



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch
den Verfassungsrechtsausschuss unter
Mitwirkung des Berufsrechtsausschusses**

zu den Verfassungsbeschwerden

1. der Rechtsanwältin G.

– 1 BvR 2534/14 –

und

2. des Rechtsanwalts B.

– 1 BvR 2584/14 –

Stellungnahme Nr.: 21/2015

Berlin, im Mai 2015

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster
- Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schmuck, Leipzig
- Rechtsanwältin Dr. Inga Schwertner, Köln
- Rechtsanwalt Stefan von Raumer, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
- Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann, Münster

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin

Tel.: +49 30 726152-0

Fax: +49 30 726152-190

E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40

1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 28028-12

Fax: +32 2 28028-13

E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

Transparenz-Registernummer:

87980341522-66

www.anwaltverein.de

Mitwirkung aus dem Berufsrechtsausschuss

- Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Udo Henke, Berlin

Verteiler

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer
der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Forum Junge Anwaltschaft
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerden für begründet. Die Urteile des Bundessozialgerichts verletzen die beiden Beschwerdeführer in ihren Grundrechten. Hierbei kann letztlich offen bleiben, ob durch die Pflichtmitgliedschaft von Syndikusanwälten in der gesetzlichen Rentenversicherung bereits in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) unzulässig eingegriffen wird. Denn jedenfalls liegt ein unzulässiger Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vor. Das Bundessozialgericht hat die Tragweite des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG verkannt, da es die Entscheidung über die Befreiung der Beschwerdeführer von der Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung – als sozialrechtliche Vorfrage – von einer berufsrechtlichen Regel (der Unvereinbarkeit der Tätigkeit als Rechtsanwalt und Tätigkeit im Beschäftigungsverhältnis) abhängig gemacht hat, die ihrerseits – als selbständiger Rechtssatz gedacht – gegen die anwaltliche Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verstößt.

A. Sachverhalt

Die Beschwerdeführer sind zugelassene Rechtsanwälte und Mitglieder der Rechtsanwaltskammern Karlsruhe bzw. Düsseldorf, die bei einem Unternehmen aufgrund Anstellungsvertrags beschäftigt sind.

Die Beschwerdeführerin zu 1. ist seit 01.02.2000 beschäftigt in der Rechtsabteilung der A. GmbH. Ihre Tätigkeit besteht in der rechtlichen Beratung der Geschäftsführung, der rechtlichen Unterstützung der anderen Abteilungen ihres Arbeitgebers sowie in der Beratung von Kunden ihres Unternehmens bei der Konzeptionierung und Schließung von Versorgungseinrichtungen. Sie hat nach ihrer Einlassung im sozialgerichtlichen Ausgangsverfahren keine eigenen Entscheidungsbefugnisse in der Unternehmenshierarchie; bei ihrer Tätigkeit für Kunden des Arbeitgebers werden die Vorstellungen des Kunden umgesetzt. Eigene Mandanten hat sie neben ihrer Tätigkeit für ihren Arbeitgeber nicht; ihr Arbeitgeber hat ihr aber durch Freistellung die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, eigene Mandanten zu haben.

Der Beschwerdeführer zu 2. ist seit Oktober 2008 angestellt bei der E. AG. Seit 01.06.2009 ist er dort Vorstandsreferent. Zu seinen Aufgaben gehört das Compliancewesen. In dieser Funktion hat er die Aufgabe, persönliche Strafbarkeitsrisiken für Mitarbeiter und Organmitglieder sowie Haftungsrisiken für das Unternehmen und den Vorstand zu vermeiden. Seit 01.03.2009 ist er Compliance-

Beauftragter, seit 01.07.2012 Head of international Business Compliance. Seit 01.01.2014 ist er zugleich auch Compliance-Beauftragter der Tochtergesellschaften seines Arbeitgebers in Dänemark und Schweden. Über die Betreuung eigener Mandanten außerhalb seiner Tätigkeit für seinen Arbeitgeber ist aus der Verfassungsbeschwerde nichts ersichtlich.

Beide Beschwerdeführer sind Mitglied des für sie zuständigen Versorgungswerks der Rechtsanwälte. Beide haben bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) vergeblich die Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung beantragt. Die gegen die jeweiligen Ablehnungsbescheide erhobenen sozialgerichtlichen Klagen blieben erfolglos. Das Bundessozialgericht hat in beiden Fällen – jeweils mit Urteil vom 03.04.2014 – die Ablehnungsbescheide der DRV im Ergebnis bestätigt. Für die Beschwerdeführer hat dies zur Folge, dass sie damit einer doppelten Pflichtmitgliedschaft einerseits in der DRV und andererseits in dem für sie zuständigen anwaltlichen Versorgungswerk unterliegen.

Das Bundessozialgericht hat sein Urteil in beiden Fällen tragend auf die sog. Doppelberufstheorie gestützt (Rdnr. 24, 26 UA^{*}). Danach habe der Syndikusanwalt eine „Doppelstellung“ inne: Er sei einerseits Angestellter und andererseits Rechtsanwalt (Rdnr. 26 UA unter Bezugnahme auf BGHZ 33, 276, 279 f.). Der Syndikus sei Rechtsanwalt, nicht weil er Syndikus ist, sondern weil er sich „aufgrund einer nur deshalb zu erteilenden Zulassung unabhängig hiervon und daneben gesondert als Rechtsanwalt“ betätige (Rdnr. 29 UA). Die Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführer bei ihrem Arbeitgeber könne „dem Berufsfeld der Rechtsanwältin/des Rechtsanwalts von vornherein nicht zugeordnet werden“, da „die anwaltliche Berufsausübung [...] in der äußeren Form der Beschäftigung nicht möglich“ sei (Rdnr. 21 UA). Hierbei sei „ungeachtet im Einzelfall arbeitsrechtlich eröffneter Möglichkeiten, auch gegenüber dem Arbeitgeber sachlich selbständig und eigenverantwortlich zu handeln, *allein die Eingliederung in die von diesem vorgegebene Arbeitsorganisation mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar*“ (Rdnr. 29 – Hervorhebung nicht im Original).

Das Bundessozialgericht hat seine Urteile auch auf die tragende Annahme gestützt, dieses Ergebnis verstoße nicht gegen Verfassungsrecht. Der Gesetzgeber dürfe zur Bestimmung der Schutzbedürftigen typisierend an den Sachverhalt der Beschäftigung anknüpfen und in Verbindung hiermit Versicherungszwang anordnen (Rdnr. 45 UA). Diese Versicherungspflicht verletze die Betroffenen insbesondere nicht in ihren Grundrechten aus Art. 14 GG und berühre „mangels eines unmittelbar berufsregelnden Charakters nicht den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG“ (Rdnr. 45 UA). Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG scheide schon deshalb aus, weil der Gesetzgeber im Rahmen seiner weiten Gestaltungsfreiheit im Spannungsverhältnis zwischen individueller Freiheit und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung auch eine Versicherungspflicht für Beschäftigte anordnen dürfe, und zwar ohne dass es auf die

^{*} Sofern nachfolgend aus dem amtlichen Urteilsabdruck zitiert wird, wird aus Vereinfachungsgründen allein auf das Urteil des BSG im Verfahren 1 BvR 2584/14 abgestellt.

individuelle Schutzbedürftigkeit eines Versicherungspflichtigen ankomme (Rdnr. 45 UA). Hierbei dürfe der Gesetzgeber bei der Eröffnung von Befreiungsmöglichkeiten „erst recht“ die Leistungsfähigkeit der verbleibenden Versichertengemeinschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigen (Rdnr. 46 UA). Schließlich könne sich der „vom Kläger repräsentierte Personenkreis“ auch nicht auf eine vom Gesetz abweichende rechtswidrige Verwaltungspraxis der DRV berufen (Rdnr. 48 UA).

Mit ihren hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG, hilfsweise aus Art. 2 Abs. 1 GG, sowie aus Art. 19 Abs. 4 GG. Im vorliegenden Fall sei die Berufsausübungsfreiheit berührt, wobei „die Nähe zur Wahl der Berufswahlfreiheit [...] unverkennbar“ sei, weil das Verständnis des BSG bei einem Syndikusanwalt dazu führen könne, auf das Ergreifen des Anwaltsberufs überhaupt zu verzichten oder ggfs. den Beruf des Rechtsanwalts aufzugeben (Rdnr. 55, 56 der Verfassungsbeschwerde). Die erforderliche objektiv berufsregelnde Tendenz bestehe, weil der Betroffene über die Doppelpflichtmitgliedschaft vor die Notwendigkeit gestellt werde, entweder auf die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu verzichten oder bei Zugrundelegung der erforderlichen Gesamtsicht auf den berührten Berufsrechtsbereich eine solche Zulassung gar nicht erst zu beantragen (Blatt 36 Mitte der Verfassungsbeschwerde). In der Sache seien beide Grundrechte verletzt, weil § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI in der Auslegung durch das BSG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht entspreche. Die Verweigerung der Befreiung sei unzumutbar, weil die Beschwerdeführer jeweils eine anwaltstypische Berufstätigkeit innerhalb ihrer jeweiligen Anstellungsverhältnisse ausübten; die Unzumutbarkeit resultiere primär aus der fortbestehenden doppelten Beitragsbelastung

B.

Verfassungsrechtliche Würdigung

Die Auslegung und Anwendung der hier in Rede stehenden Vorschriften des SGB VI und der §§ 1 bis 3 sowie des § 46 BRAO ist in erster Linie Sache der Fachgerichte. Das Bundesverfassungsgericht prüft nur nach, ob die fachgerichtlichen Entscheidungen Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen (BVerfG NJW 1997, 2510 [2511]). Das ist der Fall, wenn die Auslegung der Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt (BVerfGE 85, 248 [258]; BVerfG NJW 1997, 2510 [2511]; BVerfG NJW 1992, 2341 [2342]).

Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerden in Anwendung dieser Maßstäbe für begründet. Die Urteile des Bundessozialgerichts sowie die die Klage abweisenden Urteile der Vorinstanzen und die Ablehnungsbescheide der DRV in

Gestalt der jeweiligen Widerspruchsbescheide verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten. Verletztes Grundrecht ist – in Abhängigkeit von der Beantwortung der Frage 7 aus der Verfügung des Herrn Vizepräsidenten – das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Im Einzelnen:

I. Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG)?

Das Bundessozialgericht hat in den mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen beiden Urteilen bereits einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verneint. Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung berühre „mangels eines unmittelbar berufsregelnden Charakters nicht den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG“ (Rdnr. 45 UA). Diese Annahme wird der Tragweite des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht gerecht; namentlich bleibt sie hinter den Kriterien zurück, die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt wurden (dazu unten 1.). Ob nach den tatsächlich maßgeblichen Kriterien die Nicht-Befreiung von Syndikusanwälten von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht bereits einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit oder gar in die Berufswahlfreiheit darstellt, ist abhängig von der Würdigung der Tatsachen, die der erkennende Senat auch bereits in Frage 7 der Verfügung vom 11.12.2014 angesprochen hat (dazu unten 2.).

1. Fehlen eines unmittelbar berufsregelnden Charakters schließt Eingriff in die Berufsfreiheit nicht aus

Zu Unrecht meint das Bundessozialgericht, die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung berühre mangels eines unmittelbar berufsregelnden Charakters nicht den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG. Diese Annahme beruht auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung vom Umfang des Schutzbereichs der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Sie wird namentlich nicht durch die vom Bundessozialgericht zitierte Kammer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.06.2007 (1 BvR 2204/00, 1 BvR 1355/03, NVwZ-RR 2007, 683) gestützt. Im Gegenteil. Wörtlich heißt es dort nämlich wie folgt:

„Vorschriften ohne unmittelbar berufsregelnden Charakter, wie hier die Anordnung einer Versicherungspflicht, greifen nur in die Berufsfreiheit ein, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Berufsausübung stehen und eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 <153 f.>; 81, 108 <121>; stRspr).“

(BVerfG, a.a.O., NVwZ-RR 2007, 683 = juris Rdnr. 27).

Mit anderen Worten: Anders als das Bundessozialgericht angenommen hat, schließt allein das Fehlen eines unmittelbar berufsregelnden Charakters einer staatlichen Vorschrift einen Eingriff in die Berufsfreiheit keineswegs aus. Auch solche Vorschriften greifen dann – nur dann, aber immerhin dann – in die Berufsfreiheit ein, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Berufsausübung stehen und eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lassen.

Dafür ist entscheidend, ob die betreffende Vorschrift nach der Intention des Gesetzgebers den Entschluss zur Wahl oder zur Art der Ausübung eines Berufs steuern soll und/oder ob sie objektiv – d.h. unabhängig von der gesetzgeberischen Zielrichtung aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen – eine solche berufspolitische Wirkung hat (BVerfGE 75, 108 [153 f.]). Dies entspricht dem allgemeinen grundrechtsdogmatischen Ansatz, dass der Grundrechtsschutz nicht auf Eingriffe im herkömmlichen Sinne beschränkt ist, sondern bei faktischen oder mittelbaren Grundrechtseingriffen betroffen sein kann, wenn diese in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen Eingriffen gleichkommen (BVerfGE 105, 279 [303]; 110, 177 [191]; 113, 63 [76]; 116, 202 [222]). Deshalb können etwa steuerrechtliche Vorschriften in Art. 12 Abs. 1 GG auch dann eingreifen, wenn sie „nicht unmittelbar auf die Berufsfreiheit abzielen, sondern nur in ihren tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, diese zu beeinträchtigen“ (BVerfGE 81, 108 [121]).

2. Objektiv berufsregelnde Tendenz einer Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung für Syndikusanwältinnen und -anwälte?

Ob nach den vorstehenden, vom Bundessozialgericht nicht angewandten Maßstäben von einem Eingriff in die Berufsfreiheit durch eine Pflichtmitgliedschaft der Syndikusanwältinnen und -anwälte in der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht auszugehen ist, ist abhängig davon, ob die tatsächlichen Auswirkungen einer solchen Pflichtmitgliedschaft eine objektiv berufsregelnde Tendenz begründen. Demgegenüber ist nicht zu erkennen, dass die Pflichtmitgliedschaft nach der Intention des Gesetzgebers den Entschluss zur Wahl oder zur Art der Ausübung des Berufs des Rechtsanwalts steuern soll.

Eine solche durch die tatsächlichen Auswirkungen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ergebende objektiv berufsregelnde Tendenz könnte sich zum einen unter dem Gesichtspunkt der Doppelbelastung ergeben, die aus der doppelten Beitragspflicht für die Syndikusanwältinnen und -anwälte im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherungen und aus ihrer Mitgliedschaft im anwaltlichen Versorgungswerk resultiert (zu diesem Aspekt BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 05.05.2008 – 1 BvR 1060/05 und 1 BvR 1753/05, SozR 4-2600 § 6 Nr. 7 Rdnr. 20). Dieser Aspekt ist Gegenstand der Frage 7 der Verfügung des Herrn Vizepräsidenten vom 11.12.2014. Nähere Zahlen dazu liegen dem Verfassungs- und dem Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins nicht vor. Eine genauere Stellungnahme ist uns daher zu diesem Punkt erst möglich, wenn wir die diesbezüglichen Angaben der genauen

Zahlen durch die vom Senat angeschriebenen weiteren sachkundigen Dritten erhalten.

Wir weisen allerdings darauf hin, dass sich eine objektiv berufsregelnde Tendenz einer Pflichtmitgliedschaft der Syndikusanwältinnen und -anwälte auch jenseits der Frage der Doppelbelastung ergeben kann. Denn durch eine solche Pflichtmitgliedschaft für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wird ein Wechsel zwischen der Anwaltstätigkeit in freiberuflichen Rechtsanwaltskanzleien und in Unternehmen objektiv erschwert. So sind nach Kenntnis des Verfassungs- und des Berufsrechtsausschusses viele Berufs- und Wechselentscheidungen (auch) von dem Streben nach einer geschlossenen Versorgungsbiographie in einem einzigen Versorgungssystem geprägt. Auch der Wechsel aus einer Syndikusanwaltstätigkeit in eine selbständige Tätigkeit als Kanzleipartner ist möglicherweise mit Problemen verbundenen, die einen Wechsel behindern. Besonders deutlich wird die objektiv berufsregelnde Tendenz ganz aktuell daran, dass derzeit – unter dem Eindruck der hier zu beurteilenden Entscheidungen des Bundessozialgerichts – Syndikusanwälte mit Vertrauensschutz für einen Alt-Befreiungsbescheid sogar Funktionswechsel innerhalb von Rechtsabteilungen eines Unternehmens ablehnen, erst recht einen Wechsel von einer Rechtsabteilung in die Rechtsabteilung eines anderen Unternehmens, weil sie befürchten, durch einen solchen Wechsel ihre Befreiung von der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung zu verlieren.

II. Jedenfalls Eingriff in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Jedenfalls verletzen die beiden hier angegriffenen Urteile des Bundessozialgerichts die Beschwerdeführer in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit. Auch hier hat das Bundessozialgericht die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt, weil es sich der Sache nach auf die allgemeine Erwägung beschränkt, die Begründung einer Pflichtmitgliedschaft in einer gesetzlichen Rentenversicherung sei *als solche* verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Hiermit hat das Bundessozialgericht die Auswirkungen der von ihm zugrunde gelegten Vorschrift vernachlässigt, deren Besonderheit darin besteht, dass sie die Pflichtmitgliedschaft gerade – als „sozialrechtliche (Vor-)Frage“, wie das BSG selbst erkennt (Rdnr. 24 UA) – von der Anwendung einer berufsrechtlichen Regel abhängig macht, die ihrerseits – als unmittelbar anzuwendender Rechtssatz gedacht – mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar wäre. Im Einzelnen:

1. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG schützt als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit auch die Vorsorgefreiheit Beschäftigter. Dementsprechend greift der Gesetzgeber in den

Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ein, wenn er die Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung und damit verbundene Beitragspflichten anordnet (BVerfGE 97, 271 [286]; 109, 96 [109]; Beschluss vom 26.06.2007, a.a.O., NVwZ-RR 2007, 683).

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben hat das Bundessozialgericht bereits verkannt, weil es schon einen Eingriff [sic!] in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verneint (Rdnr. 45 UA), nicht also lediglich eine Verletzung seines effektiven Garantiebereichs.

2. Effektiver Garantiebereich des Art. 2 Abs. 1 GG

Im Ansatz zutreffend weist das Bundessozialgericht darauf hin, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums grundsätzlich berechtigt ist, eine Versicherungspflicht für Beschäftigte in der gesetzlichen Rentenversicherung einzuführen und sich bei der ausnahmsweisen Eröffnung von Befreiungsmöglichkeiten vom Gedanken der Leistungsfähigkeit der verbleibenden Versichertengemeinschaft sowie dem Anliegen, Versicherte mit typischerweise günstigen Risiken in der gesetzlichen Rentenversicherung zu halten, leiten zu lassen (Rdnr. 45, 46 UA). Für das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG gelten die Schranken des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG. Es ist deshalb nicht verletzt, wenn die Eingriffsnorm formell und materiell verfassungsgemäß ist, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den rechtsstaatlichen Anforderungen des Vertrauensschutzes entspricht (st. Rspr., vgl. nur im Zusammenhang mit der Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung BVerfGE 97, 271 [286]).

Richtig ist auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anordnung einer Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung *als solche* diese Anforderungen wahrt und insbesondere die davon Betroffenen – in Abhängigkeit von der jeweiligen Beitragshöhe – nicht übermäßig belastet (BVerfGE 29, 221 [236]; Beschluss vom 26.06.2007, a.a.O., NVwZ-RR 2007, 683 [684]).

Mit diesen allgemeinen Erwägungen hat das Bundessozialgericht aber die Besonderheit des vorliegenden Falles (auch) in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht ausgeschöpft. Diese Besonderheit besteht nämlich darin, dass nach dem vom Bundessozialgericht dem § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI beigemessenen Inhalt der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung – als „sozialrechtliche (Vor-)Frage“, wie das BSG selbst erkennt (Rdnr. 24 UA) – von der Anwendung einer berufsrechtlichen Regel abhängig macht, die der Doppelberufstheorie im Ausgangspunkt zugrunde liegt – der Regel nämlich, dass nach dem anwaltlichen Berufsrecht eine Rechtsbesorgungstätigkeit dem Bereich anwaltlicher Berufstätigkeit nicht zugeordnet werden kann, wenn sie im Rahmen einer

Beschäftigung einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber geschuldet ist. Es ist deshalb hier zusätzlich zu prüfen, ob eine solche berufsrechtliche Regel ihrerseits – als unmittelbar anzuwendender Rechtssatz gedacht – mit dem Grundgesetz, konkret hier: mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Denn diese berufsrechtliche Regel ist Teil der Eingriffsnorm, indem sie die Voraussetzungen für das Bestehen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung vorgibt.

3. Verneinung anwaltlicher Tätigkeit des Syndikusanwalts verletzt das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Die berufsrechtliche Regel, die das Bundessozialgericht seinen beiden hier angegriffenen Urteilen zugrunde legt, ist mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar.

a) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

In der Auslegung des Bundessozialgerichts enthalten die §§ 1 bis 3 BRAO eine Inkompatibilitätsregel, die es den auf der Grundlage der Doppelberufstheorie zur Anwaltschaft zugelassenen Beschwerdeführern untersagt, als Rechtsanwälte in Ausübung ihres Anwaltsberufs für ihren Arbeitgeber im Beschäftigungsverhältnis tätig werden zu können.

Das Bundessozialgericht hat tragend angenommen, „die anwaltliche Berufsausübung [scil. sei] in der äußeren Form der Beschäftigung nicht möglich“ (Rdnr. 21 UA); „allein die Eingliederung in die von diesem [scil. dem Arbeitgeber] vorgegebene Arbeitsorganisation“ sei „mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar“ (Rdnr. 29 UA). Diese Unvereinbarkeitsregel ist rechtlich ein Verbot für zugelassene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, ihren Beruf als Rechtsanwalt im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses auszuüben.

Ein solches Verbot greift in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ein. Bei den nach der Doppelberufstheorie zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen Beschwerdeführern greift die Regel in die Berufsausübungsfreiheit ein. Die Beratung und Vertretung ihrer Mandanten, die ihrerseits frei sind, den ihnen zusagenden Rechtsberater und -vertreter zu mandatieren, ist ein wesentlicher Teil der anwaltlichen Berufsausübung (BVerfGE 108, 150 [158] für die anwaltliche Vertretung). Das persönliche Vertrags- und Vertrauensverhältnis betrifft einen Beruf, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt und unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen überantwortet ist, soweit sie nicht durch verfassungsgemäße Regelungen beschränkt ist (BVerfGE 50, 16 [29]; 108, 150 [158]). Ihre eigenständige und unabhängige Funktion in der Durchsetzung des Rechts nehmen die Rechtsanwälte gerade in Bezug auf ihren jeweiligen Mandanten wahr (BVerfGE 108, 150 [158]), was auch beinhaltet, dass sie in freier und unreglementierter Selbstbestimmung darüber

entscheiden, für wen sie als Rechtsanwälte in Wahrnehmung anwaltlicher Berufsausübung tätig werden wollen. Dies schließt auch die Freiheit ein, als Rechtsanwalt für den eigenen Arbeitgeber tätig zu werden – Freiheit hinsichtlich der Modalität der Berufsausübung.

Wird dies den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten untersagt, dann stellt dies einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit ihrer anwaltlichen Berufsausübung dar. Dieser Eingriff betrifft zwar formal (noch) nicht die Freiheit der Berufswahl. Denn nach der Doppelberufstheorie kann der Syndikusanwalt im Zweitberuf als Rechtsanwalt zugelassen werden; ihm wird aber zum Zwecke der Trennung zwischen den beiden Aufgabenbereichen, in denen ein Syndikusanwalt in seiner Doppelstellung tätig wird, durch Regeln der Berufsausübung in bestimmten Fällen untersagt, als Rechtsanwalt gerade für seinen Arbeitgeber tätig zu werden (so die Gesetzesbegründung zu § 46 BRAO: BT-Drucks. III/120, Seite 77; dazu auch BVerfGE 87, 287 [327]).

Allerdings ist der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit schwerwiegend, wenn ein Syndikusanwalt seine berufliche Tätigkeit ausschließlich oder ganz überwiegend dem Beschäftigungsverhältnis für seinen Arbeitgeber widmet bzw. widmen will. Dies gilt namentlich für Syndikusanwältinnen, die – wie die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 2534/14 – neben der Tätigkeit im Beschäftigungsverhältnis für den Arbeitgeber wegen der Betreuung eigener Kinder nicht die Zeit aufbringen können, außerhalb ihres Anstellungsverhältnisses freiberuflich als Rechtsanwältin tätig zu sein. Entsprechendes gilt für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die etwa pflegebedürftige Familienangehörige betreuen. Wird ihnen – wie vom Bundessozialgericht angenommen – generell untersagt, ihren Anwaltsberuf im Beschäftigungsverhältnis für den Arbeitgeber auszuüben, dann bedeutet dies für solche Syndikusanwältinnen und -anwälte, dass sie ihren Anwaltsberuf insgesamt nicht ausüben können. Über die Größe dieser Gruppe liegen dem Verfassungs- und dem Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins zwar keine Zahlen vor, so dass insoweit auch die Frage 5 der Verfügung vom 11.12.2014 nicht konkret beantwortet werden kann. Es ist aber davon auszugehen, dass es sich nicht nur um Ausnahmefälle handelt, da es sich bei den Syndikusanwälten nicht anders verhalten wird als bei der Bevölkerung allgemein.

b) Eingriff in die Berufsfreiheit ist durch die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gedeckt

In das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden (st. Rspr., vgl. nur BVerfGE 135, 90 [Rdnr. 57]). Dabei sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit umso höher, je schwerwiegender der Grundrechtseingriff ist. Sofern es – wie hier bei

den Beschwerdeführern – um Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit, nicht der Freiheit der Berufswahl geht, sind die Anforderungen an die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs nicht per se geringer. Entscheidend ist jeweils die Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit. Dies hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt nochmals deutlich zum Ausdruck gebracht, indem es betont hat, dass Art. 12 Abs. 1 GG das „einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit“ garantiert (BVerfGE 135, 90 [Rdnr. 57]).

Im vorliegenden Fall wiegt der Eingriff in die Berufsfreiheit schwer, weil – wie schon dargelegt – für einen beachtlichen Teil der Syndikusanwältinnen und -anwälte die Tätigkeit für ihren Arbeitgeber die ausschließliche oder doch die zeitlich bei weitem überwiegende Beschäftigung darstellt. Das Verbot, den eigenen Arbeitgeber als Rechtsanwalt zu beraten und zu vertreten, betrifft daher ihren „Hauptberuf“.

aa) Berufsbild als solches keine ausreichende Rechtfertigung

Das Bundessozialgericht beruft sich zur Begründung seiner Urteile – unter gleichzeitigem Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – darauf, die anwaltliche Berufsausübung in der äußeren Form der Beschäftigung sei mit dem anwaltlichen Berufsbild nicht vereinbar (Rdnr. 26, 27, 29 UA). Dieses Berufsbild wird vom Bundessozialgericht hierbei nicht darauf hinterfragt, ob es seinerseits mit den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbaren sei. Damit hat das Bundessozialgericht (ein weiteres Mal) Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit verkannt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der „Beruf“ als Gegenstand der Berufsfreiheit jede erlaubte Tätigkeit, auch wenn sie nicht einem traditionellen oder rechtlich fixierten Berufsbild entspricht (BVerfGE 68, 272 [281]; 78, 191 [193]; NJW 2002, 3531). Dies bedeutet, dass einschränkende Regelungen, die sich aus einem traditionellen oder rechtlich fixierten Berufsbild ergeben, grundsätzlich in die Berufsfreiheit eingreifen und daher nicht per se zulässig sind, sondern ihrerseits durch die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein müssen. Dementsprechend fordert das Bundesverfassungsgericht auch für die Festlegung eines Berufsbildes durch den Gesetzgeber, dieser müsse hierbei beachten, dass er in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit eingreift und daher die Verhältnismäßigkeit beachten muss (BVerfGE 78, 179 [193]). Mit anderen Worten: Die mit der Fixierung des anwaltlichen Berufsbildes verbundenen Einschränkungen tragen nicht ihre Rechtfertigung in sich, sondern müssen selbst durch die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt sein. Diese Anforderungen müssen auch die Fachgerichte beachten, wenn sie vom Gesetzgeber fixierte Berufsbilder anwenden (BVerfGE 97, 12 [27]). Das Bundessozialgericht hätte daher das von ihm herangezogene Berufsbild darauf hinterfragen müssen, ob es

durch die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt, insbesondere ob es verhältnismäßig ist.

Dies hat das Bundessozialgericht nicht getan. Es hat schon deshalb spezifisches Verfassungsrecht verletzt.

Hierbei hätte das Bundessozialgericht in den vorliegenden beiden Fällen schon deshalb besonderen Anlass gehabt, das von ihm zugrunde gelegte Berufsbild auf seine Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG zu hinterfragen, weil hier zwischen der Fixierung des Berufsbilds durch den Gesetzgeber und der Entscheidung des Fachgerichts, welche Folgerungen es in dem zur Entscheidung anstehenden konkreten Fall ziehen will, ein größerer Zeitabstand liegt. Festgelegte Berufsbilder sind nicht rein statisch, sondern müssen dynamisch verstanden werden. Berufsbilder müssen sich verändern und aufgelockert werden können (vgl. BVerfGE 76, 171 [185]). Aus einer Tätigkeit mit festgelegtem Berufsbild kann sich für einen Teilbereich ein eigener, durch die Berufsfreiheit geschützter Beruf entwickeln (vgl. BVerfGE 97, 12 ff.). Bei der Auslegung von freiheitsbeschränkenden Rechtsnormen – eine derartige Einschränkungswirkung können auch festgefügte Berufsbilder haben – sind Entwicklungen und Veränderungen der Rechtstatsachen – im konkreten Fall zunehmende Bildung von Sozietäten, zunehmende Spezialisierung und zunehmende Zahl von Kanzleiwechseln innerhalb der Anwaltschaft – zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 108, 150 [165 f.]). In vergleichbarer Weise ist auch die verfassungsrechtliche Auslegung von Grundrechten wie namentlich dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht statisch, sondern kann sich mit der Zeit weiterentwickeln und ändern.

Hiervon abgesehen entspricht das vom Bundessozialgericht herangezogene Berufsbild, das auf die Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959 zurückgeht (zu den Zweifeln, ob dieses Berufsbild damals bereits bestand, vgl. Hellwig, AnwBl. 2015, 2 [6]), nicht mehr der heutigen Realität. Dies gilt namentlich für den vom BSG aufgestellten Gegensatz zwischen dem Dienst- oder Anstellungsverhältnis des Syndikusanwalts, das durch „Bindungen und Abhängigkeiten“ gekennzeichnet sein soll (Rdnr. 27 UA unter Berufung auf BGH, NJW 2011, 1517 Rdnr. 6), und dem Berufsbild des freien Rechtsanwalts als freiem und unabhängigem Berater und Vertreter aller Rechtsuchenden (ebda.). Dieses Bild des Syndikusanwalts, das hier gezeichnet wird, ist durch die Rechtswirklichkeit schon lange überholt worden. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in dem Senatsbeschluss vom 04.11.1992 speziell mit Blick auf die Syndikusanwaltsthematik festgestellt, dass das Berufsbild von 1959 inzwischen als Folge starker gesellschaftlicher Veränderungen einem tiefgreifenden Wandlungsprozess unterliegt (BVerfGE 87, 287 [320]).

Dieser Wandlungsprozess hat sich fortgesetzt und noch beschleunigt. So sind Syndikusanwälte inzwischen nicht nur vielfach in ihren Arbeitsverträgen ausdrücklich von Weisungen ihrer Arbeitgeber freigestellt (vgl. dazu Prütting, AnwBl. 2013, 78 [83]; Merkt, AnwBl. 2014, 278 [280]). Insbesondere auch durch die sog. Corporate Governance- und Compliance-Anforderungen in Unternehmen hat sich ein grundlegender Wandel bei den Aufgaben des Syndikusanwalts im Unternehmen ergeben. Bei der Corporate Governance und der Compliance ist dem Syndikus eine zentrale Aufgabe zugewachsen: Er hat unternehmensintern darüber zu wachen, dass alle maßgeblichen rechtlichen Vorschriften sowie die vom Unternehmen selber gesetzten ethischen Vorgaben eingehalten werden (ausführlich dazu Merkt, NJW 2014, 2310 ff.). Die Erfüllung dieser Aufgaben dient nicht nur dem einzelnen Unternehmen; es dient vielmehr auch dem Gemeinwohl, wenn die Einhaltung rechtlicher Vorschriften und ethischer Vorgaben nach Möglichkeit präventiv gesichert und nicht allein nachträglich geahndet wird. Es ist offensichtlich, dass dieses Ziel der präventiven Sicherung besser zu erreichen ist, wenn der Syndikusanwalt in seiner Tätigkeit im Unternehmen wegen berufsrechtlicher Unabhängigkeit als Rechtsanwalt frei von Weisungen des Unternehmens und im Einzelfall vielleicht sogar gegen Weisungen arbeiten kann. Vor diesem Hintergrund kann das anwaltliche Berufsbild von 1959 (ebenso wie die anwaltliche Unabhängigkeit; dazu sogleich unten bb) heute nicht mehr als Hindernis für die Zulassung eines Syndikus zur Rechtsanwaltschaft angesehen werden.

Diesem Wandel des Berufsbilds, der auch in anderen europäischen Ländern zu erkennen ist (vgl. dazu Baudenbacher/Speitler, NJW 2015, 1211 ff.), trägt im Übrigen der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte vom 26.03.2015 Rechnung, indem er die Beratungstätigkeit des angestellten Syndikus für seinen Arbeitgeber unter bestimmten inhaltlichen Voraussetzungen als anwaltliche Tätigkeit anerkennt (§ 46 Abs. 2 und 3 BRAO – E), also der Argumentation des Bundessozialgerichts in Bezug auf das anwaltliche Berufsbild und die anwaltliche Unabhängigkeit (dazu sogleich) gerade nicht folgt.

bb) Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts keine ausreichende Rechtfertigung für den Rechtssatz von der Unvereinbarkeit anwaltlicher Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung

Die Einschränkung der Berufsfreiheit der Syndikusanwältinnen und -anwälte durch den vom Bundessozialgericht aufgestellten Rechtssatz lässt sich auch nicht mit dem Ziel der Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts rechtfertigen.

- (1) Das gilt schon deshalb, weil es jedenfalls nach den hier angegriffenen beiden Urteilen des Bundessozialgerichts auf Gefahren für die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gar nicht ankommen soll. Denn danach soll gerade „ungeachtet im Einzelfall arbeitsrechtlich eröffneter Möglichkeiten, auch gegenüber dem Arbeitgeber sachlich selbständig und eigenverantwortlich zu handeln“ [sic!] schon „allein die Eingliederung in die von diesem vorgegebene Arbeitsorganisation“ [sic!] mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar sein (Rn. 29 UA).

Dies bedeutet: Da es nach dem vom Bundessozialgericht zugrunde gelegten Rechtssatz auf Gefahren für die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts aufgrund seiner Tätigkeit im Beschäftigungsverhältnis gar nicht ankommt, ist das von ihm zugrunde gelegte Verbot anwaltlicher Berufsausübung des Syndikusanwalts im Beschäftigungsverhältnis schon nicht geeignet, um das Ziel des Schutzes der anwaltlichen Unabhängigkeit zu erreichen.

- (2) Aber auch wenn man hiervon absehen wollte, kann der Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit ein generelles Verbot für den Syndikusanwalt, für seinen Arbeitgeber im Beschäftigungsverhältnis als Rechtsanwalt tätig zu werden, nicht rechtfertigen.

Allerdings ist das Ziel des Schutzes der anwaltlichen Unabhängigkeit ein legitimer Gemeinwohlzweck, der Einschränkungen der anwaltlichen Berufsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen kann. Die anwaltliche Unabhängigkeit dient dem Gemeinwohlziel einer funktionierenden Rechtspflege. Nur als unabhängige Berufsträger können Rechtsanwälte sachgerechte Konfliktlösungen herbeiführen, vor Gericht die Interessen ihrer Mandanten effektiv vertreten und dabei zugleich staatliche Stellen möglichst vor Fehlentscheidungen zu Lasten ihrer Mandanten bewahren (BVerfGE 76, 171 [192]; 108, 150 [161]; 135, 90 [Rdnr. 62]). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt daher den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus. Diese Eigenschaften stehen weder zur Disposition des Mandanten noch zur Disposition von Sozilen oder anderen Dritten (BVerfGE 108, 150 [162]; 135, 90 [Rdnr. 62]).

Zur Erreichung dieses Ziels ist es aber nicht erforderlich, jedenfalls nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, es dem Syndikusanwalt generell zu verbieten, im Beschäftigungsverhältnis für seinen Arbeitgeber als Rechtsanwalt tätig zu werden. Denn die Erreichung dieses Ziels wird bereits durch die gesetzlich geregelten Berufspflichten der betroffenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

sichergestellt; zusätzlich kommt zur Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit der Erlass weiterer berufsrechtlicher Vorschriften in Betracht (vgl. dazu Hellwig, AnwBl. 2015, 2 [12]). Insoweit gilt nichts anderes als für das Verbot der interprofessionellen Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbH mit Doppelzulassung, das ebenfalls mit dem Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit begründet worden war. Dieses Verbot hat der erkennende Senat schon deshalb für unverhältnismäßig angesehen, weil die Erreichung des Ziels der anwaltlichen Unabhängigkeit durch gesetzlich geregelte Berufspflichten der beteiligten Rechtsanwälte sichergestellt werden könne (BVerfGE 135, 90 [Rdnr. 75]).

Letztlich muss diese Erwägung zugunsten des Syndikusanwalts schon deshalb durchgreifen, weil sie vom Gesetzgeber auch für den freiberuflichen Anwalt zugrunde gelegt wird. Denn auch dieser unterliegt grundsätzlich aufgrund des Mandatsvertrags den Weisungen seines Mandanten (vgl. dazu etwa Redeker, NJW 2004, 889 [892]; Hellwig, AnwBl. 2015, 2 [10]), dessen Interessen er verpflichtet ist (BVerfGE 108, 150 [161 f.]). Wenn dieses Weisungsrecht gleichwohl nicht als Gefährdung seiner anwaltlichen Unabhängigkeit angesehen wird, dann deshalb, weil die anwaltliche Unabhängigkeit als berufsrechtliche Grundpflicht „nicht zur Disposition der Mandanten“ steht (BVerfGE 108, 150 [162]), anders ausgedrückt: weil sie vertraglich auch im Mandatsvertrag nicht abbedungen werden kann. Es ist nicht erkennbar, weshalb dies beim freiberuflichen Rechtsanwalt zum Schutz seiner anwaltlichen Unabhängigkeit ausreichen soll, nicht aber beim Syndikusanwalt. Dieser unterliegt den Weisungen seines Mandanten nicht aufgrund eines im Einzelfall vereinbarten Mandatsvertrags (der im Übrigen aber auch als Rahmenvertrag für eine Vielzahl von Mandaten ausgestaltet sein kann), sondern aufgrund seines generellen Anstellungsvertrages. Auch hier bilden seine anwaltlichen Berufspflichten die zwingende rechtliche Grenze, über die sich der Anstellungsvertrag – nicht anders als der Mandatsvertrag – nicht hinwegsetzen darf; andernfalls ist der Vertrag unwirksam.

Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob dies in dem Anstellungsvertrag ausdrücklich vereinbart ist; es genügt, dass die anwaltlichen Berufspflichten als zwingendes Recht im Anstellungsvertrag nicht wirksam abbedungen werden können, wenn der Syndikusanwalt *als Rechtsanwalt* für seinen Arbeitgeber tätig werden soll. Insoweit schützt gerade der Umstand, dass der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt tätig wird, die anwaltliche Unabhängigkeit, weil dies die Grundlage dafür ist, dass sich die anwaltlichen Berufspflichten im Beschäftigungsverhältnis gegenüber

seinem Arbeitgeber entfalten können (dazu Hellwig, AnwBl. 2015, 2 [11]). Mit anderen Worten: Es ist nicht die Tätigkeit des Syndikusanwalts im Anstellungsverhältnis, welche seine anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet; es ist – ganz umgekehrt – die anwaltliche Unabhängigkeit des Syndikusanwalts, die die Erfüllung der dem Gemeinwohl dienenden Aufgaben des Syndikusanwalts im Bereich Corporate Governance und Compliance sichert. Und diese Unabhängigkeit greift nur, wenn der Syndikusanwalt im Anstellungsverhältnis für sein Unternehmen als Rechtsanwalt tätig werden kann.

Insofern steht namentlich auch nicht zu befürchten, dass beim rechtsuchenden Publikum begründete Zweifel an der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bestehen, wenn dieser nicht im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit, sondern im Rahmen seines Anstellungsverhältnis für seinen Arbeitgeber anwaltlich tätig wird (so BVerfGE 87, 287 [320]). Dieser Gedanke erlaubt es, die Rechtfertigung einer Einschränkung anwaltlicher Berufsfreiheit nicht von der individuellen Integrität des Einzelnen abhängig zu machen (so ausdrücklich BVerfG, ebda.). Er rechtfertigt es aber nicht, generalisierend auf Befürchtungen beim rechtsuchenden Publikum abzustellen, wenn diesen Befürchtungen durch das mildere Mittel gesetzlich geregelter Berufspflichten die Grundlage entzogen wird.

cc) Keine Rechtfertigung durch das Ziel der Vermeidung von Interessenkollisionen

Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des vom Bundessozialgericht aufgestellten Rechtssatz lässt sich auch nicht der Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 05.11.2001 anführen. Darin wird zwar ausgeführt, dass in § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO normierte Tätigkeitsverbot für den „(echten) Syndikusanwalt“ bei bestimmten Vorbefassungsfällen finde seine Rechtfertigung in der Vermeidung von Interessenkollisionen, da hier „typisierend angenommen“ werde, „dass die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers den gerichtlichen Bereich“ mitberühre (BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 05.11.2001 – 1 BvR 1523/00, NJW 2002, 503 [504]).

Auch im dortigen Fall aber hat die 2. Kammer des Ersten Senats eine Beschränkung der anwaltlichen Berufsfreiheit für unzulässig angesehen, weil Weisungsrechte des dortigen Vereins nicht bestanden und deshalb nicht nachvollziehbar sei, „dass tatsächlich eine Gefahr von Interessenkollisionen bestehen könnte“ (a.a.O., S. 504). Nicht anders kann es sich verhalten, wenn Weisungsrechte des Arbeitgebers gegenüber dem Syndikusanwalt aufgrund des zwingenden Charakters der diesen

treffenden anwaltlichen Berufspflichten nicht bestehen. Hier besteht allenfalls die Gefahr einer Pflichtverletzung, weil der Syndikusanwalt tatsächlich von seinem Arbeitgeber abhängig sein könnte. Abgesehen davon, dass dies vielfach auch beim freiberuflich tätigen Rechtsanwalt der Fall sein kann, steht einem solchen Argument aber entgegen, dass – wie der erkennende Senat selbst formuliert hat – das anwaltliche Berufsrecht auch nicht auf der Annahme beruht, „dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat“ (BVerfGE 108, 150 [163]).

Vor diesem Hintergrund kann es vorliegend dahinstehen, ob heute noch der Annahme der 2. Kammer des Ersten Senats zu folgen ist, das Tätigkeitsverbot des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO (mit einem weitgehenden grundsätzlichen Verbot der Vertretung des Arbeitsgebers vor Gericht) finde seine Rechtfertigung in der Vermeidung von Interessenkollisionen. Vor dem Hintergrund der Senatsentscheidungen BVerfGE 108, 150 ff. und 135, 90 ff. bestehen insoweit aber gewichtig Zweifel. Jedenfalls lassen sich diese Ausführungen nicht auf den vorliegenden Fall übertragen. Denn die vom Bundessozialgericht zugrunde gelegte berufsrechtliche Unvereinbarkeitsregel geht weit über die Beschränkungen nach § 46 Abs. 1 und 2 BRAO hinaus. Sie ist nicht auf eine bestimmte Art der Tätigkeit bzw. auf bestimmte Vorbefassungsfälle begrenzt, sondern verbietet dem Syndikusanwalt generell und ohne Ausnahme, im Beschäftigungsverhältnis für seinen Arbeitgeber als Rechtsanwalt tätig zu werden. Dies gilt namentlich auch für den umfassenden Bereich der anwaltlichen Beratung.

Eine solche, vom Bundesgerichtshof rechtsnormgleich ausformulierte und vom Bundessozialgericht zur Begründung seiner Entscheidungen übernommene Inkompatibilitätsregel ist unverhältnismäßig. Dies folgt nicht zuletzt aus den tragenden Annahmen des Ersten Senats im Senatsbeschluss vom 04.11.1992 (BVerfGE 87, 287 [327]). Dort heißt es mit Blick auf die rechtsberatende Tätigkeit des Syndikusanwalts im Unternehmen wörtlich:

„Der Gesetzgeber hat in § 46 BRAO bestimmt, dass die Tätigkeit eines Syndikus nicht generell unvereinbar mit dem Beruf des Rechtsanwalts ist. Aus der Begründung des Gesetzes geht hervor, dass der Gesetzgeber die Unvereinbarkeit des anwaltlichen Berufsbildes mit einem abhängigen Dienstverhältnis klar erkannt hatte, aber dennoch – anders als bei Anstellungen im öffentlichen Dienst – eine Berufszugangsschranke nicht für erforderlich hielt. Eine Scheidung zwischen den beiden Aufgabenbereichen, in denen ein Syndikusanwalt in seiner Doppelstellung tätig werde, sei

allerdings im Interesse der geordneten Rechtspflege unerlässlich, sie sei aber durch Regeln der Berufsausübung zu erreichen (BT Drucks. III/120, S. 77). Als Beispiel für eine rechtsberatende angestellten Tätigkeit, die nicht mit dem Anwaltsberuf vereinbar ist, wird lediglich die Beschäftigung in solchen Unternehmen genannt, die das Rechtsberatungsgesetz umgehen, also verbotene Rechtsberatung betreiben." Eine solche Fallgestaltung aber kommt allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Keinesfalls kann es die generelle Unvereinbarkeit von anwaltlicher Beratung und Tätigkeit im Anstellungsverhältnis für den eigenen Arbeitgeber rechtfertigen.“

III. Zu den Fragen aus der Verfügung vom 11.12.2014

Zu den Fragen können der Verfassungs- und der Berufsrechtsausschuss aus eigener Kenntnis nur wenige Angaben machen.

Die Fragen 1, 6 und 7 können nur anhand von amtlichem Material der zuständigen Kammern bzw. Versorgungswerke beantwortet werden.

Veröffentlichtes statistisches Material, das für die Beantwortung der Fragen 3 bis 5 weiterhelfen könnte, ist uns ebenfalls nicht bekannt. Allerdings liegen dem Gender-Ausschuss des Deutschen Anwaltvereins Zahlen aus dem Zuständigkeitsbereich des Versorgungswerks der Rechtsanwälte im Lande Nordrhein-Westfalen vor. Danach sind 21,7 % der Mitglieder dieses Versorgungswerks Syndikusanwälte (7.743 Syndikusanwälte bei 35.680 Mitgliedern); von diesen Syndikusanwälten sind 58 % männlich und 42 % weiblich. Demgegenüber sind bei den sonstigen Mitgliedern des Versorgungswerks 65 % männlich und 35 % weiblich.

In Bezug auf die Frage 2 können Informationen über die erforderlichen Angaben des Rechtsanwalts bei der Zulassung und namentlich auch die Angaben von Syndikusanwälten bei Hamacher (in: Heinz/Ritter [Hrsg.], Beck'sche Kanzleiformulare, Abschnitt Q „Syndikusanwälte, Stand: 04.02.2013) entnommen werden. Danach kann der Syndikusanwalt seine anwaltliche Praxis auch bei seinem Dienstherrn oder in seiner Wohnung einrichten (a.a.O., S. 1306). Hierbei müssen die Akten des Syndikusanwalts (sowohl für eine freiberufliche Tätigkeit als auch für die Tätigkeit im Unternehmen) von den allgemeinen Geschäftsakten des Unternehmens getrennt sein. Im Übrigen trifft der Syndikusanwalt die beruflichen Vorkehrungen, die zur Ausübung der anwaltlichen Berufsausübung erforderlich sind. Genannt werden hinreichende Gestaltungsfreiheit der Dienstzeit und telefonische Erreichbarkeit als Anwalt auch während der Dienststunden.