



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

18. Herbsttagung

vom 26. bis 27. Oktober 2018 in Salzburg

**Die Vertragsgestaltung für mehrere Ärzte durch
einen Rechtsanwalt
– Vertretung widerstreitender Interessen?**

Prof. Dr. Martin Henssler
Direktor des Instituts für Anwaltsrecht
an der Universität zu Köln

Die Vertragsgestaltung für mehrere Ärzte/Kooperationspartner durch einen Rechtsanwalt – Vertretung widerstreitender Interessen?

Prof. Dr. Martin Henssler

Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
Institut für Anwaltsrecht
Universität zu Köln

Gastprofessor Universitäten Florenz / Siena

**Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht
26./27. Oktober 2018**



Übersicht

- I. Ausgangsfälle – Vertretung mehrerer Vertragspartner
- II. Das Prävarikationsverbot – ungelöste Fragen trotz Tradition
- III. Der Tatbestand des § 43a Abs. 4 BRAO – offene Fragen
- IV. Identität der Rechtssache
- V. Interessengegensatz: subjektive oder objektive Bestimmung der Interessenlage
- VI. Der Widerstreit der Interessen bei der Vertretung mehrerer Vertragspartner
- VII. Die Bedeutung der Einwilligung - Sozietätskonstellationen
- VIII. Rechtsfolgen eines Verstoßes
- IX. Zusammenfassung und Ausblick



Ausgangsfälle: Medizinrechtlich spezialisierter Rechtsanwalt vertritt mehrere Vertragsparteien

- Verkauf einer Arztpraxis oder eines Anteils an einer Gemeinschaftspraxis: Rechtsanwalt vertritt Verkäufer und Käufer bei der Gestaltung des Vertrags
 - Zulässigkeit?
- Kooperationsvertrag zwischen Arzt und Krankenhaus: Rechtsanwalt vertritt sowohl den Arzt als auch das Krankenhaus bei der Gestaltung des Vertrags
 - Zulässigkeit?
- Gestaltung von Gesellschaftsverträgen einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis im Auftrag sämtlicher Gesellschafter
 - Zulässigkeit?
- Beratung und Gestaltung eines Gesellschafterwechsels im Auftrag aller Beteiligten
 - Zulässigkeit?

Ausgangsfälle: Offene Fragen

- Liegen Widerstreitende Interessen vor?
- Welche Bedeutung hat die einvernehmliche Beauftragung?
- Kann die Vertretung auf die Wahrnehmung bestimmter (nicht kollidierender) Interessen begrenzt werden?
- Welche Bedeutung kommt generell der Einwilligung der Mandanten zu?
- Bestehen Erleichterungen in Sozietätskonstellationen?
- Was sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 43a Abs. 4 BRAO iVm. § 3 BORA?

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen

§ 43a Abs. 4 BRAO: „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“

§ 3 BORA Widerstreitende Interessen, Versagung der Berufstätigkeit

- (1) ¹Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne des § 45 Bundesrechtsanwaltsordnung beruflich befasst war. (...)
- (2) ¹Das Verbot des Abs. 1 gilt auch für alle mit ihm in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft gleich welcher Rechts- oder Organisationsform verbundenen Rechtsanwälte. ²Satz 1 gilt nicht, wenn sich im Einzelfall die betroffenen Mandanten in den widerstreitenden Mandaten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen. ³Information und Einverständniserklärung sollen in Textform erfolgen.
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für den Fall, dass der Rechtsanwalt von einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft zu einer anderen Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft wechselt.

Interessenkollisionen: Breite Relevanz bei unterschiedlichen Zuständigkeiten

- **Strafrecht:** Verstoß gegen § 356 StGB
- **Berufsrecht:** Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO iVm. § 3 BORA sowie § 45 BRAO
 - Verhältnis inkohärent, intransparent, lückenhaft
 - Anwaltsgerichtliche Entscheidung:
 - Rüge gem. §§ 74, 74a BRAO
 - Verwaltungsrechtliche Anwaltssachen (§ § 112a ff. BRAO): AGH, Anwaltssenat des BGH
 - missbilligende Belehrung § 73 Abs. 2 BRAO
- **Studie:** RA muss im drei Jahreszeitraum im Schnitt fünf Mandate wegen Interessenkonflikts ablehnen.

§ 43a Abs. 4 BRAO: Tatbestand und offene Fragen

1. **Identität der Rechtssache** – Frage: Wie erfolgt die Abgrenzung „derselben Rechtssache“?: Unklar!
2. **Interessen** – Frage: Wie sind diese zu bestimmen: objektiv oder subjektiv?: M.E. subj., a.A. Anwaltssenat
3. **Widerstreit** – Frage: Reichen abstrakte oder gar potentielle, künftige Konflikte aus?: Nein!
4. **Vertretung** – Frage: Muss die Vertretung jeweils innerhalb eines anwaltlichen Mandatsverhältnisses erfolgen? : M.E. ja, aber streitig
5. **Befassung eines Sozietätskollegen mit dem kollidierenden Mandat** bei fehlender Einwilligung der Mandanten - Frage: Wie weit reicht die Erstreckung in Sozietätssachverhalten?

Die Identität der Rechtssache – ein erster Filter

- Eine Teilidentität des Lebenssachverhalts reicht aus – Ausgangspunkt aller Probleme – völlig unbestimmt
- Abzustellen ist auf die „**Rechtssache**“, also (1) dasselbe Rechtsverhältnis und (2) auf rechtlich erhebliche Umstände, die in beiden Mandaten von rechtlicher Bedeutung sind.
- **Wirtschaftliche** Verbindungen, die keinen unmittelbaren Bezug zu den **rechtlichen** Interessen der Mandanten bzw. zu den Rechtsstreitigkeiten haben, müssen unberücksichtigt bleiben.
- Die Mandanten müssen in den zu beurteilenden Verfahren nicht Partei und Gegenpartei im verfahrensrechtlichen Sinne (sog. Verfahrensidentität) sein. Die Parteien müssen aber in beiden Streitigkeiten materiell beteiligt sein, weil es um dasselbe Rechtsverhältnis geht.

Objektive oder subjektive Interessenbestimmung?

BGH, Beschl. v. 4.2.2010 – IX ZR 190/07, BeckRS 2010, 04533:

„Der in der Vergangenheit zum Tatbestand des Parteiverrats geführte **Meinungsstreit**, ob die maßgeblichen Interessen mehrerer von einem einzelnen Rechtsanwalt vertretenen Mandanten objektiv zu bestimmen sind oder nach deren subjektiv verfolgten Zielen, **ist überholt**. Es besteht im Grundsatz **Einigkeit, dass den subjektiven Vorstellungen der Mandanten entscheidende Bedeutung zukommt**.“

BVerfG, Beschl. v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150, 162 = NJW 2003, 2520, 2521:

„Dies bedeutet indessen nicht, dass die Definition, was den **Interessen des eigenen Mandanten** und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten **ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten** vorgenommen werden darf.“

BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16, NZI 2017, 866: Tendenz zur subjektiven Auslegung.

LG Karlsruhe, Urt. v. 31.1.2007 – 3 O 465/06, BeckRS 2007, 13800: Fall des Praxisverkaufs

„Im Übrigen stünde Rechtsanwalt Z. – eine gemeinsame Beauftragung durch sie (Kl.) und den Bekl. unterstellt – kein Vergütungsanspruch gem. § § 611 ff. BGB zu. Ein solcher Beratungsvertrag wäre ... nichtig. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich Rechtsanwalt Z. gleichzeitig eines Parteiverrates gem. § 356 StGB schuldig gemacht hätte, wofür erhebliche Anhaltspunkte vorliegen, wenn er tatsächlich - wie von ihm ausweislich der geltend gemachten Erhöhungsgebühr angenommen - die Interessensvertretung sowohl des Bekl. als auch der Kl. übernommen hätte. Der Beratungsvertrag über die nähere Ausgestaltung der Veräußerung bzw. des Erwerbs des Praxisanteils der Kl. hätte auch dann gegen § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen, wenn die Vertragsparteien deutlich gemacht hätten, dass sie sich in allen Punkten einig gewesen wären und widerstreitende Interessen bei der Beratung nicht deutlich geworden wären.“

LG Karlsruhe, Urt. v. 31.1.2007 – 3 O 465/06, BeckRS 2007, 13800:

Die widerstreitenden Interessen lagen auf der Hand, denn das Interesse der Kl. war darauf gerichtet, ihren Praxisanteil zu einem möglichst hohen Preis zu für sie günstigen rechtlichen Konditionen zu veräußern, während das Interesse des Bekl. darauf zielte, den Anteil zu einem möglichst niedrigen Preis zu für ihn günstigen Bedingungen zu erwerben. RA Z. durfte deshalb nicht beide Parteien gleichzeitig vertreten. Es mag zwar sein, dass nicht jeder Fall der gleichzeitigen Vertretung von Parteien in derselben Angelegenheit zu einem Interessenskonflikt führt; selbst, wenn man jedoch dieser Auffassung beitrifft, wonach der Interessengegensatz nicht abstrakt von der objektiven Interessenlage der Partei herkomme, sondern in der Weise zu bestimmen ist, welches Ziel die Partei – subjektiv – verfolgt haben will und welchen Inhalt der dem Rechtsanwalt erteilte Auftrag hat, ist ein derartiger Interessengegensatz nach dem oben Gesagten gegeben.

Objektive oder subjektive Interessenbestimmung

BGH, Urt. v. 23.4.2012 – AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039

Sachverhalt:

- Rechtsanwältin R vertritt Mandant A im Scheidungsverfahren sowie in der Folgesache des Zugewinnausgleichs gegen seine Ehefrau B.
- Zudem erhebt R für den volljährigen Sohn M der Eheleute Klage auf Zahlung von Kindesunterhalt gegen B.
- Missbilligende Belehrung durch die RAK wegen eines angeblichen Verstoßes gegen § 43a Abs. 4 BRAO.
- R weist darauf hin, dass sowohl A als auch M ihr gegenüber das Einverständnis in eine gemeinsame anwaltliche Vertretung erklärt hätten. M habe keine Interessenkollision gesehen und Unterhaltsansprüche allein gegenüber seiner Mutter durchsetzen wollen.

BGH, Urt. v. 23.4.2012 – AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039:

Entscheidungsgründe:

„Die Interessen, welche der Anwalt im Rahmen des ihm erteilten Auftrags zu vertreten hat, sind **objektiv** zu bestimmen.“

„Ein objektiv vorhandener Interessenwiderspruch lässt sich nicht durch den schlichten Hinweis darauf auflösen, dass der Mandant mit der Mandatserteilung selbst bestimmen könne, in welche Richtung und in welchem Umfang der Anwalt seine Interessen wahrnehmen möge.“

„Ob widerstreitende Interessen bestehen und vertreten werden, kann indessen nicht ohne Blick auf die konkreten Umstände des Falls beurteilt werden. Maßgeblich ist, ob der in den anzuwendenden Rechtsvorschriften typisierte Interessenkonflikt im konkreten Fall tatsächlich auftritt.“

„Unter Berücksichtigung all dieser Umstände fehlt es bei der gebotenen konkret objektiven Betrachtung (im zu beurteilenden Fall) an einem Interessengegensatz.“

BGH, Urt. v. 23.4.2012 – AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039:

Stellungnahme:

- Interesse ist begrifflich ein subjektiv geprägtes Tatbestandsmerkmal
- Mandant ist gegenüber Anwalt grds. weisungsbefugt, dies muss sich auch in der Auslegung des § 43a Abs. 4 BRAO widerspiegeln
- Subjektives Verständnis ist notwendige Reaktion auf die fehlende Dispositivität. Durch Ausgestaltung des Mandats muss der Interessenwiderstreit beseitigt werden können.
- Rechtsprechung führt zur Bevormundung der Mandanten
- Argumentationswirrwarr in der Rspr. ist ein Ärgernis für die auf Rechtssicherheit angewiesene Praxis
- Bei einvernehmlicher Vertretung mehrerer Vertragspartner ist der Rechtsanwalt bei späteren Streitigkeiten allerdings komplett ausgeschlossen.

Folgerungen für die Ausgangsfälle

- M. E. ist die gemeinsame Mandatierung durch mehrere Vertragspartner beim Verkauf eines Praxisanteils / Abschluss einer Kooperationsvereinbarung / Gestaltung von Gesellschaftsverträgen grundsätzlich zulässig, sofern es um den Entwurf eines ausgewogenen Vertragstextes geht.
- Vertreten wird **das gemeinsame Interesse an einem ausgewogenen Vertrag**.
- Wichtig sind klare Absprachen und umfassende Information!
- Empfehlenswert: schriftliche Mandatierung unter Hinweis auf gemeinsames Interesse am Entwurf eines ausgewogenen Vertrags unter entsprechender Beschränkung der Mandatierung (keine Vertretung einseitiger Parteiinteressen).

Folgerungen für die Ausgangsfälle

- Besondere Vorsicht ist geboten, wenn zu einem Teil der Mandanten (etwa Seniorpartnern) bereits langjährige Vertragsbeziehungen bestehen. Über sie und damit verbundene Kenntnisse muss aufgeklärt werden.
- Generell müssen für den Rechtsanwalt erkennbare Interessenkonflikte offen angesprochen werden.
- Der BGH erweitert in jüngerer Zeit kontinuierlich die das öffentlich-rechtliche Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO flankierenden zivilrechtlichen Aufklärungspflichten.
- Angesichts der Rechtsunsicherheit aufgrund widersprüchlicher Signale der Rechtsprechung empfiehlt sich Zurückhaltung bei offenen Streitpunkten zwischen den Parteien.

Der Interessenwiderstreit

- **Widerstreitende** Interessen sind gegensätzliche, widersprüchliche oder unvereinbare Interessen.
- Ein Interessenwiderstreit liegt immer dann vor, wenn die Verwirklichung des einen Interesses unmittelbar zulasten des anderen geht.
- **Potenzielle** oder **künftige Interessenkonflikte** begründen kein Tätigkeitsverbot
- Zulässig ist demnach die Vertretung mehrerer gesamtschuldnerisch haftender Streitgenossen
- Der BGH gewährt Streitgenossen im Normalfall nicht einmal einen Anspruch auf Erstattung der Kosten eines eigenen Anwalts
- Der latente Konflikt aufgrund eines potentiellen Gesamtschuldnerausgleichs gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB wird erst im Regressfall relevant.

BGH, Urt. v. 19.9.2013 – IX ZR 322/12, NJW 2013, 3725: Gemeinsame Vertretung von scheidungswilligen Eheleuten

Sachverhalt:

Der Bekl. suchte am 10.3.2011 gemeinsam mit seiner Ehefrau die klagende Rechtsanwältin zu einer anwaltlichen Beratung in ihrer Scheidungsangelegenheit auf. Zu Beginn des Gesprächs ergab sich, dass die Eheleute unterschiedliche Vorstellungen über die Modalitäten der Trennung und der Scheidung hatten. Wunschgemäß versandte die Kl. das Protokoll über das Beratungsgespräch an sie beide. Die Ehefrau mandatierte daraufhin andere Anwälte. Nachdem die Kl. weiterhin für den Bekl. tätig geworden war, kündigte dieser am 26.4.2011 das Mandat. Die Kl. rechnete ihre Leistungen in Höhe von 1.811,36 Euro gegenüber dem Bekl. ab. Dieser beglich die Rechnung nicht und beauftragte ebenfalls andere Anwälte mit der Vertretung seiner familienrechtlichen Interessen. Die Kl. verlangt von dem Bekl. den berechneten Betrag.

BGH, Urt. v. 19.9.2013 – IX ZR 322/12, NJW 2013, 3725:

Praxisfolgen:

Ein Rechtsanwalt muss scheidungswillige Eheleute vor der Beratung darauf hinweisen,

- dass er im Grundsatz nur einen von ihnen beraten kann,
- dass er bei einer gemeinsamen Beratung nicht mehr die Interessen einer Partei einseitig vertreten darf, sondern die Eheleute nur unter Ausgleich der gegenseitigen Interessen beraten kann, und
- dass er, wenn die Beratung nicht zu einer Scheidungsfolgenvereinbarung führt und widerstreitende Interessen unüberwindbar aufscheinen, das Mandat gegenüber beiden Eheleuten niederlegen muss mit der Folge, dass beide neue Anwälte beauftragen müssen, so dass Kosten für drei Anwälte entstehen.
- Weiter muss er darüber belehren, dass er möglicherweise auch dann, wenn sie eine Scheidungsfolgenvereinbarung treffen, einen der Eheleute im Scheidungsverfahren zur Stellung des Scheidungsantrags nicht vertreten kann, die Eheleute also auch im Fall der einvernehmlichen Scheidung die Kosten für zwei Anwälte tragen müssen, weil diese Frage richterlich noch nicht geklärt ist.

BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16, NZI 2017, 866, Vertretung mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner

Entscheidungsgründe:

- Mit der Mandatsannahme erklärt der RA seine Bereitschaft, fortan die Interessen des Mandanten ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter umfassend zu vertreten.
- Für konkurrierende Interessen Dritter gilt insoweit nichts anderes als für die gegenläufigen Interessen des Gegners des Mandanten.
- Will der Anwalt nur eingeschränkt für den Mandanten tätig werden, hat er dies vor Abschluss des Vertrags klarzustellen.
- Der Mandant kann dann selbst entscheiden, ob er dies hinnehmen oder ob er einen anderen, ausschließlich seinen eigenen Interessen verpflichteten Anwalt beauftragen will. Gleiches gilt, wenn sich nachträglich Interessenkonflikte abzeichnen, die nur ein eingeschränktes Tätigwerden des Anwalts erlauben.

Klares Bekenntnis zu subjektiven Theorie!

**BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16, NZI 2017, 866, Vertretung
mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner**

Entscheidungsgründe:

- Widerstreitende Interessen liegen nicht vor, wenn der RA sich gegenüber mehreren Mandanten verpflichtet, Forderungen gegen denselben Schuldner durchzusetzen und die ZV zu betreiben. Zwar kann der Erfolg des einen Mandanten den Misserfolg des anderen bedeuten, der nicht mehr zum Zuge kommt. Das wäre aber nicht anders, wenn die Mandanten von unterschiedlichen Rechtsanwälten vertreten würden.
- Die Mandatsverträge verpflichten den RA nur, für jeden einzelnen Mandanten das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Bevorzugt der Anwalt den einen vor dem anderen Mandanten, indem er Anträge bevorzugt oder nachrangig stellt, liegen Pflichtverletzungen im Rahmen des Mandatsverhältnisses vor.
- An der grundsätzlichen Vereinbarkeit der Pflichten aus den einzelnen Verträgen ändert sich durch eine solche Pflichtverletzung nichts.

**Anforderungen an das Einverständnis in
Sozietätskonstellationen**

- **Einverständnis ist beim Einzelanwalt bedeutungslos!**
- **In der Sozietät gilt:** Ohne Einverständnis kein Dispens
 - Errichtung von chinese walls können helfen, das Einverständnis zu erreichen, es aber nicht ersetzen
- **Ausdrückliche Erteilung notwendig**
 - nicht konkludent
- **Textform als Soll-Vorschrift** (§ 3 Abs. 2 S. 3 BORA)
 - Beweissicherung
- **Umfassende Information**
 - über Sach- und Rechtslage
 - einzelfallabhängig

Anforderungen an das Einverständnis

- **Vorrang der Verschwiegenheitspflicht** ist bei Aufklärung zu beachten (§ 3 Abs. 5 BORA)
 - notfalls keine Aufklärung und dann auch kein Tätigwerden
- **Tätigwerden erst nach Einverständniserteilung möglich (str.)**
 - Späteres Einverständnis beseitigt bereits verwirklichten Berufsrechtsverstoß nicht, Sicherungen zum Schutz der Verschwiegenheitspflicht können effektiv nicht mehr errichtet werden.
- **Nachträglicher Widerruf des Einverständnisses möglich? (str.)**
 - Richtigerweise kein freies Widerrufsrecht zum Schutz der Gegenseite
 - Anders wenn sich „Zusagen“ nicht einhalten lassen, etwa bei nachgewiesenen Informationsfluss

Entgegenstehende Belange der Rechtspflege

- angelegt als **objektives Korrektiv** zum subjektiven Tatbestandsmerkmal „Einverständnis“.
- Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erfordert die **unabhängige, verschwiegene und geradlinige Wahrnehmung der Mandanteninteressen** durch den Rechtsanwalt
 - Folge: Einwilligung in die Vertretung widerstreitender Interessen muss beim Einzelanwalt unbeachtlich sein (so auch die Regelung des § 3 Abs. 1 BORA)
- Bedeutung dieses einschränkenden Tatbestandsmerkmals in **Sozietätssachverhalten** unklar:
 - hat praktisch bislang in keiner Entscheidung Bedeutung erlangt
 - Gefahren für den Mandanten bestehen nur in erheblich eingeschränktem Umfang

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Tätigkeitsverbot

Berufsrechtliche Sanktionen (Rüge; Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens).

Zivilrechtliche Folgen

- Seit 2004 vom BGH lange Zeit offen gelassen!! Rechtssicherheit?
- BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 und BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16, NZI 2017, 866: Vertrag ist nichtig!
 - Keine vertraglichen Erfüllungsansprüche
 - Auch bei Zustimmung der Mandanten?
 - Denkbar bleiben Ansprüche aus § 812 BGB, wenn sich der Anwalt des Berufsrechtsverstoßes nicht bewusst war, was angesichts der Unbestimmtheit des Verbotstatbestandes häufig der Fall sein kann.
 - Bei vorsätzlichem Parteiverrat Verlust jeglichen Vergütungsanspruchs

Zusammenfassung und Ausblick

- Unvermindert hohe Rechtsunsicherheit ist für den Berufsstand unzumutbar.
- § 3 BORA beseitigt diese Rechtsunsicherheit nur teilweise, zumal Kompetenz der Satzungsversammlung bei Einschränkungen unklar
- Weitgehendes Versagen der Rechtsprechung: Unnötige Kurswechsel und eine unbefriedigende Einzelfalljudikatur bei gleichzeitiger Scheu vor der Festlegung allgemeiner Leitlinien verschärfen die Schwächen des unbestimmten Tatbestands
- Das Eingehen auf einvernehmliche Wünsche der Mandanten ist grundsätzlich kein unethisches Verhalten.
 - Subjektiver Interessenbegriff daher notwendige Reaktion auf tatbestandliche Unschärfe
 - Zumindest in Grenzfällen sollte die Zustimmung der Parteien erheblich sein und die zivilrechtlichen Folgen ausschließen.