

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