²⁵ Anwaltliche Tätigkeit besteht nicht nur in einer rechtlichen Bewertung, sondern muss eben auch die wirtschaftlichen Interessen des Mandanten mitbewerten.

b) DER MODUS DER TÄTIGKEIT

Die anwaltliche Tätigkeit muss vom Syndikusrechtsanwalt *fachlich unabhängig und eigenverantwortlich* ausgeübt werden, § 46 III BRAO. „Eine fachlich unabhängige Tätigkeit im Sinne des Absatzes 3 übt nicht aus, wer sich an Weisungen zu halten hat, die eine eigenständige Analyse der Rechtslage und eine einzelfallorientierte Rechtsberatung ausschließen“, § 46 IV 1 BRAO. Damit hat der Gesetzgeber ein Paradoxon des einerseits unabhängigen Organs der Rechtspflege und andererseits des arbeitsvertraglich abhängigen, angestellten Syndikusrechtsanwalts geschaffen.²⁶

Dieses Paradoxon ist bereits durch den bei einem anwaltlichen Arbeitgeber angestellten Rechtsanwalt i.S.d. § 46 I BRAO bekannt. Abzustellen ist nicht auf die persönliche Unabhängigkeit, die geradezu konstitutiv für das Arbeitsverhältnis des angestellten Rechtsanwalts oder Syndikusrechtsanwalts ist, sondern auf die fachliche Unabhängigkeit. Diese muss sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet sein. Die Gewährleistung der fachlichen Unabhängigkeit ist vom Arbeitgeber des Syndikusrechtsanwalts nicht nur vertraglich, sondern auch tatsächlich zu gewährleisten, § 46 IV 2 BRAO.²⁷ Gleichzeitig ist eine Weisungsgebundenheit für den Syndikusrechtsanwalt nach ständiger Rechtsprechung des BGH insoweit unschädlich, als dass sie keine innerhalb des Arbeitsverhältnisses darstellt und der Arbeitgeber diesen Weisungen gleichfalls unterliegt.²⁸

Mit Urteil vom 7.12.2020 hat der Anwaltssenat des BGH entschieden, dass es dem *GmbH-Geschäftsführer* aufgrund seiner organschaftlichen Weisungsgebundenheit i.S.d. § 37 GmbHG an der erforderlichen fachlichen Unabhängigkeit fehle.²⁹ Ein GmbH-Geschäftsführer ist nach § 37 GmbHG grundsätzlich den Weisungen der Gesellschafter unterworfen. Daher hat er nicht die erforderliche Unabhängigkeit um als Syndikusrechtsanwalt zugelassen werden zu können.³⁰ Die Freistellungen

von Weisung im Arbeitsvertrag alleine ist nicht ausreichend um die geforderte Unabhängigkeit zu erzielen. Nur wenn die Gesellschafter auch in der Satzung der GmbH auf ihr Weisungsrecht verzichten, besteht die notwendige Unabhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers. Die Entscheidung des Anwaltssenat des BGH mit Urteil vom 18.3.2019³¹ zur Zulassung eines leitenden Angestellten als Syndikusrechtsanwalt, der vorübergehend zum *GmbH-Mitgeschäftsführer* bestellt worden ist, ist damit über den Einzelfall hinaus nicht verallgemeinerungsfähig.

aa) VERTRAGLICHE GEWÄHRLEISTUNG DER UNABHÄNGIGKEIT

Ist die Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts streitig, ist die Beweisführung hinsichtlich der vertraglichen Gewährleistung der fachlichen Unabhängigkeit i.d.R. unproblematisch und kann durch Vorlage des zugrundeliegenden Arbeitsvertrages oder einer Ergänzung bzw. eines Nachtrags zum Arbeitsvertrag erbracht werden.³² Der Arbeitsvertrag bildet die wesentliche Grundlage, anhand derer nicht nur das Vorliegen der anwaltlichen Tätigkeit, sondern auch die Vorlage bzw. Nichtvorlage von Weisungsstrukturen gerichtlich überprüft wird.³³

Vertragliche Formulierungen wie „der/die Arbeitnehmer/-in übt seine/ihre Tätigkeit nach Maßgabe der Weisungen der Geschäftsführung oder der von ihr bestellten Vorgesetzten aus“ normieren ein uneingeschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers und sprechen gegen eine fachliche Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts.³⁴ Eine solche sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Weisungsgebundenheit kann jedoch durch einen schriftlichen Nachtrag oder eine Tätigkeitsbeschreibung aufgehoben werden.³⁵ Dabei gehen individualvertragliche Vereinbarungen zur fachlichen Unabhängigkeit den allgemeinen Regeln des Unternehmens grundsätzlich vor.³⁶

Eine regelmäßige Befristung des Arbeitsverhältnisses sowie die Wahl eines Tarifrechts schadet nicht der fachlichen Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Angestellten.³⁷

bb) FAKTISCHE GEWÄHRLEISTUNG DER UNABHÄNGIGKEIT

Schwieriger gestaltet sich der Nachweis der faktischen Unabhängigkeit. Diesbezüglich wird sich in der einen oder anderen Beweisrichtung der Tätigkeitsbeschreibung des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses so-

²⁵ AGH NRW, Urt. v. 16.12.2016 – 1 AGH 56/16, BRAK-Mitt. 2017, 90 Rn. 31.

²⁶ Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46 BRAO Rn. 35; BeckOK BRAO/Günther, 6. Ed., Stand: 1.5.2021, § 46 BRAO Rn. 18.

²⁷ BT-Drs. 18/5201, 29.

²⁸ BGH, Beschl. v. 14.1.2019 – AnwZ (Brfg) 29/17, BRAK-Mitt. 2019, 98 Rn. 9; Urt. v. 12.3.2018 – AnwZ (Brfg) 15/17, BRAK-Mitt. 2018, 213, 827 Rn. 11 f.; Beschl. v. 1.8.2017 – AnwZ (Brfg) 14/17, BRAK-Mitt. 2017, 245 Rn. 12.

²⁹ BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20, BRAK-Mitt. 2021, 115 m. Anm. Wolf = NJW 2021, 629 (630).

³⁰ BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20, BRAK-Mitt. 2021, 115 = NJW 2021, 629 (630); Wolf, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20, BRAK-Mitt. 2021, 115 (120 ff.).

³¹ BGH, Urt. v. 18.3.2019 – AnwZ (Brfg) 22/17, NJOZ 2019, 964 Rn. 2.

³² Vgl. hierzu AGH NRW, Urt. v. 7.10.2016 – 1 AGH 22/16, NJW 2017, 1331 (1332).

³³ BT-Drs. 18/5201, 34.

³⁴ AGH NRW, Urt. v. 7.10.2016 – 1 AGH 22/16, NJW 2017, 1331 f.

³⁵ AGH NRW, Urt. v. 28.10.2016 – 1 AGH 27/16, BeckRS 2016, 119496 Rn. 28 = BRAK-Mitt. 2017, 137 Ls.

³⁶ AGH NRW, Urt. v. 28.10.2016 – 1 AGH 33/16, BRAK-Mitt. 2017, 49 Rn. 35.

³⁷ AGH NRW, Urt. v. 28.10.2016 – 1 AGH 27/16, BeckRS 2016, 119496 Rn. 27 f. = BRAK-Mitt. 2017, 137 Ls.

wie des Formblatts „Tätigkeitsbeschreibung“,³⁸ welches bei Antragstellung auf Zulassung bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer einzureichen ist, bedient. Bereits bei Antragstellung soll durch das Formblatt „Tätigkeitsbeschreibung“ der Nachweis der faktisch gewährleisteten Unabhängigkeit erbracht werden. Dieses ist sowohl von dem angehenden Syndikusrechtsanwalt als auch vom Arbeitgeber hinsichtlich der Richtigkeit ihrer Angaben zu unterzeichnen. Die Sicherstellung der tatsächlichen fachlichen Unabhängigkeit durch Weisungsfreiheit kann vom Arbeitgeber selbst noch nach Klageeinreichung erfolgen.³⁹

c) DIE ANWÄLTICHE PRÄGUNG

Dem angestellten Syndikusrechtsanwalt soll es möglich sein, neben der anwaltlichen Tätigkeit andere Aufgaben nichtanwaltlicher Natur wahrnehmen zu können, wenn auch in geringem Umfang. Das Arbeitsverhältnis muss in seiner Gesamtschau jedoch anwaltlich geprägt bleiben, § 46 III BRAO. Entscheidend für die anwaltliche Prägung des Arbeitsverhältnisses ist, dass die anwaltliche Tätigkeit sowohl den quantitativen als auch den qualitativen Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses des Syndikusrechtsanwalts ausmacht.⁴⁰ Nichtsdestotrotz genüge laut BGH in der Regel bereits die Darlegung der quantitativen anwaltlichen Prägung des Anstellungsverhältnisses: „Ist das Arbeitsverhältnis bereits quantitativ von der anwaltlichen Tätigkeit geprägt, kann für die qualitative Prägung regelmäßig keine andere Beurteilung gelten.“⁴¹ Die anwaltliche Tätigkeit stelle keine geringwertige Tätigkeit dar, so dass für die qualitative Prägung i.d.R. nicht anderes gelten dürfte.⁴²

Der Umfang, in dem der Syndikusrechtsanwalt anderen nichtanwaltlichen Aufgaben des Arbeitgebers nachgehen darf, war seit der Neuordnung des Syndikusrechts umstritten und wurde von der Judikatur Urteil für Urteil ausgedehnt. Ausgangspunkt der Diskussion in Lehre, Rechtsprechung und Literatur war die 50 %-Grenze des Gesetzgebers in seiner Gesetzesbegründung.⁴³ Aufgeworfene Frage war damit, inwieweit ein 50%iger Anteil anwaltlicher Tätigkeit an der insgesamt zu leistenden Arbeit für die Annahme der anwaltlichen Prägung in quantitativer und qualitativer Hinsicht ausreiche.

Mit seinem Beschluss vom 9.1.2020⁴⁴ sorgte der BGH für vorläufige Klärung der Frage nach dem erforderlichen prozentualen Anteil anwaltlicher Tätigkeit im Ver-

hältnis zur insgesamt zu leistenden Arbeit. Ein Anteil von 65 % soll dem Anwaltssenat des BGH nach bereits am unteren Rand des Erforderlichen für eine anwaltliche Prägung liegen.⁴⁵ Diese *Mindestgrenze von 65 % anwaltlicher Tätigkeit* gilt nicht als starre Grenze, die zu keinem Zeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unterschritten werden darf. Vielmehr gilt es, das Arbeitsverhältnis in der Gesamtschau zu betrachten – mindestens 65 % anwaltliche Tätigkeit müssen „long-term“ erfüllt sein. So genüge es laut BGH, wenn die anwaltliche Tätigkeit phasenweise mindestens 60 % des Arbeitsverhältnisses ausmache, zeitweise jedoch eher bei 70 % liege.⁴⁶ In einem Bereich von 70-80 % Anteil an anwaltlicher Tätigkeit der insgesamt geleisteten Arbeit kann regelmäßig von einer anwaltlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden.⁴⁷

d) UNVEREINBARKEIT HOHEITLICHER TÄTIGKEIT MIT ANWÄLTLICHER TÄTIGKEIT

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer hoheitlichen Tätigkeit mit der erforderlichen anwaltlichen Tätigkeit verfolgt der Anwaltssenat des Bundesgerichtshofes bislang einen restriktiven Kurs.⁴⁸ Die Tätigkeit im öffentlichen Dienst schließe nicht per se die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt aus. Vielmehr sei im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die ausgeübte Tätigkeit des Antragstellers die Belange der Rechtspflege gefährde. § 7 Nr. 8 BRAO normiert auch für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt ein Zulassungshindernis.⁴⁹

Sobald der Antragsteller jedoch in hoheitlicher Funktion tätig wird bzw. am Erlass eines hoheitlichen Aktes beteiligt ist, hindert dies die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt. Auf den Umfang der hoheitlichen Tätigkeit in der Gesamtschau des Anstellungsverhältnisses kommt es indes nicht an.⁵⁰ Es ergebe sich eine Art „*Infektionstheorie*“. Eine einzige hoheitliche Funktion führt zur Versagung der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt und kann nicht einfach als nichtanwaltliche Tätigkeit herausgerechnet werden.⁵¹ Die anwaltliche Prägung der Gesamttätigkeit genügt nicht. Es besteht nicht die Möglichkeit, hoheitliche Tätigkeiten einfach als nichtanwaltlich herauszurechnen und die anwaltliche Prägung der Gesamttätigkeit genügen zu lassen.

Die Vorbereitung hoheitlicher Maßnahmen durch Stellungnahmen, Erstellung von Gutachten etc. erfüllt wiederum nicht die Voraussetzungen des § 7 Nr. 8 BRAO und stellt damit kein Zulassungshindernis dar.⁵² So wur-

³⁸ Vgl. dazu das Formblatt zur Tätigkeitsbeschreibung der RAK München, abrufbar unter https://www.rak-muenchen.de/fileadmin/downloads/01_Rechtsanwaeltel/Syndikusrechtsanwaeltel/FAQs_zur_Zulassung_als_Syndikusrechtsanwalt/4_Frage_n_der_Arbeitgeber/Wir_beschaeftigen_eine_Vielzahl_von_Syndikusrechtsanwaeltel_Kann_das_Zulassungsverfahren_insoweit_effizienter_abgewickelt_werden_/Taetigkeitsbeschreibung_3_0_2.pdf (zuletzt abger. am 5.7.2021).

³⁹ AGH NRW, Urt. v. 7.10.2016 – 1 AGH 22/16, NJW 2017, 1331 (1332).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 63/17, BRAK-Mitt. 2020, 55.

⁴¹ BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 63/17, BRAK-Mitt. 2020, 55 Rn. 18.

⁴² BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 63/17, BRAK-Mitt. 2020, 55 Rn. 18; *Deckenbrock/Markworth*, ZAP 1/2020, 7 (12).

⁴³ *Kleine-Cosack*, BRAO, 8. Aufl. 2020, § 46 Rn. 30.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 9.1.2020 – AnwZ (Brfg) 11/19, BeckRS 2020, 782.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 9.1.2020 – AnwZ (Brfg) 11/19, BeckRS 2020, 782; Urt. v. 11.5.2020 – AnwZ (Brfg) 1/18, Rn. 19.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 14.1.2019 – AnwZ (Brfg) 25/18, NJW 2019, 927 Rn. 27.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 18.12.2019 – AnwZ (Brfg) 78/18, BeckRS 2019, 35616.

⁴⁸ Vgl. u.a. dazu BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18, BRAK-Mitt. 2020, 50.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 20/18, NJW 2018, 3701 Rn. 25 ff.; Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18, BRAK-Mitt. 2020, 50 Rn. 16; so i.E. auch das Bayerische AGH, Urt. v. 30.4.2018 – BayAGH I-5-14/16, Rn. 45 f.; Hessischer AGH, Urt. v. 13.3.2017 – 1 AGH 10/16, BRAK-Mitt. 2017, 193 Rn. 194.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18, BRAK-Mitt. 2020, 50.

⁵¹ *Offermann-Burckart*, NJW 2019, 3648.

⁵² BGH, Urt. v. 6.5.2019 – AnwZ (Brfg) 31/17; Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18, BRAK-Mitt. 2020, 50 Rn. 25.

de der Angestellten einer Krankenkasse als Körperschaft des öffentlichen Rechts die Zulassung als Syndikusrechtsanwältin nicht versagt, da sie die Entscheidungen des Widerspruchsausschusses lediglich als „rechtliche Prüfstelle“ intern vorbereitet habe.⁵³

2. RECHTSANGELEGENHEITEN DES ARBEITGEBERS

Der Syndikusrechtsanwalt ist zwar Rechtsanwalt im Sinne der BRAO und unterliegt im Wesentlichen denselben anwaltlichen Berufspflichten, für ihn gilt jedoch im Hinblick auf seine Erlaubnis zur umfassenden Rechtsberatung die Einschränkung des § 46 V BRAO: Die umfassende Rechtsdienstleistung des Syndikusrechtsanwalts ist auf die Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers beschränkt, §§ 46 V, 3 II BRAO. Eine Konkretisierung der Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers findet sich in § 46 V 2 BRAO. So erstreckt sich die umfassende Rechtsberatung auch auf die mit dem Arbeitgeber verbundenen Unternehmen i.S.d. § 15 AktG, § 46 V 2 Nr. 1 BRAO. Jenseits des § 46 V BRAO gilt für den Syndikusrechtsanwalt das Verbot der Rechtsdienstleistung nach § 3 RDG. § 46 V BRAO stellt jedoch keine reine Beschränkung des Tätigkeitsfeldes dar, sondern ist nach ständiger Rechtsprechung des Anwaltssenats des BGH eine echte Zulassungsvoraussetzung für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt.⁵⁴

a) DRITTBERATUNG – ABKEHR DES GESETZGEBERS VON BISHERIGER RECHTSPRECHUNG

Tätigkeiten in Angelegenheiten Dritter, die nicht dem § 46 V 2 Nr. 3 BRAO unterfallen, gelten, da sie nicht für den eigenen Arbeitgeber erbracht werden, nicht als anwaltliche Tätigkeit i.S.d. §§ 46a I 1 Nr. 3, 46 II 1, V BRAO.⁵⁵

Dem *Kreis der Dritten* ordnet der BGH die *Kunden des Arbeitgebers* zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Anwaltssenats stellt das, sei es auch nur mittelbare,⁵⁶ Tätigwerden in Angelegenheiten eines Kunden des Arbeitgebers grundsätzlich und unabhängig von dessen Umfang keine Angelegenheit des Arbeitgebers dar.⁵⁷ Darauf, ob die Rechtsberatung im Verhältnis des Arbeitgebers zu seinem Kunden eine erlaubte ist, komme es nicht an. In dem Sinne wurde sowohl für den (externen) Datenschutzbeauftragten⁵⁸ als auch für den Ren-

tenberater⁵⁹ entschieden. Einzig in der Unterstützung der Versicherungsnehmer durch den bei der Haftpflichtversicherung angestellten Syndikusrechtsanwalt hat der BGH das Merkmal der Rechtsangelegenheit des Arbeitgebers bejaht. Die Abwehr unberechtigter Haftpflichtansprüche liege gleichermaßen im Interesse des Versicherungsnehmers als auch des Versicherungsgebers. Die Unterstützung des Versicherungsnehmers als Kunden des Arbeitgebers erfolge damit primär im Interesse des Arbeitgebers.⁶⁰

Das Tätigwerden in Rechtsangelegenheiten eines Kunden des Arbeitgebers stellt nach der Rechtsprechung des Anwaltssenats auch dann keine Tätigkeit in einer Rechtsangelegenheit des Arbeitgebers dar, wenn das Tätigwerden für einen Kunden nur vereinzelt erfolgt.⁶¹ Dieser Aussprache des BGH gegen die Möglichkeit geringfügiger Drittberatung durch einen Syndikusrechtsanwalt begegnet der Gesetzgeber nunmehr mit dem § 46 VI BRAO n.F.⁶² Das Tätigwerden des Syndikusrechtsanwalts für einen Dritten soll dannach zulässig sein, soweit der Arbeitgeber selbst zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen dem Dritten gegenüber berechtigt ist.⁶³ Gleichzeitig wird der Syndikusrechtsanwalt für diese Fälle verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass er keine anwaltliche Rechtsberatung i.S.d. § 3 BRAO erbringt und ihm kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO zukommt.

Zur Wahrung des Zulassungsmerkmals anwaltlicher Prägung der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts kann die Drittberatung durch den Syndikusrechtsanwalt daher nicht herangezogen werden und muss als nichtanwaltliche Tätigkeit herausgerechnet werden. Dies ergibt sich klar aus der Formulierung, dass es sich bei dieser Tätigkeit nicht um eine anwaltliche Tätigkeit kraft Legaldefinition in § 46 VI 3 BRAO n.F. handelt.

b) ARBEITGEBERWECHSEL UND UNTERBRECHUNG DER TÄTIGKEIT

Die Zulassung zum Syndikusrechtsanwalt erfolgt, ebenso wie die Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung, tätigkeitsbezogen.⁶⁴ Veränderungen des Tätigkeitsbereiches sowie ein Wechsel des Arbeitgebers können damit sowohl berufsrechtlich als auch sozialrechtlich durchschlagen. Der Tätigkeitswechsel schwebt wie ein Damoklesschwert über der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt.⁶⁵

⁵³ BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18, BRAK-Mitt. 2020, 50 Rn.25.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17, BRAK-Mitt. 2018, 264; Urt. v. 3.2.2020 – AnwZ (Brfg) 71/18, BRAK-Mitt. 2020, 164; Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg.) 11/20, BRAK-Mitt. 2021, 37; Urt. v. 5.10.2020 – AnwZ (Brfg) 43/18 Rn. 14. Die Verfassungsbeschwerde zum letztgenannten Urteil wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. Die gerügte Verletzung der Berufsfreiheit im konkreten Fall i.S.d. Art. 12 GG bestehe nicht; näher dazu *Dahns*, Anm. zum Nichtannahmebeschl. v. 27.4.2021 – 1 BvR 2649/20, BRAK-Mitt. 2021, 272 (in diesem Heft).

⁵⁵ BGH, Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17, BRAK-Mitt. 2018, 264; Urt. v. 15.10.2018 – 1 AnwZ (Brfg) 58/17, BRAK-Mitt. 2019, 55 Rn. 11.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 11/20, BRAK-Mitt. 2021, 37.

⁵⁷ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17, BRAK-Mitt. 2018, 264; Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 58/17, BRAK-Mitt. 2019, 55; Urt. v. 9.3.2020 – AnwZ (Brfg) 1/18, BeckRS 2020, 7874 Rn. 20; Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 11/20, BRAK-Mitt. 2021, 37.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17, BRAK-Mitt. 2018, 264; BGH, Urt. v. 22.6.2020 – AnwZ (Brfg) 23/19, BRAK-Mitt. 2020, 236. Hierzu auch jüngst AGH

NRW, Urt. v. 12.3.2021 – 1 AGH 9/19; näher dazu *Winkler*, Anm. zu AGH NRW, Urt. v. 12.3.2021 – 1 AGH 9/19, BRAK-Mitt. 2021, 264 (in diesem Heft).

⁵⁹ BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 58/17, BRAK-Mitt. 2019, 55.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 22.6.2020 – AnwZ (Brfg) 24/19, NJW 2021, 1237; vgl. näher dazu: *Baumert*, Zulassung als Syndikusrechtsanwalt bei Abwehr von Haftpflichtansprüchen für den Arbeitgeber, LMK 2021, 808502.

⁶¹ BGH, Urt. v. 22.6.2020 – AnwZ (Brfg) 23/19, BRAK-Mitt. 2020, 236.

⁶² BT-Drs. 19/30516, 8.

⁶³ BT-Drs. 19/30516, 8.

⁶⁴ BT-Drs. 19/185201, 19; *Wolf*, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46b BRAO Rn. 1.

⁶⁵ So *Offermann-Burckart*, in Kilger/Offermann-Burckart/Schafhausen/Schuster, Das neue Syndikusrecht, 2016, S. 38.

Liegen die Voraussetzungen des § 46 II-V BRAO nicht länger vor, bedarf es auf berufsrechtlicher Ebene eines *actus contrarius* durch ganz oder teilweise zu erfolgenden Widerruf i.S.d. § 46b II BRAO.⁶⁶ Die sozialrechtliche Befreiungsentscheidung entfällt hingegen bei Nichterfüllung der erforderlichen Voraussetzungen *ipso iure*.⁶⁷ Gleichzeitig ermöglicht § 6 V SGB VI die Erstre-ckung der Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung auf diejenige Tätigkeit, die „infolge ihrer Eigenart oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist und der Versorgungsträger für die Zeit der Tätigkeit den Erwerb einkommensbezogener Versorgungsanswartschaften gewährleistet.“ Eine vergleichbare Regelung für Tätigkeitsunterbrechungen als Syndikusrechtsanwalt war dem anwaltlichen Berufsrecht bisweilen nicht zu entnehmen. Die Möglichkeit der Erstre-ckung des § 46b III BRAO umfasst zwar die Aufnahme weiterer Arbeitsverhältnisse sowie wesentliche Änderungen der Tätigkeit innerhalb eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses, gesetzlich unregelt blieben bislang die Fälle der vorübergehenden Tätigkeitsunterbrechung.

So überrascht es nicht, dass die Frage, wie mit einer *Unterbrechung der Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt* zu verfahren ist, nicht nur bereits Diskussionsgegenstand der Evaluierung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung vom 21.12.2015⁶⁸ war, sondern auch Entscheidungsgegenstand der Jurisdiktion. Zumindest für die Fälle ersatzloser Tätigkeitsunterbrechungen gelang es dem Anwaltssenat des BGH, für Klarheit zu sorgen: Mit Urteil vom 18.3.2019⁶⁹ hat der BGH entschieden, dass ein Antrag auf Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nicht allein deshalb versagt werden darf, weil die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung Elternzeit in Anspruch genommen hat. In konsequenter Anwendung dieser Rechtsprechung dürfte selbiges auch für Unterbrechungen aufgrund von Krankheit, Urlaub oder eines Sabbaticals gelten.

Zwar hat der BGH damit zumindest für die Fälle ersatzloser Tätigkeitsunterbrechungen Klarheit geschaffen, nicht jedoch für diejenigen Fälle einer vorübergehenden Abordnung zur Aufnahme einer berufsfremden Tätigkeit, z.B. im Rahmen eines „Secondments“. Vor diesem Hintergrund ist die gesetzgeberische Antwort auf die

Diskussion rund um die Tätigkeitsunterbrechung in Form des § 46b II BRAO n.F. zu begrüßen. Hiernach soll ein Widerruf i.S.d. § 46b II 2 BRAO nicht mehr erfolgen müssen, soweit die Unterbrechung nur vorübergehender Natur ist oder infolge ihrer Eigenart oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist und das der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt zugrundeliegende Arbeitsverhältnis fortbesteht. Damit kann die für die bisherige Tätigkeit ergangene Zulassung gleichlaufend und widerspruchsfrei zur sozialrechtlichen Erstre-ckungsregelung des § 6 V SGB VI gesichert⁷⁰ und Lücken in der Versorgungsbiografie des Antragstellers vermieden werden.⁷¹

Im Hinblick auf die Fälle eines *Arbeitgeberwechsels* bestand nicht nur innerhalb der Judikatur, sondern allen voran zwischen Teilen des Schrifttums und der Rechtsprechung des BGH Uneinigkeit über die Möglichkeit der Erstre-ckung i.S.d. § 46 III BRAO. Nach Ansicht des Anwaltssenats des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt im Falle eines Arbeitgeberwechsels grds. nicht auf die neue Tätigkeit i.S.d. § 46b III BRAO erstreckt werden, selbst dann nicht, wenn die Zulassungsvoraussetzungen dauerhaft und auch im Falle der neuen Tätigkeit erfüllt sind. Es bedarf einer erneuten Zulassung als Syndikusrechtsanwalt.⁷²

Etwas anderes gilt für den Fall einer *Unternehmensverschmelzung*.⁷³ Geht das Arbeitsverhältnis des Syndikusrechtsanwalts kraft Gesetzes auf den neuen Arbeitgeber als übernehmenden Rechtsträger über – wie im vorliegenden durch den BGH entschiedenen Fall kraft § 324 UmwG, § 613a I 1 BGB – liegt weder ein Widerrufsgrund nach § 46 II BRAO vor noch eine Erstre-ckungsbescheid erfordernde Änderung i.S.d. § 46 III BRAO.⁷⁴

V. ÜBERBLICK ÜBER DIE BGH-RECHTSPRECHUNG

Nachfolgend sind die dem Beitrag zugrundeliegenden und ausgewerteten BGH-Entscheidungen zur Syndikuszulassung zwecks Überblickverschaffung tabellarisch dargestellt:

⁶⁶ BT-Drs. 27670, 205.

⁶⁷ Wolf, in Gaier/Wolf/Göcken, § 46b BRAO Rn. 2.

⁶⁸ BGBl. I 2015, 2517.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 18.3.2019 – AnwZ (Brfg) 6/18, BRAK-Mitt. 2019, 148.

⁷⁰ BT-Drs. 27670, 206; Schuster, AnwBl. 8+9/2015, 646 (648).

⁷¹ BT-Drs. 27670, 172.

⁷² BGH, Urt. v. 30.3.2020 – AnwZ (Brfg) 49/19, BeckRS 2020, 11743 Rn. 10 ff.

⁷³ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.7.2020 – AnwZ (Brfg) 8/20, BRAK-Mitt. 2020, 297.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 14.7.2020 – AnwZ (Brfg) 8/20 Rn. 11 f., BRAK-Mitt. 2020, 297.

Tabelle: Rechtsprechung des BGH im Überblick

	Urteil	Tätigkeitsbereich	Kläger:in	Zulassung
1.	BGH, Beschl. v. 1.8.2017 – AnwZ (Brfg) 14/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 16.12.2016 – 1 AGH 56/16	Syndikusrechtsanwalt bei einem Rückdeckungsverband deutscher Versicherer	DRV	ja
2.	BGH, Urt. v. 29.1.2018 – AnwZ (Brfg) 12/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 25.11.2016 – 1 AGH 50/16	Freigestellter Vorsitzender des Betriebsrats	DRV	nein

Tabelle: Rechtsprechung des BGH im Überblick

	Urteil	Tätigkeitsbereich	Kläger:in	Zulassung
3.	BGH, Beschl. v. 12.3.2018 - AnwZ (Brfg) 21/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 20.1.2017 – 1 AGH 21/16	Administrative Direktorin	DRV	ja
4.	BGH, Beschl. v. 12.03.2018 – AnwZ (Brfg) 15/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.10.2016 – 1 AGH 34/16	Juristin bei Versicherung in Bereich „Haftpflicht Unfall Sachschaden – Kompetenzzentrum Firmenschaden – Betriebshaftpflicht“	DRV	ja
5.	BGH, Beschl. v. 18.4.2018 – AnwZ (Brfg) 20/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 13.2.2017 – 1 AGH 32/16	Geschäftsführer und Director of Human Resources Operations	DRV	ja
6.	BGH, Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17 Vorinstanz: AGH Hamburg, Urt. v. 22.6.2017 – AGH I ZU (SYN) 11/2016	Externe Datenschutzbeauftragte für Kunden der Arbeitgeberin	Ast.	nein
7.	BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 68/17 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 26.10.2017 – AGH 22/2017 I	Mitarbeiterin einer Stadtverwaltung in der Abteilung „Personalbetreuung“	DRV	ja
8.	BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 58/17 Vorinstanz: AGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.8.2017 – 1 AGH 17/16	Rechtsanwältin in einer Rechtsabteilung	Ast.	nein
9.	BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 20/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 10.11.2017 – 1 AGH 97/16	„Hauptsachbearbeiterin mit besonderen Aufgaben in der Funktion als Datenschutzbeauftragte“ beim WDR	DRV	ja
10.	BGH, Beschl. v. 22.10.2018 – AnwZ (Brfg) 42/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 25.5.2018 – 1 AGH 44/17	Geschäftsführer für die Geschäftsstelle eines Verbandes	DRV	nein
11.	BGH, Beschl. v. 13.11.2018 – AnwZ (Brfg) 35/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 14.5.2018 – 1 AGH 81/16	„Bereichsleiter Clearingstelle“ beim ZDF	DRV	ja
12.	BGH, Urt. v. 14.1.2019 – AnwZ (Brfg) 25/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 15.3.2018 – 1 AGH 6/17	Abteilungsleiterin Personalstrategie und -controlling	DRV	ja
13.	BGH, Beschl. v. 14.01.2019 - AnwZ (Brfg) 29/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.4.2017 – 1 AGH 64/16	Mitarbeiterin im Bereich „Heilwesen-Schaden“	DRV	ja
14.	BGH, Beschl. v. 29.1.2019 – AnwZ (Brfg) 16/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 8.12.2017 – 1 AGH 21/17	Sachbearbeiterin in einer Versicherung, Abteilung Kraftfahrtschaden	DRV	ja
15.	BGH, Beschl. v. 27.2.2019 – AnwZ (Brfg) 36/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 19.5.2017 – 1 AGH 72/16	Volljurist in einer GmbH & Co. KG	DRV	ja
16.	BGH, Urt. v. 18.3.2019 – AnwZ (Brfg) 6/18 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.12.2017 – AGH 10/17 I	Politische Sekretärin (Berufsträgerin in Elternzeit)	DRV	ja
17.	BGH, Urt. v. 18.3.2019 – AnwZ (Brfg) 22/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 18.4.2017 – 1 AGH 26/16	„General Counsel“, leitender Angestellter	DRV	ja
18.	BGH, Urt. v. 6.5.2019 – AnwZ (Brfg) 38/17 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.4.2017 – 1 AGH 66/16	Tätigkeiten im Jobcenter	DRV	nein
19.	BGH, Urt. v. 6.5.2019 – AnwZ (Brfg) 31/17 Vorinstanz: Hessischer AGH, Urt. v. 13.3.2017 - 1 AGH 10/16	Rechtsamtstätigkeit eines Landkreises (Angestellte im öffentlichen Dienst)	DRV	ja
20.	BGH, Beschl. v. 16.5.2019 - AnwZ (Brfg) 35/17 Vorinstanz: AGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.6.2017 – 1 AGH 21/16	Angestellter in einem Versicherungsunternehmen	DRV	ja
21.	BGH, Beschl. v. 24.5.2019 – AnwZ (Brfg) 23/19 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 23.11.2018 – 1 AGH 23/18	„Syndikusanwältin und Datenschutzbeauftragte“	DRV	nein
22.	BGH, Beschl. v. 26.6.2019 – AnwZ (Brfg) 29/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 7.2.2019 – BayAGH I-1-3/18	Rechtsanwältin in einer AG	Ast.	ja
23.	BGH, Beschl. v. 23.7.2019 – AnwZ (Brfg) 37/19 Vorinstanz: Niedersächsischer AGH, Urt. v. 29.3.2019 – AGH 19/16	Alleinvertretungsberechtigter alleiniger Geschäftsführer einer gGmbH	Ast.	nein
24.	BGH, Beschl. v. 15.8.2019 – AnwZ (Brfg) 36/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 7.2.2019 – BayAGH I-1-15/18	Tätigkeit in einer Rechtsschutz-Versicherungs-AG	Ast.	ja

Tabelle: Rechtsprechung des BGH im Überblick

	Urteil	Tätigkeitsbereich	Kläger:in	Zulassung
25.	BGH, Beschl. v. 16.8.2019 – AnwZ (Brfg) 58/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 29.6.2018 – 1 AGH 83/17	„Gruppenleiterin Komplexschaden Haftpflicht“ bei einer Versicherungsmaklerin	DRV	nein
26.	BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 63/17 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.10.2017 – AGH 17/16 (I)	„Leiter Personal“ bei einer GmbH & Co. KG	DRV	ja
27.	BGH, Urt. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/18 Vorinstanz: Hessischer AGH, Urt. v. 9.4.2018 – 1 AGH 16/17	Spezielsachbearbeiterin in der Arbeitsgruppe Widersprüche und Gerichtsverfahren	DRV	ja
28.	BGH, Beschl. v. 30.9.2019 – AnwZ (Brfg) 38/19 Vorinstanz: Hessischer AGH, Urt. v. 11.3.2019 – 1 AGH 6/18	Angestellte bei einer GmbH (Versicherungsverein)	Ast.	nein
29.	BGH, Beschl. v. 26.11.2019 – AnwZ (Brfg) 55/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 25.2.2019 – BayAGH I-1-15/16	Schriftleiterin einer Fachzeitschrift	DRV	nein
30.	BGH, Beschl. v. 18.12.2019 – AnwZ (Brfg) 78/18 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 24.9.2018 – BayAGH III-4-10/18	Geschäftsführer eines Vereins	Ast.	nein
31.	BGH, Beschl. v. 9.1.2020 – AnwZ (Brfg) 11/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 6.12.2018 – BayAGH I-1-8/18	Referent Großschaden	Ast.	ja
32.	BGH, Urt. v. 3.2.2020 – AnwZ (Brfg) 71/18 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 16.7.2018 – BayAGH III-4-10/17	„D&O-Schadenspezialist“ bei einer GmbH, Abteilung „Schadensmanagement“	Ast.	nein
33.	BGH, Urt. v. 3.2.2020 – AnwZ (Brfg) 36/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 16.2.2018 – 1 AGH 12/17	„Dezernent Personal und Organisation“ bei einer Universität	DRV	nein
34.	BGH, Urt. v. 9.3.2020 – AnwZ (Brfg) 1/18 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 10.11.2017 – AGH 14/2017 II	„Syndikusrechtsanwalt (Review Manager)“	DRV	nein
35.	BGH, Urt. v. 30.3.2020 – AnwZ (Brfg) 49/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 6.5.2019 – BayAGH III-4-13/2018	„Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Leiter Personalteam“	DRV	ja
36.	BGH, Urt. v. 22.6.2020 – AnwZ (Brfg) 81/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 31.8.2018 – 1 AGH 68/17	Geschäftsführerin	DRV	nein
37.	BGH, Urt. v. 22.6.2020 – AnwZ (Brfg) 23/19 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 23.11.2018 – 1 AGH 23/18	„Syndikusanwältin und Datenschutzbeauftragte“	DRV	nein
38.	BGH, Beschl. v. 20.7.2020 – AnwZ (Brfg) 59/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 29.6.2018 – 1 AGH 62/17	Teamleiter und Vorgesetzter	DRV	nein
39.	BGH, Beschl. v. 28.9.2020 – AnwZ (Brfg) 16/20 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.1.2020 – 1 AGH 39/19	„Geschäftsführerin/Syndikusrechts-anwältin“ bei einer GmbH	DRV	nein
40.	BGH, Urt. v. 5.10.2020 – AnwZ (Brfg) 43/18 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 30.5.2018 – AGH 31/17 I	„Syndikusrechtsanwalt“ in einem Schadenregulierungsbüro	DRV	nein
41.	BGH, Urt. v. 2.11.2020 – AnwZ (Brfg) 47/19 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.3.2019 – 1 AGH 63/17	„Referent Wildlife Control und Jagdrecht“ im Bereich Security/OSJ	Ast.	nein
42.	BGH, Urt. v. 2.11.2020 – AnwZ (Brfg) 24/19 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 28.11.2018 – BayAGH I-5-26/18	„Claims Manager/Rechtsanwältin“ in der Organisationseinheit „Schadenabteilung/Großschaden“	Ast.	ja
43.	BGH, Beschl. v. 9.11.2020 – AnwZ (Brfg) 60/19 Vorinstanz: AGH Baden-Württemberg, Urt. v. 9.9.2019 – AGH 28/18 I	Tätigkeit bei einer GmbH im Bereich von Schadensfällen	DRV	nein
44.	BGH, Urt. v. 26.11.2020 – AnwZ (Brfg) 62/18 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 29.6.2018 – 1 AGH 47/17	Team- und Sachgebietsleiter	DRV	nein
45.	BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 75/18 Vorinstanz: Bayerischer AGH, Urt. v. 30.7.2018 – BayAGH I-5-15/17	Hauptgeschäftsführer eines Verbands mit Vertretungsvollmacht für alle laufenden Geschäfte	Ast.	nein
46.	BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 14.2.2020 – 1 AGH 38/19	Geschäftsführer und Syndikusrechtsanwalt bei einer GmbH	DRV	nein
47.	BGH, Urt. v. 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 11/20 Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.1.2020 – 1 AGH 33/19	„Inhouse Lawyer Privacy & Compliance/Syndikusrechtsanwältin“ bei einer GmbH	DRV	nein

VI. FAZIT

Durch die Zulassungs-Rechtsprechung des BGH sowie die jüngst beschlossene BRAO-Reform⁷⁵ wurde weitestgehend Klarheit im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen zur Zulassung als Syndikusrechtsanwalt geschaffen. Nichtsdestotrotz ist die kohärente Einfügung des Syndikusrechtsanwalts in das System des anwaltlichen Berufsrechts bis heute nicht in jeder Beziehung

⁷⁵ Zur BRAO-Reform im Überblick: *Nitschke*, BRAK-Mitt. 2021, 218 (in diesem Heft).

gelingen. Mit dem Syndikusrechtsanwalt hat der Gesetzgeber einen Typus Anwalt geschaffen, den er im Hinblick auf seine Rechte und Pflichten im Vergleich zum Rechtsanwalt nicht als vollständig gleichwertig ansieht. Dreh- und Angelpunkt dabei ist die Frage, in welchem Umfang der Syndikusrechtsanwalt im Unternehmen hinreichend unabhängig ist. Inwieweit die Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts im Unternehmen gestärkt werden kann, wird bislang zu wenig diskutiert, als dass sich diese Diskussion substantiell in der Zulassungs-Rechtsprechung niedergeschlagen hätte.

ABFINDUNGSVEREINBARUNGEN UND NACHVERTRAGLICHE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

DR. MARC-CHRISTIAN PIERONCZYK, KIEL*

Wenige Rechtsfragen im anwaltlichen Gesellschaftsrecht sind derart diffizil miteinander verwoben wie der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters und seine Bindung an eine nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung. In der manchmal spannungsgeladenen Situation des Ausscheidens aus der Sozietät bieten Abfindung und Mandatsverteilung besonderes Konfliktpotenzial. Ein vorausschauend konzipierter Gesellschaftsvertrag kann solche Streitigkeiten häufig vermeiden. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes evaluiert der Autor daher die verschiedenen Gestaltungsvarianten und zeigt mögliche Fallstricke auf.

I. DER GESETZLICHE ABFINDUNGSANSPRUCH

1. DAS GRUNDMODELL DES § 738 I 2 BGB

Scheidet einer der Gesellschafter aus der Sozietät aus¹ – unabhängig davon, ob sie als GbR, PartG oder als GmbH betrieben wird –, steht ihm ein Abfindungsanspruch aus § 738 I 2 BGB zu, der den Verlust seiner Mitgliedschaft kompensiert.² Die Abfindung ist bereits dem Wortlaut („zahlen“) nach auf eine Geldleistung der Gesellschaft gerichtet. Denn nach der Vorstellung des Gesetzgebers besteht der Vermögensstamm einer Gesellschaft aus Substanzwerten. Eine Realteilung dieser Werte, wie sie bei der Auflösung der Gesellschaft nach §§ 731 S. 2, 751 BGB vorgesehen ist, soll beim Aus-

scheiden nicht stattfinden, um den Fortbestand der Gesellschaft nicht zu gefährden.³

Inhaltlich ist der Anspruch auf den anteiligen Verkehrswert der Gesellschaft gerichtet.⁴ Entgegen des missverständlichen Wortlauts ist dieser nicht nach dem Liquidations-, sondern dem Fortführungswert zu bestimmen.⁵ Dieser wird regelmäßig nach der heute vorherrschenden Methode des Ertragswertverfahrens bestimmt, das auch immaterielle Vermögenswerte (sog. „Praxiswert“ oder „Good will“) in die Bewertung einbezieht.⁶

2. MODIFIKATIONEN BEI FREIBERUFLERSOZIELTÄTEN

Nun verhält sich der Vermögensstamm einer Rechtsanwaltssozietät diametral zum Konzept des § 738 I 2 BGB. Vernachlässigbaren Substanzwerten stehen erhebliche immaterielle Werte wie die Mandantenbeziehungen und die Marktpositionierung gegenüber.⁷ Eine Bestandsgefährdung der Gesellschaft droht daher eher bei einer Abfindung zum anteiligen Ertragswert, als bei der Realteilung der wesentlichen Vermögenswerte durch Wettbewerb um die Mandanten. Daher modifiziert der BGH § 738 I 2 BGB für Freiberufler:

Um eine komplexe Bewertung des immateriellen Vermögens im Zuge der Ermittlung der zu zahlenden Summe

³ Vgl. *Staudinger/Habermeier*, § 738 Rn. 1, 7.

⁴ *BGHZ* 17, 130 (136) = *NJW* 1955, 1025; *BGHZ* 116, 359 (370 f.) = *NJW* 1992, 892; *BGHZ* 201, 65 Rn. 18 = *NZG* 2014, 820; *BGH*, BeckRS 2015, 19755 Rn. 8.

⁵ Statt vieler *Fleischer/Hüttemann/Fleischer*, *Rechtshdb. Unternehmensbewertung*, 2. Aufl. 2019, Rn. 24.12 m.w.N.

⁶ *BGHZ* 116, 359 (370 f.) = *NJW* 1992, 892; *OLG München*, *NZG* 2017, 1071 Rn. 28, 30; *Staudinger/Habermeier*, § 738 Rn. 18; *MüKoBGB/Schäfer*, § 738 Rn. 32, 35 f.; *Pieronczyk*, *Auflösung und Ausscheiden*, 140 ff.

⁷ *BGH*, *NJW* 2000, 2584; *Goette*, *ZGR* 46 (2017), 426 (431); *Römermann*, *NJW* 2007, 2209 (2214); *Hirtz*, *AnwBl.* 2008, 82 (88); *Wolff*, *NJW* 2009, 1302 (1303); *Pieronczyk*, *Auflösung und Ausscheiden*, 138 f.

* Der Autor ist Referendar beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

¹ Dazu und zum Folgenden ausführlich *Pieronczyk*, *Auflösung und Ausscheiden einzelner Gesellschafter bei Rechtsanwaltssozietäten*, 2020, 93 ff., 213 ff., 272 ff.

² *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 10; *Staudinger/Habermeier*, *Neubearb.* 2003, § 738 Rn. 5, 7 f.; zur GmbH *Baumbach/Hueck/Kersting*, *GmbHG*, 22. Aufl. 2019, § 34 Rn. 22; *Altmeyen*, *NJW* 2013, 1025 (1029).