

DER ARBEITSVERTRAG

RECHTSANWALT WALTHER GRUNDSTEIN, FRANKFURT A. M.

Einführung

Der Weg in die anwaltliche Selbstständigkeit ist häufig teuer und erscheint vielen angesichts der heutigen Juristenschwemme – auch zu riskant. Wer hat noch nicht vom Pizza verkaufenden oder Taxi fahrenden Junganwalt gehört? Nicht zuletzt aus diesen Gründen streben viele Berufsanfänger nach einer Beschäftigung entweder schon außerhalb des Anwaltsberufs oder aber zumindest in einem etablierten Anwaltsbüro.

Dabei gibt es zwei Formen, wie eine solche Beschäftigung als Rechtsanwalt vertraglich ausgestaltet sein kann: Man kann Angestellter oder freier Mitarbeiter sein.

Inhalt dieses Abschnittes sind Entscheidungshilfen für die eine oder andere Alternative und Ratschläge, worauf man bei der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung achten sollte. Ergänzend hierzu ist im nächsten Abschnitt und im Internet unter der Anschrift <http://www.anwaltverein.de/downloads/praxis/mustervertrag/mustearbeitsvertrag.pdf> ein Musterarbeitsvertrag abrufbar. Abgerundet wird der Beitrag mit Hinweisen auf die Risiken eines Scheinarbeitsverhältnisses und auf die Gefahr einer Rentenversicherungspflicht auch echter freier Mitarbeiter in der BfA gemäß § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI.

I. Arbeitsvertrag oder freie Mitarbeiterschaft?

1. Die eigene Entscheidung

Eine generell geltende Empfehlung in die eine oder andere Richtung lässt sich nicht geben. Keine der beiden Möglichkeiten ist nämlich allgemein vorzugswürdig. Welche der beiden die bessere Variante ist, hängt vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

- a. Eine **Leitlinie** gibt es allerdings: Wer auf eine **soziale Absicherung** angewiesen ist (z. B. wegen einer Familie oder der Verpflichtung zur Rückzahlung eines BAföG-Darlehens), sollte sich in der Regel für einen Arbeitsvertrag entscheiden. Denn die soziale Absicherung eines freien Mitarbeiters ist gegenüber einem Arbeitnehmer ungleich schlechter.

Ein Arbeitsvertrag sichert nicht nur ein festes monatliches Einkommen; bei einer Beschäftigung als freier Mitarbeiter ist dies nicht zwingend gewährleistet. Auch Lohnfortzahlung bei Krankheit und Urlaub gibt es regelmäßig nur bei einem Arbeitnehmer. Außerdem genießt der angestellte Rechtsanwalt wie jeder andere Arbeitnehmer auch nach mehr als sechs Monaten Beschäftigungszeit Kündigungsschutz, wenn nur die Kanzlei entsprechend groß ist (mindestens 10,25 Arbeitnehmer, § 23 I 2,3 KSchG). Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen greift sogar Sonderkündigungsschutz (z. B. Schwangerschaft, Schwerbehinderung). Nicht zu vernachlässigen ist die sozialversicherungsrechtliche Absicherung (insbesondere die Krankenversicherung). Hier ist der freie Mitarbeiter auf seine eigene Vorsorge ange-

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

wiesen. Der angestellte Rechtsanwalt hingegen wird nicht selten zumindest bei Berufsanfang noch pflichtversichert sein, denn das Einstiegsgehalt dürfte häufig noch unter der niedrigsten Versicherungspflichtgrenze (im Jahr 2008: 4.012,50 Euro für die Krankenversicherung) liegen.

- b. Wer auf eine soziale Absicherung nicht angewiesen ist, kann hierauf verzichten und sich für die **Vorteile der Selbstständigkeit** entscheiden. Beides zusammen soziale Absicherung und Vorteile der Selbstständigkeit – geht nicht.

Die Vorteile der Selbstständigkeit sind nun nicht unerheblich:

- aa. Je „echter“ der Vertrag als freier Mitarbeiter ausgestaltet wird, desto weniger ist man in die Organisation des Vertragspartners – der fremden Kanzlei – eingebunden. Das wirkt sich insbesondere auch auf die Arbeitszeiten und den Arbeitsplatz aus. Selbstständigkeit ermöglicht grundsätzlich erhöhte zeitliche und örtliche Flexibilität. Speziell Doktoranden werden dies zu schätzen wissen. Aber auch allen anderen wird ein Freiraum eröffnet, den sie bald nicht mehr missen wollen.

Je nach Fallgestaltung kann das Unterbleiben der Einbindung in die Organisation aber auch nachteilige Folgen haben. Zu denken ist hier etwa an erhöhte Anschaffungskosten (z.B. Computer, Diktiergerät etc.) oder Gebühren für Versicherungen (insbesondere Berufshaftpflicht), die die fremde Kanzlei bei einem freien Mitarbeiter gegebenenfalls nicht zu tragen bereit ist. Außerdem ist es einem freien Mitarbeiter in der Regel nicht in gleichem Umfang wie einem Arbeitnehmer möglich, sich das gegebenenfalls noch fehlende Praxiswissen anzueignen.

- bb. Der freie Mitarbeiter kann frei darüber entscheiden, ob er einen konkreten Auftrag annimmt oder nicht. Das aber dürfte eher nur ein theoretischer Vorteil sein. Wer etwa als freier Mitarbeiter ohne sachlichen Grund des Öfteren die Übernahme bestimmter Aufgaben – insbesondere die Bearbeitung unliebsamer Mandate – ablehnt, wird die längste Zeit freier Mitarbeiter gewesen sein.

- cc. Wegen der weniger starken Integration in den Betrieb der fremden Kanzlei wird ein freier Mitarbeiter eher eine Nebentätigkeit für weitere Auftraggeber (Rechtsanwalt, Universität etc.) oder sich selbst (eigene Kanzlei) durchsetzen können.

- dd. Tendenziell fällt bei einem Vertrag als freier Mitarbeiter die (Netto-) Vergütung höher aus, weil der Vertragspartner die Sozialabgaben sparen kann. Wegen der erhöhten eigenen Vorsorgeaufwendungen ist das aber im Ergebnis ein reines Rechenexempel, welcher Weg im Ergebnis der günstigere ist. Darauf zu spekulieren, man werde später als „Scheinselbstständiger“ eingestuft und der Vertragspartner müsse alle Sozialabgaben nachzahlen, ist außerordentlich riskant und auf keinen Fall zu empfehlen.

- ee. Während in Arbeitsverhältnissen gegebenenfalls die Kündigungsfristen auch für den Arbeitnehmer verlängert werden, unterbleibt eine dahingehende Verein-

DER ARBEITSVERTRAG ◀ DIE FREMDE KANZLEI

barung nicht selten bei einem freien Mitarbeiter. Das bedeutet zugleich, dass man sich selbst schneller umorientieren kann.

- ff. Die Selbstständigkeit bringt in der Regel auch steuerliche Vorteile mit sich. Als Selbständiger hat man tendenziell mehr Möglichkeiten, Ausgaben „über den Betrieb laufen“ zu lassen. Die Kosten für die Anschaffung eines Fahrzeugs oder dessen laufenden Betrieb zum Beispiel kann – wenn überhaupt – nur der Selbstständige, nicht aber der Arbeitnehmer absetzen, der nur Fahrtkosten geltend machen kann. Außerdem hat nur der Selbständige die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs, das heißt, nur er kann die ihm von anderen Unternehmern in Rechnung gestellte Umsatzsteuer von der Umsatzsteuer absetzen, die er in seinen eigenen Rechnungen ausweist. Gerade bei Berufseinsteigern kann sich hier ein nicht unerheblicher Überschuss zu ihren Gunsten ergeben, der ihnen vom Finanzamt erstattet werden muss. Allerdings werden die notwendigen Anschaffungen eines freien Mitarbeiters hinter denen eines Kanzleigründers zurückbleiben, der denkbare Überschuss also auch geringer ausfallen.

Die Entscheidung für den „richtigen“ Vertrag hängt vielfach auch von weiteren **äußeren Faktoren ab**. Insbesondere darf sie nicht am Markt vorbei getroffen werden. Wer zum Beispiel in eine Großkanzlei einsteigen will, wird dort eher nicht als freier Mitarbeiter akzeptiert werden. Wer Wert darauf legt, sich sofort als Rechtsanwalt zuzulassen, muss damit rechnen, dass dies bei Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht gelingt, sondern dass hier erst der Ablauf der Probezeit abgewartet werden muss. Strebt man die Aufnahme auf den Briefbogen einer Kanzlei an, wird dies über einen Vertrag als freier Mitarbeiter nur selten glücken.

Auch ist der Vertrag als freier Mitarbeiter nicht für jede Tätigkeit uneingeschränkt geeignet. Der Vertragstypus ist gekennzeichnet durch das Selbstbestimmungsrecht des Mitarbeiters über Arbeitszeit, Arbeitsort und Annahme der einzelnen Aufträge (siehe oben B I 2). Das lässt beispielsweise unproblematisch die Vergabe von Aufträgen zur Gutachtenerstellung zu. Die verantwortliche vollumfängliche Mandatsbearbeitung für eine Kanzlei hingegen ist bei diesen Rahmenbedingungen nur schwer zu realisieren. Die Kanzlei wird in diesen Fällen vielmehr auf die Einhaltung ihrer Bürostunden und auch auf eine Anwesenheit vor Ort bestehen, gerade wenn es sich um einen Berufsanfänger handelt, dem in der Regel auch inhaltlich – etwa zur Art und Weise der Mandatsbearbeitung – verstärkt Weisungen erteilt werden sollen. Die Kombination solcher Vorgaben mit einem Vertrag als freier Mitarbeiter wird in einer rechtlich sauberen Form kaum möglich sein. Das führt dazu, dass in solchen Fällen entweder von vornherein ein Arbeitsvertrag zu schließen sein wird oder aber man mit dem Risiko zu leben hat, dass im Fall einer Betriebsprüfung das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden wird (dazu unter C III).

2. Durchsetzbarkeit der eigenen Entscheidung

Mit der eigenen Entscheidung für ein Arbeitsverhältnis oder eine freie Mitarbeiterschaft ist es nicht getan. Die Entscheidung will auch noch gegenüber dem anvisierten Ver-

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

tragspartner durchgesetzt werden. Gegen von der eigenen Überlegung abweichende Vorgaben der Kanzlei kann sich der Berufsanfänger dabei aber nur mit mäßigem Erfolg wehren, weil er sich sonst womöglich die Einstellung verscherzt.

Deswegen muss man sich im Vorfeld nicht nur über die oben geschilderten äußeren Faktoren klar werden, sondern auch seinen Marktwert (Stichworte: Qualifikation, Berufserfahrung, Beziehungen) und die Position der Kanzlei im Wirtschaftsleben möglichst genau einschätzen, damit man weiß, wie viel Druck man gegebenenfalls ausüben kann. Im Übrigen können vielleicht die folgenden Argumente gegen zwei naheliegende, der eigenen Entscheidung entgegenstehende Begründungsansätze helfen:

a. *„Wegen der hohen Sozialabgaben kommt ein Arbeitsvertrag nicht in Betracht.“*

Gegenargument: Den Arbeitgeber trifft nur ein hälftiger Anteil, den anderen zahlt der Arbeitnehmer. Der Anteil des Arbeitgebers stellt für ihn eine Betriebsausgabe dar, so dass er einen Gutteil vom Finanzamt wiederbekommt. Außerdem schützt der angedachte freie Mitarbeitervertrag allein vor den Sozialabgaben nicht, gerade dann nämlich nicht, wenn in Wahrheit ein „verkapptes“ Arbeitsverhältnis begründet werden soll (siehe unten C III).

b. *„Sie sind (möglicherweise) scheinselbstständig. Deswegen kommt ein Vertrag als freier Mitarbeiter nicht in Betracht.“*

Gegenargument: Wenn die Vereinbarung nicht als Arbeitsvertrag konzipiert und dann in der Praxis auch nicht als solcher gehandhabt wird, droht das Risiko der Scheinselbstständigkeit nicht. Die Art der Handhabung hat aber der Auftraggeber in der Hand. Außerdem lässt sich der Status als Selbstständiger durch ein Antragsverfahren bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (§ 7a SGB IV) klären.

II. Vertragsgestaltung

Haben sich die Vertragsparteien auf eine gemeinsame Linie hinsichtlich des Vertragstypus geeinigt, müssen sie den jeweils zu schließenden Vertrag in seinen Einzelheiten absprechen.

1. Arbeitsvertrag

Für den Fall des Arbeitsvertrages steht im nächsten Abschnitt und im Internet unter der oben angegebenen Adresse eine Formulierungshilfe zur Verfügung. Weitere Musterverträge finden sich bei Wettlaufer, S. 203 f. und bei Schaub/Neef/Schrader, Arbeitsrechtliche Formulareammlung, 8. A., S. 153.

Der Abschluss **befristeter** Verträge will wohl überlegt sein. Spätestens im Laufe des Arbeitsverhältnisses wird sich der Angestellte zur Anwaltschaft zulassen. Die damit verbundenen Kosten (z. B. Kammerbeitrag, Haftpflichtversicherung, Versorgungswerk) müssen auch nach Ablauf der Befristung aufgebracht werden, wenn die Zulassung nicht zurückgegeben werden soll.

DER ARBEITSVERTRAG ◀- DIE FREMDE KANZLEI

Bei der zu vereinbarenden **Arbeitszeit** ist daran zu denken, dass das Arbeitszeitgesetz keine Ausnahme für angestellte Anwälte vorsieht. Auch hier gilt also der Grundsatz, dass die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreiten darf (§ 3 S. 1 AZG). Das ArbG Bad Hersfeld (NZA-RR 1999, 629) und ihm folgend das Hessische LAG (NJW 2000, 3372) halten gleichwohl eine Wochenarbeitszeit von „bis zu“ 50 Stunden für durchaus üblich. Die Verlagerung der gesetzlich zulässigen Samstagsarbeit auf die anderen Arbeitstage ist immerhin in der Tat erlaubt (§ 3 S. 2 AZG). Das ergibt bei einer 5-Tage-Woche eine maximal zulässige tägliche Arbeitszeit von etwa 9,5 Stunden. § 26 I 2c BORA ist ergänzend zu beachten (angemessene Fortbildung muss möglich sein).

Die Höhe der **monatlichen Grundvergütung** wird sicherlich einer der Hauptverhandlungspunkte sein. Das Ergebnis hängt dabei nicht zuletzt vom Marktwert und Verhandlungsgeschick des Angestellten ab. Wenngleich in Großkanzleien 7.000-8.000 Euro brutto monatlich auch für Berufseinsteiger durchaus üblich sind, dürfte es nicht selten sein, dass man sich gegen unangemessen niedrige Gehaltsvorschläge des Arbeitgebers zur Wehr setzen muss. Berufsrechtlich muss die Bezahlung „angemessen“ sein (§ 26 BORA). Gesetzlichen Schutz bietet nur § 138 BGB. Das ArbG Bad Hersfeld (a. a. O.) hat insoweit die Vereinbarung von 1.300 DM für eine Vollzeitätigkeit als sittenwidrig angesehen und den Arbeitgeber zur Nachzahlung der Differenz zum üblichen Gehalt verurteilt. Das Hessische LAG hat das Urteil auch insoweit in vollem Umfang bestätigt. Der OLG Nordrhein-Westfalen hat in einem aktuellen Beschluss ein Grundgehalt von 1.000 Euro als Einstiegsgehalt als unangemessen i. S. v. § 26 BORA und sittenwidrig i. S. v. a. a. O. § 138 BGB angesehen (NJW 2008, 668). Das Urteil geht von mindestens 2.300 Euro als Richtmaß für das Einstiegsgehalt eines Rechtsanwaltes ohne besondere Spezialisierung, ohne besondere Zusatzqualifikation, ohne Prädikate bei einer Vollzeitstelle aus. Das OLG München (NJW 2007, 1005) taxiert das Mindesteinstiegsgehalt auf etwa 2.000 Euro.

Ebenfalls ein wichtiger Punkt bei den Vertragsverhandlungen wird die Frage sein, wann denn der Angestellte seine **Zulassung** beantragen kann oder soll. Nicht nur psychologisch macht es einen deutlichen Unterschied, ob man dem Mandanten gegenüber als Rechtsanwalt oder als Assessor auftritt. Es kommt hinzu, dass der Angestellte vor seiner Zulassung nicht – wie häufig gewünscht – Mitglied im Anwaltsversorgungswerk werden kann. Das ist regelmäßig besonders misslich, weil die statt dessen an die BfA gezahlten Versicherungsbeiträge nur selten zu einer Rentenanwartschaft führen werden.

Gleichwohl wird häufig vereinbart, dass der Angestellte erst zum Ende der Probezeit hin seine Zulassung beantragen soll. Das liegt unter anderem daran, dass der Angestellte vor Ablauf der Probezeit keinen allgemeinen Kündigungsschutz genießt und daher während dieser Zeit verstärkt mit dem Risiko einer Kündigung und hohen fortlaufenden Kosten rechnen muss. Hinzu kommt, dass durch die Zulassung der Zuschlag der einstellenden Kanzlei zu ihrer Haftpflichtversicherung steigt. Außerdem wird einer vorzeitigen Zulassung vielfach § 27 I BRAO entgegenstehen. Danach unterliegt jeder Rechtsanwalt einer Kanzleipflicht. Er muss zur Erfüllung dieser Verpflichtung seine anwaltlichen Dienste so zur Verfügung stellen, dass dies für Rechtsuchende ohne weiteres erkennbar

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

ist. Die Rechtsprechung zählt dazu trotz zunehmender Kritik (z. B. AnwGH München, NJW 2008, 600) unverändert als unabdingbare Voraussetzung ein auf den Rechtsanwalt hinweisendes Praxisschild (BGH NJW 2005, 1420; BVerfG BRAK-Mitt. 6/2005 S. 275). Dazu und zu anderen Merkmalen der Erkennbarkeit (Aufnahme auf den Briefbogen, den Vollmachten und im Telefonbuch) wird der Arbeitgeber vor Ablauf der Probezeit eher nicht bereit sein und das nicht nur, weil dadurch der Beitrag zur Haftpflichtversicherung ein weiteres Mal steigt.

Wenn daher eine Zulassung vor Ablauf der Probezeit möglich sein soll oder der Angestellte bei Vertragsschluss womöglich schon zugelassen ist, ist derzeit als wohl noch vernünftigste Alternativlösung eine (ernst gemeinte und praktizierte) Vereinbarung zu empfehlen, dass der Angestellte außerhalb der Kanzleiräume eine anwaltliche Nebentätigkeit ausüben darf. Dann kann der Angestellte an einem von ihm gewählten Ort seiner Kanzleipflicht genügen. Eine solche Gestattung soll ohnehin berufsrechtlich geboten sein (Wettlaufer, S. 202 f.).

Der bereits mehrfach erwähnte Mustervertrag ist insoweit flexibel. Soll die Zulassung erst zum Ende der Probezeit beantragt werden können, kann der Mustervertrag nahezu unverändert übernommen werden; zur Klarstellung empfiehlt sich nur eine Streichung von § 8(b) S. 2 und 3. Anderenfalls müsste § 7(a) den jeweiligen Vorstellungen entsprechend angepasst werden (etwa durch Ergänzung des Wortes „spätestens“). Außerdem sollte § 7(b) gestrichen werden, während in § 8(b) S. 1 die Klammerzusätze „(auch)“ und „(keine)“ gestrichen werden müssen. Gegebenenfalls sind Anpassungen in der Tätigkeitsbeschreibung (§ 1: „Rechtsanwalt“) und im Vergütungsbereich erforderlich (z. B. Teilung der Versicherungs- und Kammerbeiträge) und die Vereinbarung einer Verpflichtung empfehlenswert, im Falle der Aufnahme in die Sozietät die vorhandenen Eigenmandate der Sozietät zuzuführen.

Die Gestattung einer **Nebentätigkeit** – gegebenenfalls verbunden mit einer Einbringungsverpflichtung – empfiehlt sich – wenn sie nicht ohnehin schon berufsrechtlich geboten ist – nicht nur in der eben angesprochenen Fallgestaltung, sondern auch um so eher dann, je ernster es die Parteien mit der Aufnahme des Angestellten in die Sozietät nehmen. Denn um so höher muss das Interesse der Sozietät sein, dass der Angestellte Eigenmandate akquirieren kann, die ihr mit der Aufnahme des Angestellten zufließen.

Dem Thema **Haftpflichtversicherung** müssen beide Vertragspartner ein besonderes Augenmerk widmen. Insoweit sei an dieser Stelle nur auf die Ausführungen von Brieske in diesem Ratgeber verwiesen. Hervorgehoben werden soll daher nur zweierlei: Zum einen droht dem Angestellten mit Aufnahme seines Namens insbesondere in den Briefbogen wegen des dadurch gesetzten Rechtsscheins die Haftung für Fehler der Sozietätsmitglieder und das sogar rückwirkend (BGH NJW 2007, 2490; Hartung AnwBl 2007, 849). Zum anderen muss die Deckungssumme der eigenen Versicherung der der Mitglieder der Sozietät entsprechen, wenn die Gefahr einer Kürzung der Versicherungsleistung vermieden werden soll. Dass dadurch gegebenenfalls gegenüber der notwendigen Grunddeckung Mehrkosten verbunden sind, ist für den Angestellten nicht entscheidend,

DER ARBEITSVERTRAG ◀- DIE FREMDE KANZLEI

weil die Kosten der Versicherung üblicherweise (so auch ArbG Bad Hersfeld NZA-RR 1999, 629; LAG Hessen NJW 2000, 3372) von der Sozietät getragen werden.

Gelegentlich werden **Mandantenschutzklauseln** vereinbart. Beschränkte Mandantenschutzklauseln, die allein das gezielte Abwerben bisheriger Mandanten verhindern sollen, sind entschädigungslos möglich (BAG NJW 1971, 2245; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 4. Aufl., Rn. 147). Auch wird eine allgemeine Mandantenschutzklausel, die jede Betreuung von Mandanten untersagt, wirksam vereinbart werden können (BGH DB 2000, 1960; Bauer/Diller, a.a.O. Rn. 235c f.). Ohne finanzielle Entschädigung wird es in aller Regel aber nicht gehen. Das wird bestätigt durch § 26 I 2d BORA. Eine stattdessen vereinbarte gegenseitige Mandantenschutzklausel ist jedenfalls dann ungenügend, wenn die Zahl der geschützten Mandate offensichtlich zu Ungunsten des Angestellten verteilt ist (LAG Baden-Württemberg NZA 1985, 739). Ein **Niederlassungsverbot** wird, wenn überhaupt, nur unter Beachtung der § 74 ff. HGB vereinbart werden können. **Mandantenübernahme-klauseln** sehen vor, dass der ausgeschiedene Mitarbeiter Mandanten seines alten Arbeitgebers ohne weiteres weiterbetreuen darf, aber einen gewissen Honoraranteil aus diesen Mandaten an den Arbeitgeber abzuführen hat. Ob sie ohne Zahlung einer Wettbewerbsentschädigung vereinbart werden können, hängt von den Umständen und der Formulierung im Einzelnen ab (hierzu ausführlich: Bauer/Diller a.a.O. Rn. 169 ff. und BAG NZA 2002, 1282).

2. Vertrag als freier Mitarbeiter

Einen vollständigen **Mustervertrag** hat beispielsweise Wettlaufer, S. 209 f. entworfen.

Hinsichtlich der Gefahren einer **Befristung** kann nach oben verwiesen werden.

Der (echte) freie Mitarbeiter wird weiter darauf zu achten haben, dass ihm sein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Einteilung seiner **Arbeitszeit** und des **-ortes** nicht genommen wird. Einschränkungen lassen sich allenfalls mit berechtigten Belangen der Vertrag schließenden Sozietät im Einzelfall rechtfertigen. Es ist aber selbstverständlich, dass vereinbarte Termine zur Abgabe der Arbeiten einzuhalten sind. Die Absprache solcher Fristen lässt auch den Charakter des Vertrages unberührt.

Der freie Mitarbeiter sollte Wert legen auf eine klare Definition des angedachten **Aufgabenbereiches**. Empfehlenswert ist die Regelung, dass der freie Mitarbeiter die Übernahme der ihm angetragenen Aufgaben ablehnen kann. Das ist nicht nur ein entscheidendes Merkmal für den Vertragscharakter, sondern sichert den Mitarbeiter auch vor einer zu intensiven Inanspruchnahme. Diese je nach der Situation des Betroffenen sinnvolle Beschränkung des **Arbeitsumfangs** lässt sich dadurch verstärken, dass eine Begrenzung des Stundenkontingents aufgenommen wird, das von dem Mitarbeiter zu leisten ist.

Hinsichtlich der **Vergütungsform** sind verschiedene Gestaltungen denkbar: Etwa die Vereinbarung eines Pauschalbetrages oder eines Stundenhonorars (jeweils zzgl. MwSt.). Beide Varianten sind in ihrer Reinform mit Risiken behaftet. Je nach Inanspruchnahme des freien Mitarbeiters kann die Pauschalvergütung zu einer unangemes-

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

sen niedrigen Bezahlung und die Vereinbarung eines Stundenlohns im Extremfall dazu führen, dass man in einem Monat überhaupt nichts verdient. Von daher empfiehlt sich regelmäßig eine Kombination: Vereinbarung einer Grundvergütung, die sich an der Höhe der erwarteten Inanspruchnahme orientiert; zusätzlich ein Stundenhonorar für die Stunden, die über die angenommene Anzahl hinausgehen. Die **Vergütungshöhe** wird sich zunächst an den für Arbeitnehmer gezahlten Werten zu orientieren haben. Wegen der ersparten Sozialabgaben und des Wegfalls eines Urlaubsgeldes und der Weihnachtsgatifikation liegt aber ein angemessener Aufschlag nahe. Deswegen sollte der Stundensatz nicht unter 15-16 Euro netto liegen. Zumindest eine Teilübernahme von Spesenkosten dürfte üblich sein, eine vollständige Zahlung von Versicherungs- und Kammerbeiträgen hingegen eher ausscheiden. Bei manchen örtlichen Anwaltskammern kann man insoweit die regionalen Üblichkeiten erfragen.

Nach den BRAK-Mitt. 6/2003 wurden 2001 im Westen pro Monat durchschnittlich knapp 6.500 DM an freie Mitarbeiter gezahlt, im Osten 5.100 DM. Im Westen soll die Vergütung im Jahr 2002 auf etwa 3.400 Euro gestiegen sein (DAV-Depesche Nr. 12/05 vom 24. März 2005). Ausweislich einer weiteren Untersuchung (BRAK-Mitt. 2/2006) soll das durchschnittlich gezahlte Honorar je nach den Umständen zwischen 2.000 Euro und 4.500 Euro liegen.

Der freie Mitarbeiter hat in der Regel keinen Anspruch auf die Gewährung von Urlaub. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist (Definition in § 12a TVG). Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme einer Urlaubsregelung empfehlenswert. Soll der Charakter des Vertrages nicht gefährdet werden, verbietet sich allerdings die Bezahlung der Urlaubstage wie auch die Vereinbarung einer **Lohnfortzahlung im Krankheitsfall**, auf die der freie Mitarbeiter auch als arbeitnehmerähnliche Person keinen Anspruch hat.

Probleme mit der **Zulassung** zur Rechtsanwaltschaft wird es anders als bei einem angestellten Rechtsanwalt (siehe dazu oben C I) nicht geben, jedenfalls wenn es sich um ein echtes freies Mitarbeiterverhältnis handelt. Denn hier wird der freie Mitarbeiter seiner Kanzleipflicht an dem von ihm gewählten Ort ohne weiteres nachkommen können. Wer einer **Nebentätigkeit** nachgehen will, sollte sich dies im Vertrag vorsorglich ausdrücklich gestatten lassen, nicht zuletzt damit klar ist, dass keine abweichende Vereinbarung getroffen worden ist (wäre schädliches Indiz für Arbeitnehmereigenschaft).

Die Vereinbarung von **wettbewerbsbeschränkenden Abreden** ist nicht ohne Grenzen möglich. Zwar sind die §§ 74 ff. HGB auf (echte) freie Mitarbeiter grundsätzlich nicht anwendbar. Insbesondere bei wirtschaftlich (BAG NZA 1997, 1284; BGH NJW 2003, 1864) und/oder sozial (OLG München GmbH R 1997, 210) abhängigen freien Mitarbeitern gelten aber Besonderheiten. In diesen Fällen wird davon auszugehen sein, dass ein umfassendes Wettbewerbsverbot eine angemessene Karenzentschädigung voraussetzt. Weitere Schranken ergeben sich aus § 26 BORA. Darüber hinaus wird allgemein im Hinblick auf § 138 BGB die Reichweite des Wettbewerbsverbots angemessen beschränkt werden müssen. So werden etwa Mandantenschutzklauseln – sofern sie zwischen Anwälten überhaupt wirksam vereinbart werden können – unzulässig sein, die die Übernahme von

DER ARBEITSVERTRAG ◀ DIE FREMDE KANZLEI

Mandaten für solche Personen verbieten, die die Kanzlei das letzte Mal vor mehr als zwei Jahren mandatiert hatten (BSG BB 2003, 2643).

Auch bei einem Vertrag als freier Mitarbeiter muss man den **Versicherungsfragen** besondere Aufmerksamkeit zukommen lassen. Auch hier können etwa je nach den Umständen des Einzelfalls Gefahren wegen einer Nichteinbeziehung des freien Mitarbeiters in die Sozietätsversicherung oder bei fehlendem Gleichklang der Haftpflichtversicherungen des freien Mitarbeiters und der Sozietät drohen. Nach Möglichkeit sollte der freie Mitarbeiter im Innenverhältnis eine Haftungsfreistellung zumindest von Folgen fremder, am besten auch eigener leicht fahrlässiger Pflichtverletzungen durchsetzen.

Insbesondere bei unbefristeten Verträgen ist auf die Behandlung der **Kündigungsfristen** zu achten. Ohne gesonderte Regelung gilt § 621 BGB. Empfehlenswert kann je nach Situation eine Staffelung der Kündigungsfristen – abhängig von der Dauer des Vertrages – sein.

3. Risiken eines „verkappten“ Arbeitsverhältnisses

Zumindest vor Anfang 1999 soll es auch in Anwaltskanzleien vorgekommen sein, dass insbesondere mit Berufsanfängern zur Einsparung von Sozialabgaben Verträge als freie Mitarbeiter geschlossen worden sind, die Betroffenen aber so eingesetzt wurden, als wären sie Arbeitnehmer (Verpflichtung zur Einhaltung der Kanzleistunden, Anwesenheitspflicht, Weisungsunterworfenheit etc.).

Das war schon zu diesen Zeiten, als das Schreckwort „Scheinselbstständigkeit“ noch nicht so verbreitet war, riskant. Jedenfalls heute aber sollten solche Konstruktionen unterbleiben.

Im Folgenden können aus Platzgründen nur die Grundsätze wiedergegeben werden. Im Einzelfall sind daher Besonderheiten möglich.

a. Risiko: Allgemeine Sozialversicherungspflicht des freien Mitarbeiters

§ 7 SGB IV definiert den Begriff der Beschäftigung, nach dem sich die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich richtet (§ 2 SGB IV). Danach ist jede nichtselbstständige Arbeit, besonders in einem Arbeitsverhältnis, eine (sozialversicherungspflichtige) Beschäftigung. Gem. § 7 I SGB IV stellen eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers Anhaltspunkte für eine Beschäftigung dar.

Das entspricht der Rechtsprechung, wie sie sich im Arbeits- und Sozialrecht durchgesetzt hat: Die Parteien können nämlich nicht allein durch die Vertragsbezeichnung konstitutiv ein freies Mitarbeiterverhältnis begründen. Allein entscheidend war und ist die tatsächliche Handhabung des Vertrages; nur wenn sie beides zulässt, entscheidet der Wille der Vertragsparteien (BAG NJW 1998, 3661; bedenklich BSG BB 1981, 1581). Ist aber dem Mitarbeiter ohne sachlichen Grund zur Umgehung des Sozialschutzes nur ein Vertrag als freier Mitarbeiter angeboten

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

worden, so muss sich der Dienstgeber so behandeln lassen, als hätte er einen Arbeitsvertrag geschlossen (BAG BB 1974, 838).

Beim eingangs skizzierten Fall eines in die Kanzlei eingebundenen „freien Mitarbeiters“ wird daher in aller Regel in Wahrheit schon ein Arbeitsverhältnis, jedenfalls aber eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegen, ohne dass es noch auf eine weitere Prüfung ankäme.

Wenn der Mitarbeiter daher der Sozialversicherungspflicht unterliegt, treffen den Arbeitgeber regelmäßig erhebliche Nachzahlungspflichten. Er muss nämlich grundsätzlich rückwirkend sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil des Sozialversicherungsbeitrages abführen. Bei nur fahrlässig unterlassener Abführung der Beiträge verjähren aber die Ansprüche der Sozialversicherungsträger gegen den Arbeitgeber auf Nachentrichtung in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind (§ 25 SG B IV). Bei auch nur bedingtem Vorsatz gilt eine 30-jährige Verjährungsfrist. Erleidet der Mitarbeiter wegen der zeitlich beschränkten Rückversicherung einen Versorgungsschaden, haftet der Arbeitgeber ihm gegenüber grundsätzlich auf Schadensersatz. Vom Mitarbeiter kann sich der Arbeitgeber in aller Regel nur im Wege des Lohnabzugsverfahrens bei den nächsten drei Gehaltszahlungen einen Teil der Arbeitnehmerbeiträge wiederholen (§ 28g SG B IV). Ist der Mitarbeiter also zwischenzeitlich ausgeschieden, bleibt der Arbeitgeber regelmäßig auf seinen Zahlungen allein sitzen.

Das klingt zwar auch für den anwaltlichen Mitarbeiter zunächst ganz gut. Es lauert für ihn aber eine Falle in anderer Hinsicht: Stellt sich nämlich eine rückwirkende Versicherungspflicht heraus, fließen die nachzuzahlenden Rentenversicherungsbeiträge nicht an das Versorgungswerk, sondern an die BfA. Denn eine rückwirkende Befreiung gemäß § 6 11 Ziff. 1 SG B VI wird regelmäßig nicht in Betracht kommen (§ 6 IV SGB VI). Diese Umstände können gegebenenfalls sogar zu unzusammenhängenden und/oder unvollständigen Versicherungsverläufen führen, dann nämlich, wenn nach der Satzung des Versorgungswerkes die Zeiten in der Vergangenheit nur noch als Zusatzversorgung anzuerkennen sind. Sich hier auf eventuelle Schadensersatzverpflichtungen des Arbeitgebers zu verlassen, ist riskant.

Je nach den Umständen des Einzelfalls kann eine rückwirkende Versicherungspflicht verhindert werden (Einzelheiten in §§ 7a-c SGB IV). Hierfür ist aber unter anderem entweder die rechtzeitige Durchführung eines Anfrageverfahrens oder das Vorliegen einer der gesetzlichen Absicherung (Krankheit und Rente) entsprechenden Eigenvorsorge des Mitarbeiters notwendig.

b. Risiko: Steuerliche Lasten

Mit der (auch steuerlichen) Qualifizierung als Arbeitnehmer geht notwendigerweise der Status als Unternehmer verloren. Folglich durfte der Mitarbeiter die ihm von anderen Unternehmern in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht von seiner eigenen Steuerlast absetzen. In dem Umfang, in dem er dies getan hat, ist eine Nachzahlung an das Finanzamt erforderlich. War es gar zu Erstattungsleistungen des Finanzamtes

DER ARBEITSVERTRAG ◀- DIE FREMDE KANZLEI

gekommen, sind auch diese zurückzuzahlen. Zudem hat der Mitarbeiter in seinen Rechnungen zu Unrecht Umsatzsteuer ausgewiesen. Es besteht das Risiko, dass er die insoweit an das Finanzamt bereits in der Vergangenheit abgeführten Beträge vom Finanzamt nicht zurückfordern kann (§ 14 III UStG). Ein Erstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber scheidet aus (OLG Düsseldorf AnwBl 1987, 200).

Soweit der Arbeitgeber zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet ist, muss der Arbeitnehmer diese als fiktive Einnahmen versteuern. Zudem wird seine eigene Gewinn- und Verlustrechnung falsch. Zwar ist dem Arbeitnehmer jetzt der Werbungskostenabzug erlaubt, doch hat er in der Regel Betriebsausgaben geltend gemacht, die als Werbungskosten nicht berücksichtigungsfähig sind (z.B. Kraftfahrzeugkosten!). Es wird in der Regel also auch eine nicht unerhebliche Einkommensteuernachzahlung erforderlich.

■ III. Rentenversicherungspflicht des echten freien Mitarbeiters gem. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI

Ergibt sich bei der Prüfung gemäß § 7 SGB IV, dass keine generell sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, kann der dann echte freie Mitarbeiter trotz seiner Selbstständigkeit in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen sein, dann nämlich, wenn die Voraussetzungen des § 2 S. 1 Ziff. 9 SGB VI vorliegen.

Gemäß § 2 S. 1 Ziff. 9 SGB VI unterfallen all die Personen der Rentenversicherungspflicht, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Anders als bei einem Berufsanfänger, der seine eigene Kanzlei gründet, können diese Voraussetzungen bei dem, der sich im Wesentlichen auf eine Zuarbeit für eine fremde Kanzlei beschränkt, durchaus vorliegen. Deshalb kann es sich in diesen Fällen empfehlen, vorsorglich einen Befreiungsantrag bei der BfA zu stellen.

Das ist jedenfalls für die ersten drei Jahre nach erstmaliger Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit, die die genannten Merkmale erfüllt, unproblematisch möglich (§ 6 Ia 1 Ziff. 1 SGB VI). Für den Zeitraum danach wird eine Befreiung nur in Betracht kommen, wenn man sich zur Anwaltschaft zulässt (§ 6 11 Ziff. 1 SGB VI).

Unterbleibt ein entsprechender Befreiungsantrag, kann hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Risiken grundsätzlich nach oben verwiesen werden. Sie wirken sich hier aber um so härter aus, als es keinen möglicherweise schadensersatzpflichtigen Arbeitgeber gibt und der Mitarbeiter selbst die vollen Beiträge für die zurückliegende Zeit aufbringen muss. Die Möglichkeit, den Eintritt einer rückwirkenden Versicherungspflicht zu verhindern, ist zudem von vornherein auf die Fälle beschränkt, in denen bereits am 31. Dezember 1998 eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt wurde (§ 231 V SGB VI).

DIE FREMDE KANZLEI -> DER ARBEITSVERTRAG

■ IV. Weiterführende Literaturhinweise

Henssler/Holthausen, Der Eintritt in eine Kanzlei: Gestaltung des anwaltlichen Arbeitsvertrages, BRAK-Mitt. 2001, 132

Knief, Der Rechtsanwalt als Angestellter und freier Mitarbeiter, AnwBl 1985, 59

Rewolle, Der Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter, AnwBl 1978, 388

Seul, Advokatur und Ausbeutung – Die Missachtung des § 26 BerufsO in der etablierten Anwaltschaft, NJW 2002, 197

Trimborn v. Landenberg, Honorare und Vergütung – Die Vergütung angestellter Rechtsanwälte, AdVoice 4/02, 3

Wettlaufer, Angestellter oder freier Mitarbeiter? – Zum Einstieg in eine Anwaltskanzlei-, AnwBl 1989, 194