

Kapitel 2

Formen anwaltlicher Berufsausübung

Thomas A. Degen
Frank E. R. Diem

A. Der Eintritt in eine Kanzlei 1*

- I. Tätigkeit als angestellter Rechtsanwalt 1
 1. Vorüberlegungen 1
 2. Der Arbeitsvertrag 2
 - a. Gesetzliche Mindestbestandteile 2
 - b. Übliche Regelungen 3
 - aa. Probezeit 3
 - bb. Arbeitszeit 4
 - cc. Arbeitsort 5
 - dd. Tätigkeit 6
 - ee. Arbeitsentgelt 7
 - ff. Erfolgsbezogene Entgeltbestandteile 8
 - gg. Fortbildung/Zusatzqualifikationen 9
 - hh. Urlaub 10
 - ii. Geheimhaltung 11
 - jj. Haftung 12
 - kk. Kündigungsfristen 14
 - ll. Wettbewerbsklauseln 15
 - mm. Sonstige Regelungen 18
 - II. Tätigkeit als freier Mitarbeiter 24
 1. Vorüberlegungen 24
 2. Der Vertrag 27
 - a. Projektvertrag 28
 - b. Regelmäßige Mitarbeit 29
 - c. Tätigkeit (Art und Umfang, Ort der Leistungserbringung) 30
 - d. Vergütung 31
 - e. Urlaub 32
 - f. Haftung 33
 - g. Kündigung 34
 - h. Wettbewerbsregelungen/Geheimhaltung 35
 - i. Gerichtsstand 36
 - j. Sonstige Regelungen 37
- ### B. Die Kanzleigründung und Organisation der Anwalts-tätigkeit 38
- I. Vorbemerkungen zur Kanzleigründung und zum Kanzleimanagement 38
 1. Bedeutung der Kanzleigründung und das Kanzleimanagement für Referendarausbildung und Berufspraxis 39
 2. Anforderungen an die Kanzleigründung und das Kanzleimanagement 52
 - II. Der Businessplan als Herzstück der Kanzlei 57
 1. Begriff und Sinn und Zweck des Businessplans 58
 2. Kriterien für Form, Aufbau und Umfang des Businessplans 70

- III. „Top-10-Aufbau“ für den anwaltlichen Businessplan 75
 1. Executive Summary 79
 2. Geschäftsidee und Dienstleistungsangebot 80
 3. Gründer 82
 4. Kanzleistruktur und Rechtsform 84
 5. Kanzleistandort 87
 6. Kanzleiorganisation, Personal und Ausstattung – Kanzleimanagement 89
 7. Wettbewerbssituation auf dem Rechtsberatungsmarkt 93
 8. Marketingkonzept und Mandantenakquise 99
 9. Vergütungsmodell 102
 10. Finanzplanung 106
 - a. Umsatzplanung 108
 - b. Investitionsplanung 109
 - c. Kapitalbedarfs- und Finanzierungsplanung 110
 - d. Kostenplanung 111
 - e. Überschussrechnung 112
 - f. Liquiditätsrechnung 113
- IV. Gründungszuschuss und Existenzgründungs-darlehen 114
 1. Förderungsmöglichkeiten im Überblick 114
 2. Gründungszuschuss 116
 3. Existenzgründungsdarlehen 123
 4. Zertifizierungen und fachkundige Stellungnahmen 124
- V. Der Kanzleikauf 125
 1. Allgemeine Grundsätze und Bewertungsrichtlinien 125
 2. Gegenstand des Kaufvertrages 129
 - a. Mandanten 129
 - b. Standort 130
 - c. Mandantenstamm und Beratungsverträge 131
 - d. Ruf der Kanzlei (des Kanzleihinhabers) 132
 - e. Kanzleiname 133
 - f. Personal 134
 - g. Inventar/Kanzleieinrichtung 135
 3. Berechnung des Kaufpreises 136
 - a. Umsatz 137
 - b. Bewertungsfaktor 138
 - c. Anwaltseinkommen als Abzugsposition 139
 - d. Risikoabschlag 140
 - e. Substanzwert 141

* Die Ziffern verweisen auf die Randnummern.

VI. Fazit **142**

C. Formen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten 143

- I. Tätigkeit in einer Bürogemeinschaft **143**
 - 1. Sinn und Zweck **143**
 - 2. Der Bürogemeinschaftsvertrag **145**
 - a. Vertragliche Mindestbestandteile **146**
 - b. Übliche Regelungen **147**
 - aa. Probezeit **147**
 - bb. Räumlichkeiten **148**
 - cc. Sächliche Ausstattung **149**
 - dd. Personelle Ausstattung **150**
 - ee. Verwaltung **152**
 - ff. Tätigkeitsabsprachen und -beschränkungen **153**
 - gg. Abrechnung (extern und intern) **155**
 - hh. Urlaub **156**
 - ii. Geheimhaltung **157**
 - jj. Haftung **158**
 - kk. Laufzeit, Kündigung und Abwicklung **159**
 - ll. Wettbewerbsklauseln **160**
- II. Tätigkeit in einer Rechtsanwaltssozietät **161**
 - 1. Sinn und Zweck **161**
 - 2. Vertragliche Gestaltung **163**
 - a. Vertragliche Mindestbestandteile **164**
 - b. Übliche Regelungen **165**
 - aa. Name **165**
 - bb. Gesellschaftszweck **167**
 - cc. Dauer der Gesellschaft **168**
 - dd. Geschäftsräume **169**
 - ee. Beteiligungsverhältnisse **170**

- ff. Unterrichtung der Partner/Kommunikation **172**
- gg. Erfassung/Verteilung von Einnahmen und Ausgaben **173**
- hh. Gesellschafterversammlungen **174**
- ii. Haftung, Versicherung **175**
- jj. Gewinnverteilung/Verlusttragung **177**
- kk. Urlaub, Krankheit, Versorgung von Partnern **179**
- ll. Aufnahme neuer Sozien **180**
- mm. Kündigung, Ausschließung, Erbgang **181**
- nn. Ausscheiden, Abfindung **184**
- oo. Mandatsschutz, Wettbewerbsklauseln **186**
- III. Partnerschaftsgesellschaft **187**
- IV. GmbH **188**
- V. Aktiengesellschaft **190**
- VI. Überörtliche Zusammenschlüsse **191**
 - 1. Überörtliche Sozietät **192**
 - 2. Kooperationen und Netzwerke **193**
 - a. International **195**
 - aa. EWIV **195**
 - bb. Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) **196**
 - cc. Andere Gesellschaftsformen **197**
 - b. National **198**
 - 3. Alternative Formen der anwaltlichen Zusammenarbeit **199**

D. Literaturverzeichnis 200

A. Der Eintritt in eine Kanzlei

I. Tätigkeit als angestellter Rechtsanwalt

1. Vorüberlegungen

- 1 Vor allen anderen Überlegungen stellte sich lange Zeit die Frage, ob sich der Status als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO¹) mit einem Angestelltenverhältnis überhaupt vereinbaren lässt. Nachdem die von beiden Vertragsparteien so gewollte und auch ausdrücklich erklärte Begründung eines Rechtsverhältnisses durch die Regeln des Arbeitsrechts hinreichend eindeutig und umfassend ausgestaltet wird und die daraus resultierende soziale Sicherung des angestellten Anwalts begrüßenswert ist, wurde – nachdem zunächst § 81 RiLi² den Schluss zuließ, dass Arbeitsverhältnisse unter Berufsträgern nunmehr standesrechtliche Anerkennung gefunden hätten – zwischenzeitlich durch die Regelungen in § 26 BORA³ sichergestellt, dass ein Anwalt andere Anwälte beschäftigen darf.⁴

1 BRAO in der Fassung vom 01.10.1979.

2 „Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts“ (RiLi), festgestellt von der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.06.1973.

3 Berufsordnung der Rechtsanwälte in der Fassung vom 07.11.2005.

4 So *Hartstang*, S. 189f.; s. a. *Lingenberg* sowie *Eich* in: *Lingenberg/Hummel*, 81, Rn. 1.

2. Der Arbeitsvertrag

a. Gesetzliche Mindestbestandteile

2

Diese ergeben sich wie in allen übrigen Arbeitsverhältnissen aus § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG⁵ und verpflichten den Arbeitgeber, folgende Regelungen in das schriftliche Vertragswerk aufzunehmen:

- Namen und Anschriften der Vertragsparteien,
- den Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- den Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann,
- eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit,
- die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit,
- die vereinbarte Arbeitszeit,
- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
- die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.



Examenstipp:

Jeder Arbeitnehmer hat einen klagbaren Anspruch auf einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der sämtliche Verhandlungsergebnisse enthält. (Dieser Anspruch ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG.) Er ist im Falle von späteren Meinungsverschiedenheiten das regelmäßig geeignetste, weil urkundliche Beweismittel.



Examenstipp:

Die Klausurfrage, was einem Mandanten geraten werden sollte, der in dieser Situation mit dem Ansinnen an den Rechtsanwalt herantrete, den Arbeitgeber mit möglichst geringem finanziellen Aufwand zur Erstellung eines schriftlichen Arbeitsvertrages zu bewegen, ist dahin zu beantworten, dass die Beachtung des NachwG als einer ordnungsrechtlichen Vorschrift notfalls durch die zuständige Ordnungsbehörde verfolgt werden kann. Dies setzt lediglich eine entsprechende Sachverhaltsanzeige voraus, aufgrund derer die Aufsichtsbehörde (Gewerbeamt, Handwerkskammer, IHK, etc.) tätig werden muss.

b. Übliche Regelungen

aa. Probezeit

Probezeiten bis zu **sechs Monaten** sind sinnvoll und üblich. Bei Arbeitsverhältnissen ist gem. § 622 Abs. 3 BGB insoweit für Kündigungen während dieser Zeit eine Frist von zwei Wochen einzuhalten. Neben der Integration einer Probezeit in einen ansonsten unbefristeten Vertrag wird auch die – zulässige – Konstellation praktiziert, dass das Anstellungsverhältnis zwar alle üblichen Regelungen eines unbefristeten Vertrages enthält, im Rahmen einer festen Laufzeitvereinbarung (= befristeter Vertrag) aber zunächst auf die Probezeit befristet wird.

3

⁵ Nachweisgesetz vom 20.07.1995 (BGBl. I S. 946).



Examenstipp:

Die Probezeit muss „vereinbart“ sein (§ 622 Abs. 3 BGB), ansonsten gelten von Anbeginn die Fristen des § 622 Abs. 1 BGB. Bei befristeten Beschäftigungsverhältnissen ist § 14 TzBfG zu beachten. In § 14 Abs. 1 sind anerkannte Befristungsgründe enumerativ aufgezählt. Bei der Befristung ohne Grund (Abs. 2) ist wesentlich, dass die Maximaldauer zwei Jahre beträgt und in höchstens vier Zeitabschnitte aufgeteilt sein darf. Lässt ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach Ablauf eines Befristungszeitraums weiter arbeiten, entsteht ein unbefristetes Vertragsverhältnis, auch wenn anschließend eine weitere – grundsätzlich zulässige – Befristung vereinbart wird.

bb. Arbeitszeit

- 4 Für den Arbeitnehmer gilt grundsätzlich das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), wonach die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden beträgt.⁶ Freilich werden Fristabläufe, unerwartete Neuaufträge, zeitkritische Großprojekte etc. immer wieder dafür sorgen, dass Flexibilität wie auch die Bereitschaft zur substanziellen Mehrarbeit erforderlich sind. Hoch dotierte Verträge, wie sie in Großkanzleien angeboten werden, beruhen regelmäßig auf einem weit überdurchschnittlichen Arbeitseinsatz, der zu einem entsprechenden Aufkommen an abrechenbarem Umsatz („billable hours“⁷) führt.



Examenstipp:

Wichtig ist die Erkenntnis, dass arbeitsrechtlich der Samstag als Werktag gilt (Arg. aus § 3 Abs. 2 BUrlG), die Wochenarbeitszeit also – aufgeteilt auf sechs Arbeitstage – bis zu 48 Stunden betragen darf. Bei Konzentration auf fünf Arbeitstage ergibt sich eine maximale Tagesarbeitszeit von regelmäßig rechnerisch durchschnittlich 9,6 Stunden (Arg.: § 3 Abs. 2 ArbZG). Die absolute Höchstarbeitszeit beträgt zehn Stunden. Abweichende Regelungen sind (außer in Notfällen, § 14 ArbZG, und behördlicher Ausnahmegewilligung, § 15 ArbZG) ausschließlich durch tarifvertragliche Vereinbarungen zulässig (§ 7 ArbZG), was den anwaltlichen Bereich in Ermangelung entsprechender kollektivrechtlicher Verträge nicht betrifft. Verstöße sind bußgeld- bzw. strafbewehrt (§§ 22 ff. ArbZG).

cc. Arbeitsort

- 5 Regelmäßig ist dies der Betrieb (die Kanzlei) des Arbeitgebers. Aus der Natur des Vertragsverhältnisses ergibt sich allerdings, dass der Arbeitgeber auch Tätigkeiten an anderen Orten (Gerichtstermine, Vertragsverhandlungen, Vorträge etc.) erwarten kann. Sofern der Mitarbeiter (etwa im Rahmen eines Beratungsvertrages, Restrukturierungsprojektes oder einer M&A-Transaktion) regelmäßig in den Räumen von Mandanten oder sonstiger Dritter zu arbeiten hat, sollte dies – da atypisch – ausdrücklich vereinbart werden.



Examenstipp:

Die Frage, wie der Arbeitgeber durchsetzen kann, dass der Arbeitnehmer – auch kurzfristig – seine Arbeitsleistung an einem vom Kanzleisitz abweichenden Ort erbringt, ergibt sich aus dem sog. „Direktionsrecht“ (welches freilich durch § 1 BRAO relativiert wird).

dd. Tätigkeit

- 6 Dieser Punkt sollte mit großer Aufmerksamkeit bedacht werden. Kanzleien mit einem **Qualitätsmanagementsystem**⁸ müssen, alle anderen sollten eine Stellenbeschreibung für die von Ihnen zu übernehmende Tätigkeit haben. Sie bestimmt maßgeblich Ihre Entwicklungsmöglichkeiten in der

⁶ § 3 ArbZG.

⁷ Im Bereich der Abrechnung auf Zeithonorarbasis gebräuchliche Bezeichnung für abrechenbare Zeiten.

⁸ Ausführlicher, schriftlich dokumentierter Kanzleiorganisationsplan, in manchen Kanzleien zertifiziert nach DIN EN ISO 9001: 2008 ff.; grundsätzlich: *Blümel/Diem/Hocke*, Qualitätsmanagement und Zertifizierung – Leitfaden für Rechtsanwälte, Köln 1998.

Kanzlei. Ungeachtet des dem Arbeitgeber grundsätzlich zustehenden Direktionsrechts (s. o.) werden Sie es auf Basis einer arbeitsvertraglichen Festlegung einfacher haben, den Arbeitgeber anzusprechen, wenn Ihnen anstelle der vereinbarten Tätigkeit im Wettbewerbsrecht ständig Verkehrsunfallakten zur Bearbeitung übergeben werden.⁹ Festgelegte Tätigkeitsinhalte sind klagbar (wenngleich dies aus nachvollziehbaren Gründen im Bereich der Rechtsanwaltschaft keine praktische Bedeutung hat, sondern regelmäßig zur Trennung/zum Kanzleiwechsel führt).

ee. Arbeitsentgelt

Üblich ist die Vereinbarung eines Festgehalmtes, das bei einer Vollzeittätigkeit ausreichen sollte, um den regelmäßigen Lebensunterhalt zu bestreiten. Über die Höhe der Vergütung sind keine generellen Aussagen möglich. Allerdings hat der BGH in einer neueren Entscheidung¹⁰ festgestellt, dass nach den Feststellungen des Senats ein angemessenes Gehalt für einen Berufsanfänger ohne Zusatzqualifikation bei rund 2.300 € brutto im Monat liege. Es kann deswegen davon ausgegangen werden, dass Gehälter unter 30.000,-/Jahr kaum mehr als angemessen betrachtet werden können. Im Übrigen entspricht es allgemeiner Gepflogenheit, dass insbesondere bei Berufsanfängern die durch Zeugnisse belegbaren Faktoren wie Examensnoten, Promotion, Auslandserfahrung (mit Abschluss), verhandlungssichere Fremdsprachenkenntnisse, Mehrfachqualifikation (z. B. Betriebs- oder Volkswirtschaft) bewertet und ggf. mit Zuschlägen honoriert werden. Die Frage, ob Urlaubs- und Weihnachtsgelder sowie sonstige Gratifikationen bezahlt werden, wird in den Kanzleien sehr unterschiedlich gehandhabt. Generelle Aussagen können daher nur insoweit gemacht werden, als normalerweise ein Budgetrahmen für einen Anwaltsarbeitsplatz vorliegt, welcher in gewissem Umfang flexibel aufgeteilt werden kann.

7

ff. Erfolgsbezogene Entgeltbestandteile

Leistungs- und erfolgsbezogene Komponenten sind nicht unüblich, sollten aber im wohlverstandenen Eigeninteresse des Mitarbeiters nur oberhalb des Bereichs angesiedelt sein, der zum Bestreiten des Lebensunterhalts erforderlich ist. Es ist bekannt, dass mit Berufsanfängern stark erfolgsorientierte Verträge abgeschlossen werden, die im Ergebnis das Akquisitionsrisiko auf den Arbeitnehmer verlagern. Hierzu vertritt der BGH in seinem Beschluss vom 30.11.2009 (vgl. Fn. 11) die Auffassung, dass der Rechtsanwalt bereits durch die Veröffentlichung einer Stellenanzeige, in der unangemessene Beschäftigungsbedingungen beschrieben werden, gegen die sich aus § 43 Satz 2 BRAO ergebende Pflicht, sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen, verstoße.

8



Examenstipp:

Die Frage, ob § 26 BORA zur Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages zu unangemessenen Bedingungen führt, ist zu bejahen. Zwar handelt es sich vorliegend um eine rein berufsrechtliche Vorschrift, deren Verletzung primär zum Eingreifen der Standesorganisation führt, während sich die Wirksamkeitsfrage ausschließlich nach zivilrechtlichen Kriterien (§§ 134, 138 BGB) beurteilt. Die vorstehend zitierte Entscheidung des BGH aber leitet aus dem Verstoß gegen § 43 Satz 2 BRAO und § 26 BORA die Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB ab.

gg. Fortbildung/Zusatzqualifikationen

In Wirtschaftskanzleien sind klare Fortbildungsregelungen üblich. Zusatzqualifikationen, wie etwa eine Fachanwaltschaft, sind im anwaltlichen Wettbewerb nahezu unerlässlich. Soweit Sie nicht als reiner Zuarbeiter und ohne klar formulierte, mittelfristige Perspektive angestellt werden, sollte es deshalb dem Eigeninteresse Ihres Arbeitgebers entsprechen, Ihnen eine Weiterqualifikation zu

9

⁹ Siehe nachfolgend Rn. 21.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 30.11.2009 – Az.: AnwZ (B) 11/08.

ermöglichen. Nicht zu beanstanden sind dabei Regelungen, nach denen Sie einen Teil Ihrer Freizeit oder Ihres Urlaubs einbringen müssen, zumal die regelmäßige Fortbildungspflicht für Fachanwälte ab 2015 jährlich 15 Stunden beträgt.¹¹ Ebenso durchaus üblich sind Rückzahlungsklauseln für den Fall des Ausscheidens vor Ablauf einer festzulegenden Amortisationszeit.¹²



Examenstipp:

In diesen Regelungen muss klar formuliert sein, unter welchen (zulässigen) Voraussetzungen eine Rückzahlung erfolgen soll.¹³ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt es wesentlich darauf an, wie lange die Fortbildung/Weiterbildung gedauert hat und wie teuer die Maßnahme war.

hh. Urlaub

- 10** Es gilt § 3 I BUrlG, welches jedem Arbeitnehmer jährlich mindestens **24 Werktage** Erholungsurlaub gewährt. Darüber hinausgehende Regelungen hängen wesentlich vom Einzelfall und den übrigen Rahmenbedingungen im Arbeitsvertrag ab. Tarifliche Regelungen – wie etwa in der freien Wirtschaft – gibt es im Bereich der Anwaltschaft nicht.

ii. Geheimhaltung

- 11** Der Rechtsanwalt ist gem. § 43a Abs. 2 BRAO zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Daneben ist es bei Verträgen im Bereich hochwertiger Dienstleistungen Vertragspflicht, auch über spezielles Know-how des Arbeitgebers Stillschweigen zu bewahren. Zu denken ist auch an die strafrechtliche Sanktion der Verletzung von Privatgeheimnissen, die den Rechtsanwalt trifft, wenn er Mandantenbelange an Dritte preisgibt.¹⁴

jj. Haftung¹⁵

- 12** Der Rechtsanwalt als Arbeitnehmer (d. h.: im Innenverhältnis) haftet lediglich nach den vom BAG¹⁶ entwickelten Grundsätzen: So gibt es bei leichter Fahrlässigkeit keine Haftung, bei mittlerer Fahrlässigkeit findet i. d. R. eine Teilung der Haftung statt. Wenn allerdings der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zu dem verwirklichten Schadensrisiko der Tätigkeit steht, kommen auch hier Haftungserleichterungen in Betracht. Diese Einschränkung dürfte im Falle des angestellten Rechtsanwalts regelmäßig helfen, denn der Bereich bis zu € 250.000,- ist durch die Mindestdeckung der Berufshaftpflichtversicherung¹⁷ abgedeckt, sodass die Inanspruchnahme erst in einem Bereich zum Tragen kommt, welche wiederum den Arbeitgeber (mit) ins Boot bringt.¹⁸ Zur möglichen Außenhaftung s. Rn. 19.



Examenstipp:

Das Bundesarbeitsgericht geht – allerdings bisher unter der weiteren Voraussetzung des Vorliegens einer gefahrgeneigten Tätigkeit – in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auf Seiten des Arbeitgebers das Betriebsrisiko zu berücksichtigen ist. Der Begriff Betriebsrisiko wird hier verwendet, um ein Abwägungsmerkmal bei der Verteilung des Haftungsrisi-

11 Vgl. § 15 FAO n. F.

12 Eine Verteilung der Lehrgangskosten auf eine Beschäftigungszeit von drei Jahren mit Erstattung von 1/36 für jeden Monat des vorzeitigen Ausscheidens erscheint nicht unangemessen und ist arbeitsrechtlich unbedenklich, sofern sich die Verteilung an den Kosten der jeweils abgeschlossenen Fortbildungsabschnitte orientiert.

13 Vgl. BAG, Urteil vom 11.04.2006, (9 AZR 610/05), NJW 2006, 3083.

14 Vgl. § 203 Abs. 1 Ziff. 3. StGB.

15 Insgesamt zur Haftung s. Kapitel 3.

16 Vgl. BAG Entscheidung des Großen Senats vom 24.09.1994, NJW 1995, 210.

17 Vgl. § 51 BRAO.

18 BAG, Urteil vom 23.01.1997 – Az.: 8 AZR 893/95.

kos zu kennzeichnen, nicht aber in der ihm sonst zukommenden Bedeutung als Lohnzahlungsrisiko des Arbeitgebers bei zufälliger Unmöglichkeit der Dienstleistung.¹⁹

Bei der Frage, wer die Versicherungsprämie zahlt, gibt es keine übliche Regelung. Sie kann also nur grundsätzlich dahin beantwortet werden, dass die Zulassung eines Rechtsanwalts gem. § 51 BRAO eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung²⁰ erfordert, also eine Individualpflicht darstellt. Gleichwohl ist einem jungen Kollegen, welcher in seiner ersten Zeit vornehmlich kleinere Mandate bearbeitet, kaum zuzumuten, die Prämie für die in Wirtschaftskanzleien üblichen Deckungssummen aus eigenem Einkommen zu finanzieren. Dies ungeachtet der einkommenssteuerlichen Betrachtung, nach welcher die Übernahme von Kammerbeiträgen und Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung durch den Arbeitgeber beim Arbeitnehmer als steuer- und sozialversicherungspflichtige Gehaltsbestandteile gelten.

13



Examenstipp:

Eine Beschränkung der anwaltlichen (Außen-)Haftung für Vermögensschäden ist lediglich für einfache Fahrlässigkeit möglich. In schriftlichen Individualvereinbarungen kann die Mindestversicherungssumme vereinbart werden;²¹ im Rahmen vorformulierter Vertragsbedingungen ist eine Beschränkung aber nur dann wirksam, wenn eine Versicherungsdeckung über zumindest 1 Mio. € tatsächlich besteht.²²

kk. Kündigungsfristen

Es gelten die Fristen gem. § 622 Abs. 2 BGB. In Anwaltskanzleien ist es aber durchaus üblich, nach Ablauf der Probezeit längere als die gesetzlichen Fristen zu vereinbaren. Dies ist in den Schranken des § 622 Abs. 6 BGB auch zulässig. Im Hinblick auf die seit 01.01.2004 geltende neue Gesetzeslage besteht für nach Inkrafttreten neu eingestellte Arbeitnehmer in Betrieben bis zu zehn Beschäftigten kein Kündigungsschutz nach dem KSchG. Die Sozialauswahl wird auf folgende vier Kriterien begrenzt: Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Schwerbehinderung und Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers.²³

14

ll. Wettbewerbsklauseln

Wettbewerbsklauseln sind im Bereich der Anwaltschaft nicht unüblich, wenngleich im nachvertraglichen Bereich nur selten verbindlich. Hiervon zu unterscheiden ist die Zeit des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. Während dieser Zeit ist es dem anwaltlichen Mitarbeiter untersagt, in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber zu treten.

15

Wettbewerbsabreden dienen dem Interesse des Arbeitgebers, für den Fall des Ausscheidens eines Mitarbeiters zu verhindern, dass dessen durch die Mandatsbearbeitung entstandenes Vertrauensverhältnis zu Mandanten der Kanzlei zu einer Abwanderung mit dem ausscheidenden Associate führt. Die Wege zur „Mandantensicherung“ sind unterschiedlich, teilweise auch so ausgestaltet, dass der angestellte Rechtsanwalt für den Fall einer „Mitnahme“ von Klienten Vertragsstrafen bezahlen oder pauschalierte Umsatzanteile abgeben soll.

Grundsätzlich unterliegen Arbeitnehmer einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot überhaupt nur dann, wenn dies im Arbeitsvertrag oder in einer gesonderten Urkunde vereinbart wurde, denn die aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Treuepflicht endet ansonsten mit der Vertragsbeendigung. Eine Wettbewerbsvereinbarung kann grundsätzlich bei der Einstellung, während des laufenden Arbeitsverhältnisses oder auch im Zusammenhang mit seiner Beendigung getroffen werden. Unzulässig sind – vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen – vertragliche Abreden, die einem aus-

19 Vgl. BAG, Urteil vom 24.11.1987 – 8 AZR 524/82 – BAGE 57, 55, 69f.

20 Mindestdeckungssumme sind € 250.000,- (§ 51 Abs. 4 BRAO).

21 § 51a Abs 1 Ziff. 1. BRAO.

22 § 51a Abs 1 Ziff. 2. BRAO.

23 BAG vom 31.05.2007 – 2 AZR 276/06

geschiedenen Arbeitnehmer die Betreuung von Mandanten seines früheren Arbeitgebers ausnahmslos verbieten (sog. „**Mandantenschutzklauseln**“²⁴). Dies widerspricht bei Rechtsanwälten dem Berufsbild der freien und eigenverantwortlichen Tätigkeit und schränkt zudem das Recht des Mandanten ein, seinen Berater selbst auszuwählen (vgl. § 3 Abs. 3 BRAO, § 32 BORA).

Dem Mitarbeiter darf – unter engen orts- und tätigkeitsbezogenen Voraussetzungen und höchstens für die Dauer von zwei Jahren²⁵ – untersagt werden, mit seinem bisherigen Arbeitgeber in Wettbewerb zu treten. Die Wettbewerbsklausel ist nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer während der Dauer des Verbotes eine Entschädigung zu zahlen. Diese sog. „Karenzentschädigung“ muss mindestens die Hälfte der im letzten Jahr vor dem Ausscheiden durchschnittlich bezogenen Vergütung betragen. Bei der Berechnung sind sämtliche Einkommensbestandteile, also auch die Jahressonderleistungen, Gratifikationen und Tantiemen zu berücksichtigen. Das Wettbewerbsverbot ist bereits dann nichtig, wenn die Wettbewerbsklausel eine Entschädigungsregelung nicht enthält oder diese unzulänglich dotiert ist.

- 16** Man unterscheidet zwischen Niederlassungsverboten, allgemeinen/besonderen Mandantenschutzklauseln und Mandantenübernahmeklauseln.²⁶ Letztere stellen eine neuere Variante des Bemühens dar, junge Kollegen von der **Mitnahme von Mandanten** abzuhalten. Ihr „Kniff“ besteht darin, dass zwar die Übernahme von Mandanten nicht untersagt wird, sich der Mitarbeiter stattdessen aber für den Ausscheidensfall zum Beispiel verpflichten muss, einen gewissen Prozentsatz der Honorare (man hört von zwischen 20 % und 30 %), die er mit den Mandanten des ehemaligen Arbeitgebers erzielt, an diesen abzuführen. Da sich die Bearbeitung eines solchen Mandates wirtschaftlich nicht mehr lohnt, muss auch hier von einer unzulässigen Beschränkung der beruflichen Tätigkeit (mit der Folge der Qualifizierung als eine unzulässige Umgehung) ausgegangen werden.²⁷

Aber selbst, wenn der Arbeitgeber 50 % des letzten durchschnittlichen Gehaltes als Karenzentschädigung verspricht (vgl. Rn. 15), ist ein Wettbewerbsverbot nur in dem Umfang möglich, in dem es dem „Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses“ dient. Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes hat zu einer umfangreichen Rechtsprechung geführt. Hier kommt es auf die genauen Umstände des Einzelfalls an.

Das Wettbewerbsverbot muss örtlich, zeitlich und sachlich gerechtfertigt sein.

Es ist naheliegend, dass ein Arbeitgeber überhaupt nur in dem Umfang, in dem ihm örtlich oder zeitlich Konkurrenz droht, die Unterlassung des Wettbewerbs verlangen kann. Weitaus schwieriger ist die Feststellung des „berechtigten geschäftlichen Interesses“ in sachlicher Hinsicht zu beurteilen. Es ist unbestritten, dass dem Arbeitnehmer nicht jegliche Konkurrenzfähigkeit untersagt werden kann. Interessengerecht vermag eine Wettbewerbsklausel deshalb nie zu sein, soweit sie Tätigkeiten verbietet, die den Arbeitgeber nicht beeinträchtigen.

Beispiel:

Unwirksames Wettbewerbsverbot

Die Arbeitgeberin, eine in München ansässige, bundesweit tätige, reine Strafrechtssozietät, untersagt einem dort tätigen Junganwalt bundesweit und für die Dauer von zwei Jahren nach Ausscheiden, in den Bundesländern Bayern und Baden-Württemberg in Wettbewerb mit ihr zu treten. Als Karenzentschädigung wird die Hälfte der zuletzt erhaltenen Bezüge zugesagt.

Das Wettbewerbsverbot wäre unverbindlich, soweit es andere als rein strafrechtliche Tätigkeiten unterbinden würde, da die Arbeitgeberin auf diesen Gebieten nicht tätig ist und ein Tätigkeitsverbot insoweit unangemessen wäre.

- 17** Ein Wettbewerbsverbot wird deshalb nur dann als schützenswert angesehen, wenn es dazu bestimmt und in **angemessener** Weise geeignet ist, entweder dem Schutz von Betriebsgeheimnissen zu dienen oder den Einbruch in einen Kunden- und/oder Lieferantenkreis zu verhindern.

²⁴ Versuch des Arbeitgebers oder Mitgesellschafters, im Falle einer Beendigung der Zusammenarbeit/Sozietät eine „Mitnahme“ des Mandanten durch den Ausscheidenden zu verhindern.

²⁵ Vgl. die Regelungen der §§ 74 ff. HGB.

²⁶ S. hierzu *Degen*, LAG Niedersachsen, Urteil vom 08.02.2013, 12 Sa 904/12 – Unwirksamkeit einer zwischen Rechtsanwälten vereinbarten Mandantenübernahmeklausel, NZA-RR 2013, 347.

²⁷ So jetzt eindeutig entschieden durch LAG Niedersachsen, Urteil vom 08.02.2013 – 12 Sa 904/12 –.

mm. Sonstige Regelungen

Immer mehr Kanzleien gehen dazu über, ihre **Ablauforganisation** zu analysieren und in schriftlichen Ablaufplänen und Handlungsanweisungen zu erfassen.²⁸ Sofern ein derartiges Vorgehen im Arbeitsvertrag angesprochen und daraus eine Verpflichtung des angestellten Rechtsanwalts abgeleitet wird, sich an diesem sog. „kontinuierlichen Verbesserungsprozess“ aktiv zu beteiligen, ist dies nicht zu beanstanden. Im Gegenteil: Der neu hinzukommende Mitarbeiter dürfte sich auf diese Weise sehr viel leichter tun, die Hintergründe zu erfassen, warum die Dinge auf die eine oder andere, für ihn zunächst nicht unmittelbar nachvollziehbare Weise gehandhabt werden.

Ein häufiger Grund für Diskussionen liegt in der Frage nach „Ob“ und „Wann“ der Aufnahme eines Mitarbeiters auf Geschäftspapiere und Firmenschild. Als Mindestanforderungen, die gem. § 27 BRAO an die Errichtung und Aufrechterhaltung einer Anwaltskanzlei zu stellen sind, werden allgemein ein Raum, ein Praxisschild und ein im Telefonverzeichnis eingetragenes Telefon genannt.²⁹ Da der angestellte Rechtsanwalt aber im Rahmen dieser Tätigkeit keine „eigene Kanzlei“ benötigt, ist ihm die Berufung auf diese Vorschrift verwehrt. Ungeachtet der berufsrechtlichen Komponente, welche im Rahmen dieser Darstellung nicht aufgearbeitet werden kann,³⁰ ist das Interesse des Arbeitgebers von Kanzlei zu Kanzlei verschieden. Manche möchten, dem Trend nach immer größer werdenden Kanzleieinheiten folgend, möglichst viele Berufsträger auf Kanzleischild und Briefbogen sichtbar machen. Sie werden sich gegenüber dem Wunsch eines Mitarbeiters, sofort nach außen zu erscheinen, kaum widersetzen. Anders bei einem Arbeitgeber, der einen Mitarbeiter für sein „back office“ sucht. Hier ist ein (intensiver) Mandantenkontakt in aller Regel weder gewünscht noch notwendig, die Außenwirkung eines zusätzlichen Berufsträgers mithin nebensächlich.

Die Kehrseite des Außenauftritts sind die Haftungsrisiken,³¹ die sich hinter dem Stichwort „Scheinsozietät“³² verbergen, die es auch für den Mitarbeiter überlegenswert erscheinen lassen, wie schnell und nachdrücklich er auf Kanzleischild und Briefpapier drängt.



Examenstipp:

Die mit dem PartG verbundene Hoffnung angestellter Rechtsanwälte, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen der GbR und der Partnerschaftsgesellschaft³³ darin bestehe, dass es kein Haftungsrisiko des angestellten Rechtsanwalts aus einer Scheinsozietät gebe, da sich der Gesellschaftsgläubiger im Partnerschaftsregister über die Haftungsverhältnisse informieren könne/müsse, weil die Bezeichnung der Gesellschaft („... & Partner“) und der Hinweis auf das zuständige Registergericht und die Registernummer auf dem Briefbogen hierauf hinweise, hat sich leider nicht erfüllt. Der BGH geht weiterhin davon aus, dass Sozien und Scheinsozien für Sozietätsverbindlichkeiten analog § 128 HGB haften. Die gesamtschuldnerische Haftung der nach außen gemeinschaftlich auftretenden Berufsträger ergebe sich bei Fehlen einer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit daraus, dass der Mandatsvertrag nach Rechtsscheingrundsätzen mit der Sozietät zustande komme.³⁴

28 Sog. „Qualitätsmanagementsystem“, vgl. Rn. 6; s. auch *Degen/Diem*, Anwaltsstrategien für das Kanzleimanagement, Rn. 136 ff.

29 *Zuck BRAK-Mitt.* 1987, 108 (110); *Hartstang*, S. 103f.; *Knief*, AnwBl. 1985, 58 (60); *Feuerich*, BRAO, § 27 Rn. 9ff.; *Jessnitzer*, BRAO, § 27 Rn. 5; BVerfGE 72, 26 (27) = AnwBl. 1986, 202 m. w. N.

30 Ausführlich hierzu *Stehmann*, C. III. 2. a.

31 Nehmen es RAe, die bei einem anderen RA angestellt sind, billigend in Kauf, dass dieser unter Verwendung eines Briefkopfes, der entgegen der wahren Rechtslage auf das Bestehen einer Anwaltssozietät („X & Kollegen“) hinweist (Scheinsozietät), nach außen in Erscheinung tritt, so kann dies eine Anscheinsvollmacht der angestellten Rechtsanwälte für den Inhaber der Anwaltskanzlei begründen. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.03.2000 – Az.: 16 U 69/99.

32 Erweckt die Gestaltung des Briefkopfes den unzutreffenden Eindruck, die dort aufgeführten Berufsträger seien Vollmitglieder der Sozietät, liegt nur eine sog. Schein- oder Außensozietät vor. Zu den wesentlichen Kriterien einer Anwaltssozietät, also eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses von Rechtsanwälten nach dem Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, gehört, dass jedes Mitglied der Sozietät aufgrund des Gesellschaftsvertrages Mandate mit Wirkung für und gegen die Sozien annimmt. Dies führt zu einer persönlichen und gesamtschuldnerischen Haftung aller auf dem Briefbogen aufgeführten Rechtsanwälte.

33 Vgl. nachfolgend Rn. 121.

34 BGH vom 21.07.2011, BGH, Az.: IV ZR 42/10, 37/11, DStR 2011, S. 1430 Rn. 24, m. Anm. *Juretzek*, DStR 2011, S. 2068, wobei der Senat – wie unter Geltung der Doppelverpflichtungslehre – davon ausgeht, dass der Vertrag „mit allen Sozien und Scheinsozien“ zustande kommt, s. dazu auch *Hirtz*, NJW 2012, S. 3550, 3553.

Unabhängig hiervon sei jedoch bereits an dieser Stelle auf die Haftungsbeschränkung auf den Handelnden (§ 8 Abs. 2 PartG) hingewiesen, die bei der GbR nur durch Individualvereinbarung für den Einzelfall vereinbart werden kann.³⁵

- 20** Die vertragliche Verpflichtung, ausschließlich unter Verwendung der **Honorar- und Mandatsbedingungen** – ggf. einschließlich einer Haftungsbeschränkungsvereinbarung – tätig zu werden, ist gängig und vom angestellten Rechtsanwalt uneingeschränkt zu beachten. Die dabei aus dem Spannungsfeld zu den §§ 48, 49, 49a BRAO für besonders schützenswerte Bereiche der Rechtsberatung resultierenden Problemstellungen werden allerdings regelmäßig dazu führen, dass die Interessen der Allgemeinheit denjenigen einer Kanzleiorganisation vorgehen.
- 21** Nach dem geltenden Arbeitsvertragsrecht hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber nicht nur einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, sondern auch das Recht, von diesem **vertragsgemäße Beschäftigung** zu verlangen.³⁶ Dieses vom Arbeitnehmer ggf. auch im Klageweg verfolgbare Recht kann vertraglich in bestimmtem Umfang durch eine sog. **Freistellungsklausel** ausgeschlossen werden. Dies bewirkt, dass der Arbeitgeber zwar die vereinbarte Vergütung bezahlen, die Arbeitsleistung aber nicht abrufen muss. Sie entspricht durchaus der Üblichkeit und hilft, Spannungen zu vermeiden, die im Zusammenhang mit einer Beendigung des Vertragsverhältnisses während der Kündigungsfrist entstehen können. Im Arbeitsvertrag für den Fall einer Kündigung vereinbarte Freistellungsklauseln können insbesondere dann unwirksam sein, wenn eine sehr lange Kündigungsfrist vereinbart wurde.³⁷



Examenstipp:

Schutzgut ist der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers. Wird hiergegen gravierend verstoßen, ist die Freistellungsklausel unwirksam. Freistellungsklauseln in vorformulierten Vertragsbedingungen unterliegen gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB. Bei der Angemessenheitskontrolle gilt ein genereller Prüfungsmaßstab. Danach sind generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Die Freistellung muss gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ggf. wegen einer unbillig langen Dauer auf das angemessene Maß verkürzt werden.³⁸

- 22** Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber grundsätzlich keinerlei Wettbewerb machen. Dies folgt aus der **Treuepflicht** des Arbeitnehmers, welche ihm gebietet, sich für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich ist.³⁹ Insbesondere darf der Arbeitnehmer Dienste und Leistungen nicht im Marktbereich seines Arbeitgebers anbieten.⁴⁰ Hieraus folgt, dass Nebentätigkeiten im rechtsberatenden Bereich praktisch nicht infrage kommen, es sei denn, dass der Mitarbeiter neben seiner Tätigkeit in einer ausschließlich gesellschaftsrechtlich tätigen Kanzlei in einer anderen Einheit im Strafrecht tätig werden will. Sollte der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Tätigkeitsaufnahme Nebenerwerbsquellen haben oder sich solche erschließen wollen (z. B.: Dozenten- oder Autorentätigkeit), empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag hierauf explizit einzugehen und klare Regelungen zu treffen.
- 23** Ungeachtet der Belange, die auch vom **Direktionsrecht des Arbeitgebers** gedeckt sein können und deshalb keiner expliziten Aufnahme in den schriftlichen Vertrag bedürfen, finden sich in manchen Anstellungsverträgen beispielsweise Regelungen zum Auftreten gegenüber Mandanten und Gerichten, zur Kleidung etc. Soweit die Kanzlei beispielsweise im Rahmen ihrer Marketingaktivitäten Wert darauf legt, dass die dort tätigen Berufsträger Fliege anstelle Krawatte tragen, ist eine solche Festlegung im Vertrag nicht grundsätzlich unangemessen.

³⁵ § 51a Abs. 2 Sätze 2 und 3 BRAO.

³⁶ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB-Beschäftigungspflicht (Bl. 2); BAGE 23, 484 (Ls. 9 u. S. 507).

³⁷ Z. B.: Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 18.03.2005, Az.: 26 Ga 4/05.

³⁸ LAG München, Urteil vom 07.05.2003, Az.: 5 Sa 297/03.

³⁹ BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB – Treuepflicht (Bl. 2f.); AP Nr. 13 zu § 242 BGB – Auskunftspflicht (Bl. 1R).

⁴⁰ BAG bereits in NJW 1977, 646.