

Katherina Wind

Der Rechtsanwalt als Arbeitnehmer

Auswirkungen der anwaltlichen Rechtsstellung
als unabhängiges Organ der Rechtspflege auf
Anstellungsverhältnis und Anstellungsvertrag



Nomos



Berliner Schriften zum Anwaltsrecht

Herausgegeben vom

Institut für Anwaltsrecht
der Humboldt-Universität zu Berlin

Band 6

Katherina Wind

Der Rechtsanwalt als Arbeitnehmer

Auswirkungen der anwaltlichen Rechtsstellung
als unabhängiges Organ der Rechtspflege auf
Anstellungsverhältnis und Anstellungsvertrag



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4383-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8648-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 1. September 2016 berücksichtigt.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Reinhard Singer für seine großartige Betreuung und Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit. Ich danke auch der Korand-Redeker-Stiftung, die diese Arbeit mit einem Stipendium gefördert hat. Ich danke außerdem meiner Kollegin Dr. Charlotte Beck, die die Idee für das Thema der Arbeit geweckt hat. Ich danke auch meiner Familie und meinen Freunden, die mich während der Anfertigung der Arbeit stets unterstützt und begleitet haben.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	23
I. Hintergrund der Untersuchung	23
1. Rechtlicher Hintergrund	23
2. Aktueller Hintergrund	24
3. Entwicklung von Anstellungsverhältnissen unter Rechtsanwälten	25
II. Gang der Untersuchung	26
B. Grundlagen der anwaltlichen Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege	29
I. Die Anwaltliche Rechtsstellung nach dem Berufsrecht	29
II. Historische Entwicklung	30
1. Liberalisierung der Anwaltschaft im 19. Jahrhundert und die Rechtsanwaltsordnung von 1878 (RAO von 1878)	30
2. Die Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959	32
3. Das NeuOG von 1994	34
4. Zusammenfassung	37
III. Verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts und Einfluss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	38
1. Verfassungsrechtliche Verortung	38
a) Rechtsstaatsprinzip	39
b) Art. 103 Abs. 1 GG	40
c) Art. 12 GG	42
2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	44
3. Zwischenergebnis	46
IV. Rechtsquellen des anwaltlichen Berufsrechts	47
1. BRAO	47
2. BORA	48
3. Rechtsgrundlagen des Unionsrechts	48

C. Die Organstellung und die anwaltliche Unabhängigkeit	51
I. Organ der Rechtspflege	51
1. Meinungsstand	51
a) Kritische Stimmen	51
b) Zustimmungende Ansätze	54
c) Zwischenergebnis	56
2. Inhalt und Bedeutung der Rechtsstellung als »Organ der Rechtspflege«	57
a) Auslegung mittels Organtheorie	57
b) Auslegung mittels Wortlaut	58
c) Statusrechtliche Aspekte und Rechtspflegebegriff	59
d) Funktionen für die Rechtspflege	60
aa) Forensische Tätigkeit	61
bb) Außerforensische Tätigkeit	62
3. Zwischenergebnis	63
II. Die anwaltliche Unabhängigkeit	64
1. Rechtsvergleichende Aspekte	65
a) Anwaltliche Unabhängigkeit in anderen Rechtsordnungen	65
b) Unabhängigkeit verwandter Berufe	66
aa) Richterliche Unabhängigkeit	67
bb) Notarielle Unabhängigkeit	70
cc) Unabhängigkeit des Rechtspflegers	71
dd) Steuerberater	72
ee) Wirtschaftsprüfer	73
c) Zwischenergebnis	74
2. Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft	75
3. Staatliche Unabhängigkeit	78
a) Grundlagen der Staatsunabhängigkeit	78
b) Zweitberuf im öffentlichen Dienst	79
aa) Zulassungsschranken der § 7 Nr. 10 und § 14 Abs. 2 Nr. 5 BRAO	79
bb) Zulassungsschranken der § 7 Nr. 8 und § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO	80
cc) Berufsausübungsverbot des § 47 Abs. 1 BRAO	83
dd) Exkurs: Zulässigkeit von Anwaltsnotaren	84
ee) Zwischenergebnis	84

c)	Zulassung zur Rechtsanwaltschaft	85
aa)	Verfahren und Beschränkungen	85
bb)	Zulassungswiderruf nach § 14 Abs. 2 BRAO	87
d)	Institutionen zur Sicherungen der Staatsunabhängigkeit	87
aa)	Selbstverwaltung durch Rechtsanwaltskammern	87
bb)	Anwaltsgerichte	89
cc)	Gesetzliche Sicherungen anwaltlicher Unabhängigkeit in den Verfahrensordnungen	91
e)	Zwischenergebnis	94
4.	Unabhängigkeit vom Mandanten und »Wirtschaftliche« Unabhängigkeit	95
a)	Unabhängigkeit im »privaten« Bereich	95
b)	Die Regelung des § 43a BRAO	97
aa)	Bindungen	97
bb)	Gefährdung der Unabhängigkeit	98
cc)	Regelungsadressat	99
dd)	Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 43a Abs. 1 BRAO	101
(1)	Sanktionen nach §§ 113, 114 BRAO	101
(2)	Nichtigkeit nach § 134 BGB	104
c)	Unabhängigkeit vom Mandanten	106
aa)	Spannungsverhältnis zwischen Interessenvertretung und Unabhängigkeit	107
bb)	Begründung des Mandatsverhältnisses	108
(1)	Grundsatz Kontrahierungsfreiheit	108
(2)	Pflichtmandat	109
(3)	Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO	111
(4)	Interessenkollision § 43a Abs. 4 BRAO	112
cc)	Inhalt des Mandatsverhältnisses	113
dd)	Weisungsrechte des Mandanten	114
(1)	Weisungsrechte des Mandanten	114
(2)	Einschränkungen des Weisungsrechts	115
(3)	Berufsrechtliche Grenzen des Weisungsrechts	119
ee)	Honorarabreden	120
(1)	Verbot des Erfolgshonorars und der »Quota litis«- Vereinbarung	120
(2)	Unzulässige Vergütungsabreden	122

(3) Darlehenshingaben	123
ff) Gefahren durch Großmandate	124
gg) Kündigung des Anwaltsvertrages nach §§ 671, 627 BGB durch den Rechtsanwalt	127
hh) Zwischenergebnis	128
d) »Wirtschaftliche« Unabhängigkeit	129
aa) Bedeutung	129
bb) RVG	130
cc) Vermögensverfall nach §§ 7 Nr. 9, 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO	131
dd) Zwischenergebnis	133
5. Unabhängigkeit von Berufskollegen und berufsfremden Dritten	133
a) Unabhängigkeit von Berufskollegen	133
aa) Beruflicher Zusammenschluss in der Sozietät	134
bb) Beruflicher Zusammenschluss in der Rechtsanwaltsgesellschaft	135
b) Unabhängigkeit von berufsfremden Dritten in beruflichen Zusammenschlüssen	136
aa) Interprofessionelle Zusammenarbeit	136
bb) Mehrheitserfordernisse in der Rechtsanwaltsgesellschaft	141
cc) Fremdbesitzverbot	144
c) Unabhängigkeit von berufsfremdem Arbeitgeber: Anstellung als Syndikusrechtsanwalt	146
aa) Rechtslage bis zum 1. Januar 2016	146
bb) Entscheidungen des BSG vom 3. April 2014	149
cc) Rechtslage seit 1. Januar 2016	150
(1) Rechtlichen Grundlagen der §§ 46 – 46 c BRAO	150
(2) Schaffung des »Syndikusrechtsanwalts«	151
(3) Gebotenheit der Differenzierung zu angestellten Rechtsanwälten	152
dd) Zwischenergebnis	154
6. Zwischenergebnis	156
III. Zusammenfassung	157
1. Inhalt der anwaltlichen Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege	157

2. Rechtliche Auswirkungen der Rechtsstellung aus §§ 1, 3 BRAO	159
3. Kohärenz	160
D. Auswirkungen der anwaltlichen Rechtsstellung auf Anstellungsverhältnis und Anstellungsvertrag	163
I. Spannungsfeld zwischen anwaltlicher Unabhängigkeit und Arbeitnehmereigenschaft	163
II. Vereinbarkeit des Anstellungsverhältnisses mit der anwaltlichen Rechtsstellung	165
III. Arbeitsvertragliche Bestimmungen im Einzelnen	167
1. Begleitende empirische Umfrage	168
2. Art und Inhalt der Tätigkeit	169
a) Arbeitsrechtliche Grundlagen	170
b) Meinungsstand zum Spannungsverhältnis zwischen anwaltlicher Unabhängigkeit und fachlichem Weisungsrecht	170
aa) Wahrung der Unabhängigkeit aufgrund anwaltlichen Arbeitgebers	170
bb) Einschränkende Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs	172
cc) Trennung von persönlicher und fachlicher Unabhängigkeit	173
dd) Trennung von Innen- und Außenverhältnis	174
ee) Lösung über das Mandatsverhältnis	176
ff) Zwischenergebnis	176
c) Zulässigkeit fachlicher Weisungen	177
d) Inhalt und Grenzen fachlicher Weisungen	179
aa) Sachgerechte Mandatsbearbeitung gem. § 26 Abs. 1 lit. a BORA	179
(1) Regelungszweck	179
(2) »Mandatsbearbeitung«	180
(3) Berücksichtigung der Kenntnisse und Erfahrung	182
(4) Berücksichtigung des Haftungsrisikos des anstellenden Rechtsanwalts	184
(5) Rechtsfolge	185

bb) Auswirkungen der §§ 1, 43a Abs. 1 BRAO	187
(1) Zeitliche Grenzen fachlicher Weisung	187
(2) Fachliche Unabhängigkeit nach § 46 Abs. 4 BRAO?	188
(3) Weisung bei abweichender Rechtsauffassung	190
(4) Weisungen bei Glaubens- oder Gewissenskonflikt	194
cc) Rechtswidrige Weisungen	195
dd) Zwischenergebnis	195
e) Rechtsfolgen unzulässiger Weisungen	196
aa) Unverbindlichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB	196
bb) Berufspflichtverletzung des Arbeitnehmers	197
cc) Berufspflichtverletzung des Arbeitgebers	198
f) Erkenntnisse aus der empirischen Umfrage	199
aa) Ergebnisse	199
bb) Wertung	201
g) Arbeitsvertragliche Vereinbarungen	202
aa) Keine inhaltsleeren Formeln zur Sicherung der Unabhängigkeit	202
bb) Festlegung eines Rechtsgebiets im Arbeitsvertrag	203
cc) Vorlage- und Gegenzeichnungspflicht	204
h) Exkurs: Gewerbesteuerfalle?	204
i) Zwischenergebnis	206
3. Vollmacht	207
a) Grundlagen	207
b) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	207
c) Arbeitsvertragliche Regelung	210
4. Auftreten nach außen	211
5. Zeitliche Begrenzung des Angestelltenverhältnisses	212
a) Befristung	212
b) Sozietätszusage	215
c) Erkenntnisse aus der begleitenden Umfrage	216
d) Zwischenergebnis	217
6. Haftung	217
7. Mandatsannahme und -auswahl	219
a) Entscheidung über die Annahme eines Mandats	219
aa) Arbeitsrechtliche Grundlagen	219

bb) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	220
cc) Ergebnisse der empirischen Umfrage	221
b) Entscheidung über die Bearbeitung eines bereits angenommenen Mandats	222
aa) Arbeitsrechtliche Grundlagen	222
bb) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	222
cc) Ergebnisse der empirischen Umfrage	222
c) Zwischenergebnis	223
8. Arbeitszeit	224
a) Arbeitsrechtliche Grundlagen	224
b) Festlegung der täglichen Arbeitszeit	224
aa) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	224
bb) Geltung des ArbZG	226
cc) Ergebnisse der Empirischen Umfrage	228
c) Anordnung von Überstunden	229
d) Vorgabe der Anzahl abrechenbarer Stunden	231
e) Arbeitsvertragliche Regelung	234
9. Arbeitsort	235
a) Arbeitsrechtliche Grundlagen	235
b) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	235
10. Vergütung	236
a) Arbeitsrechtliche Grundlagen	237
aa) Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB	237
bb) Wucherähnliche Vergütung gem. § 138 Abs. 1 BGB	238
b) Angemessene Vergütung nach § 26 Abs. 1 lit. b BORA	239
aa) Bestimmung der Angemessenheit	240
bb) Gehaltsuntergrenze	243
(1) Meinungsstand in der Literatur	244
(2) Rechtsprechung	245
(3) Findung der Untergrenze	247
cc) Unmittelbare Rechtsfolgen aus § 26 Abs. 1 BORA	249
dd) Einfluss von § 26 Abs. 1 lit. b BORA auf Feststellung der Sittenwidrigkeit	252
ee) Zwischenergebnis	255
c) Erfolgsabhängige Vergütung	255
d) Arbeitsvertragliche Regelung	257

11. Fortbildung	257
a) Zeit für Fortbildung	257
b) Fortbildungskosten	258
12. Nebentätigkeit	259
a) Arbeitsrechtliche Grundlagen	259
b) Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung	261
aa) Nichtanwaltliche Nebentätigkeit	261
bb) Anwaltliche Nebentätigkeit	262
c) Arbeitsvertragliche Regelung	265
13. Nachvertraglicher Konkurrenzschutz	265
a) Grundlagen	266
b) Niederlassungs- und Tätigkeitsverbot	267
c) Mandantenschutzklausel	270
aa) Allgemeine Mandantenschutzklausel	270
bb) Beschränkte Mandantenschutzklausel	272
d) Mandantenübernahmeklausel	273
aa) Arbeitsrechtliche Grundlagen	273
bb) Berufsrechtliche Zulässigkeit	274
e) Zwischenergebnis	275
14. Kündigung	275
IV. Zusammenfassung	276
1. Auswirkungen der anwaltlichen Unabhängigkeit auf das Anstellungsverhältnis	276
2. Auswirkungen der anwaltlichen Unabhängigkeit auf den Anstellungsvertrag	278
Literaturverzeichnis	279
Anhang I: Mustervertrag zur Anstellung eines Rechtsanwalts	291
Anhang II: Umfragebogen: Unabhängigkeit des Rechtsanwalts/ der Rechtsanwältin im Anstellungsverhältnis	297

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGH	Anwaltsgerichtshof
AnwBl.	Anwaltsblatt
AnwG	Anwaltsgericht
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AVB-RSW	Allgemeine Bedingungen der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG AP	Bundesarbeitsgericht Arbeitsgerichtliche Praxis
BayObLG	Bayrisches oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungssammlung des Bayrischen obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeamtG	Beamtengesetz
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BnotO	Bundesnotarordnung
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BOSTB	Berufsordnung für Steuerberater
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BS WP/ v BP	Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
ca.	circa
CCBE	Conseil Communautaire des Barreaux Européens
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DStrR	Deutsches Steuerrecht
Einl.	Einleitung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EL	Ergänzungslieferung
ErfK	Erfurter Kommentar
EstG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland

f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
InsO	Insolvenzordnung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MüKo	Münchener Kommentar
NeuOG	Neuordnungsgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer

Abkürzungsverzeichnis

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAO	Patentanwaltsordnung
PartGG	Partnerschaftsgesetz
PartGmbB	Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
RA	Rechtsanwalt
RAK	Rechtsanwaltskammer
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RL-BA	Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes
Rn.	Randnummer
RpflG	Rechtspflegergesetz
RRAO	Reichsrechtsanwaltsordnung
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsordnung
sog.	sogenannt (e/er/es)
SPD	Soziale Demokratische Partei
StBerG	Steuerberatergesetz
StPO	Strafprozessordnung
TPG	Transplantationsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom
Vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vor.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WPO	Wirtschaftsprüferordnung

z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	Zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

A. Einleitung

I. Hintergrund der Untersuchung

1. Rechtlicher Hintergrund

Der Rechtsanwalt¹ ist nach § 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Inhalt und Bedeutung dieser Rechtsstellung sind seit jeher stark umstritten. Das Berufsrecht der Rechtsanwälte, insbesondere die BRAO als das Berufsgesetz, enthält keine Definitionen oder weitere Konkretisierungen der unbestimmten Rechtsbegriffe »Organ der Rechtspflege« und »unabhängig«. Die anwaltliche Unabhängigkeit betrifft unumstritten die Unabhängigkeit vom Staat, die auch aus historischer Betrachtung das Kernelement bildet.² Das Ständerecht und auch die Literatur gehen aber davon aus, dass die anwaltliche Unabhängigkeit über die Staatsunabhängigkeit hinausgeht.³ Es heißt, die Unabhängigkeit bestünde »nach allen Seiten«.⁴ Damit reicht die anwaltliche Unabhängigkeit auch in den privaten Bereich.⁵ Nach § 43a Abs. 1 BRAO darf der Rechtsanwalt keine Bindungen eingehen, die seine Unabhängigkeit gefährden. Damit wird die Wahrung der Unabhängigkeit zur anwaltlichen Grundpflicht, ohne dass ihr Inhalt – außerhalb der Staatsunabhängigkeit – allgemein geklärt ist. Aus dem Gesetz allein ergibt sich lediglich, dass Bindungen jedenfalls nicht von vornherein mit der anwaltlichen Unabhängigkeit unvereinbar sind.

1 Soweit im Folgenden Berufs-, Gruppen- und / oder Personenbezeichnungen Verwendung finden, ist stets auch die jeweils weibliche Form gemeint. Die Verfasserin sieht daher für eine bessere Lesbarkeit bewusst von einer genderneutralen Ausdrucksweise ab.

2 *Busse*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 1 Rn. 45; *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 1 Rn. 15; *Schautes*, Anwaltliche Unabhängigkeit, S. 97; *Singer*, AnwBl. 2009, 393 (396).

3 Vgl. *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 1 Rn. 16; *Busse*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 1 Rn. 47; *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2, 6; *Singer*, BRAK-Mitt. 2012, 145, 149 f.; *Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, BRAO, § 1 Rn. 48.

4 *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 1 Rn. 20.

5 *Singer*, BRAK-Mitt. 2012, 145, 149 f.

Demgegenüber steht die Rechtsstellung eines angestellten Arbeitnehmers. Diese setzt die Erbringung unselbständiger Arbeit in persönlicher Abhängigkeit voraus.⁶ Der Arbeitgeber hat ferner nach § 106 GewO ein Weisungsrecht inne, wodurch er über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann. Dennoch sind auch Rechtsanwälte seit vielen Jahrzehnten und in zunehmender Tendenz als Arbeitnehmer bei anderen Rechtsanwälten angestellt.⁷ Das Spannungsverhältnis zwischen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und anwaltlicher Unabhängigkeit ist seit ebenso vielen Jahrzehnten bekannt und umstritten.⁸ Dürfen dem angestellten Rechtsanwalt sachliche Weisungen erteilt werden? Auch darüber hinaus ergeben sich im Rahmen des Anstellungsverhältnisses aus der besonderen Rechtsstellung des Rechtsanwalts, die ihm das Standesrecht verleiht, eine Vielzahl solcher Spannungsfelder. Regelungen, die in üblichen Arbeitsverhältnissen durchaus gängig sind, können im Anstellungsverhältnis mit einem Rechtsanwalt zu einer Gefahr für dessen Unabhängigkeit werden. Beeinträchtigt eine erfolgs- und leistungsbezogene Vergütung seine Unabhängigkeit? Wie steht es mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten? Hinzu kommen Regelungen, die spezifisch im Anstellungsverhältnis mit einem Rechtsanwalt eine Rolle spielen, wie Mandantenschutzklauseln oder die freie Entscheidung über die Mandatsannahme.

2. Aktueller Hintergrund

Die Entscheidungen des BSG zur Befreiung der Unternehmensjuristen von der Rentenversicherungspflicht vom 3. April 2014 haben die Diskussionen um die anwaltliche Rechtsstellung im Anstellungsverhältnis auch in der Anwaltschaft neu entfacht.⁹ Im Terminbericht Nr. 14/14 vom 4. April 2014 des BSG heißt es: »Hinsichtlich der Anwaltschaft ist § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI damit nicht etwa jedes Anwendungsbereichs beraubt.

6 MüKo/Müller-Glöge, BGB, § 611 Rn. 171; BAG AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 54.

7 Vgl. Eggert, BRAK-Mitt. 2010, 2, 6.

8 Vgl. Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 1 Rn. 53 ff.; Fuhrmann, Rechtsstellung des angestellten Rechtsanwalts, S. 79 ff.; Koch, in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Auflage, § 1 Rn. 51; Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, S. 252 ff.

9 BSGE 115, 267, 288; vgl. nur Kleine-Cosack, AnwBl. 2014, 891, 898; Singer, BRAK-Mitt. 2014, 282, 291.

Wer nämlich als Rechtsanwalt insbesondere bei einem Rechtsanwalt beschäftigt ist, kann der Verpflichtung zur unabhängigen und weisungsfreien Ausübung seines Berufs auch in einem *entsprechend ausgestalteten Anstellungsverhältnis* bei diesem genügen.«¹⁰

Bis heute existiert keine ausdifferenzierte gesetzliche Regelung darüber, wie das Anstellungsverhältnis ausgestaltet sein soll. § 46 Abs. 1 BRAO, der im Zuge des infolge der BSG Urteile auf den Weg gebrachten Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte eingeführt wurde, stellt lediglich klar, dass Rechtsanwälte als Arbeitnehmer bei anderen Rechtsanwälten angestellt werden dürfen. In § 26 BORA sind Anhaltspunkte für die äußeren Rahmenbedingungen des Anstellungsverhältnisses enthalten.

3. Entwicklung von Anstellungsverhältnissen unter Rechtsanwälten

Während das Angestelltenverhältnis unter Rechtsanwälten früher allenfalls als eine Übergangsphase zur Selbstständigkeit galt und nur vorübergehend bestand,¹¹ hat sich dies im Laufe der Zeit stark verändert. Die Anzahl der Anstellungsverhältnisse steigt erheblich an. Es beginnen rund zwei Drittel der neu zugelassenen Rechtsanwälte ihre Tätigkeit als Angestellte,¹² im Jahr 1997 waren es noch 25 %.¹³ Die Bedeutung der Anstellung hat in den letzten 20 Jahren erheblich zugenommen.¹⁴ Darunter finden sich auch vermehrt Rechtsanwälte, die über Jahre Angestellte bleiben.¹⁵ Mit wachsender Berufserfahrung sinkt die Zahl der Angestellten jedoch nach wie vor: Ab dem achten Berufsjahr sind nur noch etwa ein Drittel angestellt.¹⁶ Zwar erwartet eine Mehrheit der angestellten Rechtsanwälte die Aufnahme in eine Sozietät, der Anteil der Rechtsanwälte, die im

10 Terminbericht Nr. 14/14 des BSG vom 4.4.2014, abrufbar unter: http://portal.versorgungskammer.de/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=4852992.PDF, Stand: Januar 2018.

11 Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 1 Rn. 59; Eich, in: Lingenberg/Hummel/Eich/Zuck, § 81 Rn. 110; Kilian, AnwBl 2016, 38 (38).

12 Kilian, AnwBl 2016, 38 (38).

13 Kilian, AnwBl. 2015, 939 (940).

14 Vgl. auch Eggert, BRAK-Mitt. 2010, 2, 6.

15 Ewer, AnwBl. 2009, 657 (659); Gaier, BRAK-Mitt. 2006, 2, 6; Kilian, AnwBl 2015, 938 (939); Stürner/Bormann, NJW 2004, 1481 (1485).

16 Kilian, AnwBl. 2015, 939 (941).

Angestelltenverhältnis verbleiben möchten, ist jedoch kaum geringer.¹⁷ Nur ein geringer Bruchteil angestellter Anwälte strebt noch die Gründung einer eigenen Kanzlei an.¹⁸ Eine mögliche Ursache könnte der Wettbewerbsdruck auf dem Anwaltsmarkt sein, denn auch die Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte und Rechtsanwaltskanzleien steigt stetig an.¹⁹ Die Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis hat daher nicht nur an Bedeutung gewonnen, es ist auch davon auszugehen, dass Angestelltenverhältnisse auch in Zukunft eine große Rolle spielen werden.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung hat zum Ziel, den Einfluss der anwaltlichen Rechtsstellung aus § 1 BRAO auf das Angestelltenverhältnis mit einem Rechtsanwalt oder einer Sozietät zu ermitteln. Dazu wird zunächst die anwaltliche Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nach § 1 BRAO mit den relevanten berufsrechtlichen Grundlagen auf ihren Inhalt hin untersucht. Anschließend wird das Kernproblem der Vereinbarkeit von anwaltlicher Rechtsstellung mit der Stellung eines angestellten Arbeitnehmers aufgeworfen. Für die Ermittlung der tatsächlichen Gefährdungen für die anwaltliche Unabhängigkeit im Anstellungsverhältnis wird ferner eine begleitende, empirische Umfrage unternommen.²⁰ Anhand der Ergebnisse der Umfrage kann festgestellt werden, ob und wenn ja in welchem Bereich die anwaltliche Unabhängigkeit im Anstellungsverhältnis tatsächlich gefährdet ist. Anhand der so gewonnenen Erkenntnisse soll die Kernfrage untersucht werden, wie das Anstellungsverhältnis mit einem Rechtsanwalt ausgestaltet sein muss, dass es der anwaltlichen Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege gerecht wird. Dazu werden die einzelnen Problemfelder zwischen Anstellungsverhältnis und Rechtsstellung der

17 *Kilian*, AnwBl 2016, 38 (39).

18 *Kilian*, AnwBl 2016, 38 (39).

19 *Eggert*, BRAK-Mitt. 2010, 14 (15); Deutsche Anwalt Verein Zukunftsstudie, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030, Exekutive Summary, S. 4, abrufbar unter: www.anwaltverein.de/de/service/dav-zukunftsstudie, Stand: Januar 2018; *Huff*, BRAK-Mitt. 2002, 3 (3).

20 Der Fragebogen der Online-Umfrage findet sich im Anhang II.

Reihe nach untersucht.²¹ Es soll unter Einbeziehung der Gestaltung des Anstellungsvertrages geklärt werden, welche Vereinbarungen und Regelungen mit der anwaltlichen Unabhängigkeit vereinbar sind und welche nicht.

21 Gegenstand der Untersuchung ist allein der bei einem Rechtsanwalt angestellte Rechtsanwalt, nicht auch der bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber angestellte Jurist.

B. Grundlagen der anwaltlichen Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege

I. Die Anwaltliche Rechtsstellung nach dem Berufsrecht

Die berufsrechtliche Rechtsstellung des Rechtsanwalts ist in den §§ 1 – 3 BRAO sowie § 1 BORA niedergelegt. Der Rechtsanwalt ist nach § 1 BRAO ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Nach § 2 BRAO ist der Beruf des Rechtsanwalts frei und kein Gewerbe. Dies ergänzt § 1 Abs. 1 BORA, wonach der Rechtsanwalt seinen Beruf frei, selbstbestimmt und unreglementiert ausübt, soweit Gesetz oder Berufsordnung ihn nicht besonders verpflichten. Die Norm wurde nach dem Vorbild der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts formuliert.²²

Der Wirkungsbereich des Rechtsanwalts wird durch § 3 Abs. 1 BRAO näher konkretisiert, wonach der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten ist. § 1 Abs. 2 BORA stellt klar, dass diese Freiheitsrechte des Rechtsanwalts die Teilhabe des Bürgers am Recht gewährleisten und seine Tätigkeit der Verwirklichung des Rechtsstaats dient. Als unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten hat der Rechtsanwalt nach § 1 Abs. 3 BORA seine Mandanten vor Rechtsverlust zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten, vor Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren und gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung und staatliche Machtüberschreitung zu sichern. Auch dieser Absatz ist der Bastille-Entscheidung des BVerfG entnommen.

§ 3 Abs. 3 BRAO gewährt dem Bürger das Recht, sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen. Das beinhaltet auch das Recht auf freie Anwaltswahl. Die nachfolgende Untersuchung widmet sich § 1 BRAO.

22 BVerfGE 76, 171 (192); *Hartung*, in: *Hartung/Scharmer*, BORA, § 1 Rn. 70.

II. Historische Entwicklung

Zu klären ist zunächst, woraus die anwaltliche Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege entstanden ist und welche Entwicklung sie historisch genommen hat.

1. Liberalisierung der Anwaltschaft im 19. Jahrhundert und die Rechtsanwaltsordnung von 1878 (RAO von 1878)

Die Entwicklung der Begrifflichkeit des Rechtsanwalts »als unabhängiges Organ der Rechtspflege« geht zurück auf die Liberalisierung der Anwaltschaft in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Im 18. Jahrhundert war die Anwaltschaft fest in den Staatsapparat integriert. Einen Rechtsanwalt als solchen gab es noch nicht. Die Anwaltschaft war geteilt in Advokaten, welche die wissenschaftliche Arbeit leisteten, und Prokuratoren, die vor Gericht auftraten.²³ Diese Advokaten und Prokuratoren wurden sodann von Friedrich II. in sogenannte Justizkommissare unbenannt, die als gerichtliche Hilfsperson der Disziplinaraufsicht der Gerichte unterworfen waren und eine beamtenähnliche Stellung innehatten.²⁴ Die Zulassung erfolgte erst nach vorheriger Bedürfnisprüfung durch den Staat, durch die er die Zahl der Anwälte regulieren konnte.²⁵

Mit dem Liberalismus, der sich ab Mitte des 19. Jahrhunderts verbreitete, wurden Forderungen nach der Freiheit der Advokatur laut.²⁶ Nach der berühmten Kampfschrift von *Rudolph von Gneist* bestanden die wesentlichen Forderungen in der Unabhängigkeit von der Ernennung und Anstellung durch den Staat, der Freiheit von staatlicher Disziplinargewalt und gerichtlicher Honorarkontrolle sowie der Loslösung von der beamtenähnlichen Stellung.²⁷ Diesen Forderungen lag die Erkenntnis zugrunde, dass der Rechtsanwalt seine Aufgabe nur dann erfüllen kann, wenn er sie frei und unabhängig ausübt. So heißt es in *Gneists* Kampfschrift: »Der erste

23 *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 13.

24 *Busse*, in: Henssler/Prütting, BRAO, Einl. Rn. 2; *Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, BRAO, Einl. Rn. 189.

25 *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (405).

26 *Schneider*, Der Rechtsanwalt, S. 38.

27 *Busse*, in: Henssler/Prütting, BRAO, Einl. Rn. 3; *Gneist*, Freie Advocatur, S. 77; *Redeker*, NJW 1987, 2610 (2610); *Schubert*, Rechtsanwaltsordnung, S. 3.