

Gernot Rochholz, stud. jur., Institut für Recht und Technik, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsinformatik, Technik- und Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Klaus Vieweg, Wintersemester 2003/2004

Rechtsprobleme der Veräußerung von Anwaltskanzleien und Arztpraxen

- I. Einführende Vorbemerkungen
- II. Gegenstand und Rechtsnatur des Arztpraxis - bzw. Kanzleiübernahmevertrages
 1. Begriff der Freiberuflichen Praxis
 2. Der Vertrag über den Verkauf einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei
 - a. Gegenstand des Praxisübernahmevertrages
 - aa. Der Substanzwert einer Praxis als Gegenstand des Kaufvertrages
 - aaa. Der Substanzwert einer freiberuflichen Praxis
 - bbb. Probleme bei Übereignung des Substanzwertes u. Lösungsansätze
 - bb. Der ideelle Praxiswert („Goodwill“) als Gegenstand des Kaufvertrages
 - cc. Zwischenergebnis für den Bereich des Vertragsgegenstandes
 - b. Rechtsnatur des Praxisübernahmevertrages
- III. Weitere wichtige Regelungsinhalte bzw. Pflichten aus dem Praxiskaufvertrag
 1. Bestehende Miet – und Arbeitsverträge
 2. Eintritt in laufende Verträge, insbesondere in Behandlungs – und Beratungsverträge
 - a. Beendigung der laufenden Arbeitsverträge
 - b. Eintritt in laufende Behandlungs – und Beratungsverträge
 - c. Sonstige laufende Verträge
 3. Verhältnis zu den Mandanten bzw. Patienten in der Phase des Praxisübergangs
 - a. Information der Mandanten und Patienten über den Praxisübergang
 - b. Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit
 4. Konkurrenzschutzklausel bzw. Wettbewerbsverbot
 5. Zwischenergebnis für den Bereich der „weiteren Pflichten aus dem Kaufvertrag“
- IV. Methoden zur Ermittlung des Wertes einer Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis
 1. Grundfälle zur Bewertung von Arztpraxen und Anwaltskanzleien
 - a. Ausgangsfall zur Bewertung einer Einzelpraxis
 - b. Ausgangsfall zur Bewertung eines Soziananteils
 2. Unterscheidung zwischen Substanzwert und „Goodwill“ einer Praxis
 - a. Die Ermittlung des Substanzwertes einer freiberuflichen Praxis
 - b. Ermittlung des „Goodwills“ einer freiberuflichen Praxis
 - aa. Umsatz – und Ertragswertmethode
 - bb. Bewertung des „Goodwills“ von Kanzleien nach der sog. BRAK – Methode
 - aaa. Grundlage für die Bewertung des „Goodwills“
 - bbb. Weitere Schritte zur Ermittlung des „Goodwills“ von Kanzleien
 - aaaa. Vergleich mit dem Umsatz des laufenden Jahres

- bbbb. Festlegung eines geeigneten Multiplikators
- aaaaa. Bei Einzelkanzleien
- bbbbb. Bei Sozietätsanteilen
- cccc. Abzug des kalkulatorischen Anwaltslohns
- cc. Die Bewertung des immateriellen Wertes einer Arztpraxis
- aaa. Der Umsatz als Ausgangspunkt der Bewertung
- bbb. Zu berücksichtigende Zu – und Abschläge
- c. Berechnung des Gesamtwertes einer freiberuflichen Praxis
- 3. Zusammenfassendes Ergebnis für das Problemfeld der Bewertung
- V. Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages
- 1. Verstoß gegen ärztliches bzw. anwaltliches Standesrecht
- a. Nichtigkeit als Folge des Verstoßes gegen das Berufsrecht
- b. Empfehlung des Nachfolgers als Verstoß gegen das Werbeverbot
- 2. Wirksamkeit der Konkurrenzschutzklausel bzw. des Wettbewerbsverbots
- a. Mögliche Beschränkung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG
- b. Regelung eines gültigen Wettbewerbsverbotes für den Praxisverkauf
- c. Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion
- 3. Überlassung der Patienten bzw. Mandantenunterlagen
- a. Kurze Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Überlassung der Unterlagen
- b. Unmittelbarer Schutz durch das Zivilrecht
- c. Verstoß gegen die ärztliche bzw. anwaltliche Schweigepflicht
 - aa. § 203 StGB als Verbotsnorm
 - aaa. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit
 - bbb. Schutz bedeutender Rechtsgüter über § 203 StGB
 - ccc. Zwischenergebnis
 - bb. Weitergabe als Verwirklichung des Tatbestandes von § 203 StGB
 - aaa. Schutzgut des § 203 StGB
 - bbb. Weitergabe der Klienten – bzw. Mandantenkartei als „Offenbaren“
 - ccc. Mögliche Ausschlussgründe für die Verwirklichung von § 203 StGB
 - aaaa. Überlassung der Unterlagen an einen Berufsgenossen
 - bbbbb. Offenbarung nach rechtmäßiger Kenntnisnahme
 - cccc. Praktische Folgerungen
 - ddd. Ergebnis für den Bereich des Tatbestandes von § 203 StGB
 - cc. Mögliche Rechtfertigungsgründe für die Weitergabe der Unterlagen
 - aaa. Rechtfertigung durch sozialadäquates Verhalten
 - bbb. Rechtfertigung durch ausdrückliche Einwilligung
 - ccc. Rechtfertigende Wirkung eines Widerspruchsverzichts
 - ddd. Rechtfertigung durch schlüssiges Verhalten
 - eee. Rechtfertigung durch eine mutmaßliche Einwilligung
 - aaaaa. Weitergabe der Unterlagen im objektiven Interesse der Patienten bzw. Mandanten

- bbbb. Möglichkeit der Patientenbefragung
- cccc. Konsequenz aus dem Ausschluss der Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung
- fff. Zwischenergebnis für den Bereich der Rechtfertigungsgründe
- f. Folgerungen für den Bereich der Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen
 - aa. Zulässige Übergabe der Unterlagen
 - aaa. Einwilligung bzw. schlüssiges Verhalten
 - bbb. Das Zwei – Schrank – Modell
 - ccc. Modifizierung des Zwei – Schrank – Modells
 - bb. Konsequenzen für die vertragliche Praxis
- 4. Zwischenergebnis für den Bereich der Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages

VIII. Schlussbemerkungen

I. Einführende Vorbemerkungen

Mit dem Ende der beruflichen Laufbahn¹[1] besteht mittlerweile nach überwiegender Ansicht sowohl für niedergelassene Anwälte, als auch für Ärzte, die Möglichkeit, ihre eingerichtete Kanzlei bzw. Praxis an einen niederlassungswilligen Kollegen zu verkaufen²[2]. Dadurch wird einerseits für den Veräußerer die Chance geschaffen, sich den darin verkörperten Vermögenswert zu Nutze zu machen und andererseits erleichtert es die Übernahme einer bereits eingeführten Kanzlei oder Praxis dem Erwerber zumeist erheblich, eine berufliche Existenz aufzubauen bzw. diese zu erweitern. Durch den Erwerb einer solchen freiberuflichen Praxis, kann der Käufer nämlich i. d. R. auf einen gewissen Kundenstamm zurückgreifen, der im Laufe der Berufsausübung des Vorgängers aufgebaut wurde, und so zu seinem Gunsten an die bereits bestehenden Kontakte anknüpfen. Gerade im Zeichen der ständig zunehmenden Anwaltsdichte³[3] ist dies häufig der einzige Weg für einen Berufsneueinsteiger, passable Rahmenbedingungen vorzufinden. Aber auch im Bereich der Ärzteschaft besteht ein immer größeres Interesse an der Übernahme einer Altpraxis⁴[4]. Die Probleme, die bei einem solchen Kauf auftreten können, sind jedoch äußerst vielschichtig. Man muss sich in diesem Zusammenhang vor allem vor Augen führen, dass viele Arztpraxen und Kanzleien in der Höhe ihrer Umsätze durchaus den Vergleich mit größeren Wirtschaftsunternehmen nicht scheuen müssen⁵[5] und daher hohe Kaufpreise an der Tagesordnung sind. Deshalb gilt es im Folgenden zu erörtern, welche Probleme im Einzelnen auftreten können. Besonderes Augenmerk wird dabei auf Schwierigkeiten bei der *Festlegung eines angemessenen Kaufpreises* und die *vertragliche Gestaltung*. Dabei wurde auch die neueste Rechtsprechung des BGH berücksichtigt⁶[6].

II. Gegenstand und Rechtsnatur des Arztpraxis- bzw. Kanzleiübernahmevertrages

1. Der Begriff der freiberuflichen Praxis

1 Mögliche Gründe für das Ausscheiden aus dem Berufsleben bei Möller S. 30, Rn. 52.

2 Siehe dazu Eich, Rn. 2 ff; BGH NJW 1965, 580 (580); Kersten / Bühling S. 404, Rn. 3 zu § 35.

3 Zugelassene Rechtsanwälte in Deutschland: 78.822 am 1. 1. 1996 (BRAK – Mittl. 1996, S. 59); 121.420 am 1. 1. 2003 (Diagramm in BRAK – Pressemitteilung vom 16. Mai 2003).

4 So Laufs in NJW 1996, 1571 (1571); Gatzen S. 83.

5 Vgl. FAZ vom 12. 6. 1999, S. 17.

6 Im Bereich der Anwälte richtungsweisend: BGH NJW 2001, 2462; bei den Ärzten: BGH NJW 1992, 737.

Zunächst ist festzustellen, dass sowohl Arztpraxen, als auch Kanzleien der Kategorie der freiberuflichen Praxen zuzurechnen sind⁷[7]. Zu klären bleibt allerdings, was sich genau hinter diesem Oberbegriff verbirgt, da dieser sich wohl aus mehreren Komponenten zusammensetzt. Als solche sind nämlich bereits der ausgeübte Beruf des freiberuflich Tätigen, der örtliche Mittelpunkt dessen selbständiger Arbeit⁸[8] und natürlich die Gesamtheit der Klienten und Patienten⁹[9] anerkannt. Daraus ergibt sich schon, dass sich die Begrifflichkeit der freiberuflichen Praxis nicht nur aus gegenständlichen, sondern auch aus stark *personenbezogenen Elementen* zusammensetzt. Letztere bestehen insbesondere aus der Summe von Beziehungen, Aussichten und Möglichkeiten des betreffenden Freiberuflers und basieren in weitem Umfang auf dem *Vertrauen, das die Auftraggeber „ihrem“ Arzt bzw. Anwalt entgegenbringen*¹⁰[10]. Obwohl dieses Beziehungsgeflecht auf Grund dieser besonders ausgeprägten Personengebundenheit zumeist in seinem Fortbestand eng mit dem jeweiligen Inhaber der Praxis verknüpft ist, kann jedoch gerade in diesem Bestandteil die ureigenste Grundlage einer Praxis gesehen werden¹¹[11] und ist daher für einen potentiellen Nachfolger von besonderem Interesse. Bereits aus den unterschiedlichen Bestandteilen, aus denen sich der Begriff der freiberuflichen Praxis zusammensetzt, wird daher deutlich, wie schwer es im Einzelfall sein kann, diesbezüglich einen Kaufvertrag abzuschließen.

2. Der Vertrag über den Verkauf einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei

Bei Abschluss eines Vertrages über die Veräußerung einer freiberuflichen Praxis, tritt der Erwerber im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die Verhältnisse des Veräußerers ein¹²[12]. Die schuldrechtliche Grundlage zu dieser Übertragung wird im Allgemeinen als *Praxisübernahmevertrag* bezeichnet¹³[13], wobei inhaltlich die Veräußerung der wesentlichen Grundlagen zur Praxisfortführung geregelt wird¹⁴[14]. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bei der Veräußerung einer Praxis nicht zwingend alle dazugehörigen wirtschaftlichen Werte mit erfasst sein müssen¹⁵[15]. Fraglich ist allerdings, was im Einzelfall zu den Gegenständen eines derartigen Vertragsverhältnisses zu rechnen ist.

a. Gegenstand des Praxisübernahmevertrages

Das komplexe Gebilde, das unter dem Begriff einer freiberuflichen Praxis zusammengefasst ist, kann nicht als solches in seiner Gesamtheit übertragen werden. Erforderlich ist vielmehr nach dem *Spezialitätsgrundsatz*¹⁶[16] alle Gegenstände, die zu der Praxis gehören, nach den jeweiligen sachenrechtlichen Vorschriften einzeln zu übertragen. Deswegen muss bezüglich der in Betracht kommenden Vertragsgegenstände auch genau differenziert werden. Wie bereits angeklungen ist, setzt sich der Wert einer freiberuflichen Praxis nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung¹⁷[17], sowohl aus materiellen, als auch aus ideellen Werten zusammen. Die materielle Komponente wird dabei *Substanzwert*, der *ideelle Praxiswert meist „Goodwill“* genannt¹⁸[18]. Da die Vereinigung dieser Werte letztendlich den Gesamtwert einer Praxis bildet, sind auch beide Gegenstand des Vertrages.

7 Vgl. Wollny S. 470, Rn. 2081.

8 Siehe Wollny S. 467, Rn. 2065 und 2067.

9 So auch BGHZ 81, 21 (33 f.); Taupitz in NJW 1996, 3033 (3035).

10 Vgl. Kersten / Bühling S. 404, Rn. 2 zu § 35.

11 Siehe RGZ 153, 280 (284).

12 Vgl. auch Hölters – Semler S. 452, Rn. 29.

13 Dazu u. a. BGH in NJW 1989, 763 (763).

14 So u. a. Wollny S. 472, Rn. 2087.

15 Weiterführend zu dieser Thematik, Brandt in Hermann / Heuer / Raupach zu § 18 EstG, Anm. 320.

16 Vgl. Wieling S. 8, § 1 II 3 a.

17 Vgl. NJW – RR 1987, 327 (327); BGH MedR 1994, 246 (247).

18 Siehe zum Bereich des Gesamtwertes einer Anwaltspraxis, BRAK – Mittl. 1 / 1992 BB 1997, S. 24 – 28.

Allerdings scheint es insbesondere auf Grund sachenrechtlicher Regeln erforderlich, getrennt zu untersuchen, was innerhalb des Vertrages dem Substanzwert oder dem ideellem Wert zuzurechnen ist.

aa. Der Substanzwert einer Praxis als Gegenstand des Kaufvertrages

aaa. Der Substanzwert einer freiberuflichen Praxis

Zu den Gegenständen, die den Substanzwert einer freiberuflichen Praxis ausmachen können, gehören insbesondere die *Einrichtungsgegenstände, die technischen Geräte, die vorhandene Bibliothek und möglicherweise zu übernehmende Geschäftswägen*¹⁹[19]. Aber auch die Materialien, die ein Rechtsanwalt bzw. Arzt als Medium zur Speicherung wichtiger Informationen über seine Kunden verwendet hat, sind diesem Bereich zuzuordnen, ganz gleich, ob sie ursprünglich nur zur persönlichen Erleichterung der täglichen Berufsausübung gedacht waren. Zu diesen zählen vor allem die *Krankenunterlagen, die Patienten – bzw. Klientenkarteien und die Handakten des Rechtsanwalts*²⁰[20]. Diesbezüglich wird allerdings im weiteren Verlauf der Bearbeitung zu erörtern sein, in welcher Weise die Weitergabe solcher vertraulicher Informationen über die Patienten an den Erwerber einer Praxis zu erfolgen hat, damit diese nicht zu einer Unwirksamkeit des gesamten Vertragswerkes führen kann²¹[21]. Neben den soeben angesprochenen körperlichen Gegenständen, können aber ebenso auch ausstehende *Forderungen und möglicherweise vorhandene Bankguthaben* zu dem Substanzwert zu rechnen sein.

bbb. Probleme bei Übereignung des Substanzwertes und Lösungsmöglichkeiten

Häufig unterscheiden sich jedoch bereits in diesem Regelungsbereich die Interessen des Erwerbers und Veräußerers deutlich voneinander²²[22], da Erstgenannter meist aus praktischen Gründen alle Gegenstände, die den Substanzwert ausmachen, mit zum Gegenstand des Vertrages machen möchte, wohingegen der Erwerber wahrscheinlich eine Praxisausstattung haben möchte, die genau seinen Vorstellungen entspricht und wohl auch nicht unbedingt dazu bereit sein wird, für Altforderungen einer Praxis ein Entgelt zu entrichten. Deswegen empfiehlt es sich, dem Kaufvertrag eine *detaillierte Inventarliste* der tatsächlich mitzueräußernden Vermögenswerte beizulegen²³[23], um so Unzulänglichkeiten und Differenzen zwischen den Vertragspartnern bei einer möglichen Pauschalbewertung zu vermeiden. Insbesondere bei der Ausstattung einer modernen Arztpraxis kann eine derartige Vorgehensweise auch von enormer wirtschaftlicher Bedeutung sein, weil deren medizinische Geräte häufig einen beachtlichen Wert darstellen. Da auch in Hinblick auf den sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz die zu übereignenden Gegenstände hinreichend genau konkretisiert sein müssen,²⁴[24] sollte der Vertrag eine detaillierte Regelung bezüglich des Inventars enthalten, die genau nach den einzelnen Werten differenziert²⁵[25]. Dagegen kann der Bestimmtheitsgrundsatz bei dem nun zu erörternden „Goodwill“ nicht relevant sein, weil dieser weder eine Sache, noch eine Forderung darstellt, sondern einen ideellen Wert.

bb. Der ideelle Praxiswert (sog. „Goodwill“) als Bestandteil des Kaufvertrages

¹⁹ Vgl. Englert in BB 1997, 142 (147).

²⁰ Siehe Wollny S. 470, Rn. 2081.

²¹ Einstieg in diese Problematik, bei Roßnagel in NJW 1989, 2303 (2303 ff.); relevant i. B. auf „Wirksamkeit des KV“.

²² So auch Möller S. 50, Fußnote 125.

²³ Siehe Anhang, Nr. 1.

²⁴ Vgl. ständige Rechtsprechung des BGH, u.a. in BGHZ 21, 52 (52 ff.).

²⁵ Siehe Anhang, Nr. 2, als Anhaltspunkt, wie eine solche Regelung in der Praxis aussehen kann.

Neben dem soeben dargestellten Substanzwert, kann jedoch auch der ideelle Praxiswert bzw. „Goodwill“ zu einem Bestandteil des Vertragswerkes werden²⁶[26]. Dazu ist insbesondere das *durch den Praxisnamen bestimmte Wirkungsfeld* des bisherigen Praxisinhabers²⁷[27], und dessen *Beziehungen zu seinem Kundenstamm* zu rechnen²⁸[28]. Problematisch ist allerdings in diesem Zusammenhang, dass vor allem das Verhältnis zum Kundenstamm meist auf *starker persönlicher Gebundenheit* zwischen Kunde und betreuendem Arzt bzw. Anwalt basiert. Deswegen scheint auch auf den ersten Blick nach einem Inhaberwechsel überhaupt kein ideeller Wert mehr vorhanden zu sein, der übertragen werden könnte²⁹[29]. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Erwerber zumindest die *Chance* erhält, die Klienten bzw. Patienten seines Vorgängers für sich zu gewinnen und damit den vorhandenen Kundenstamm als Grundlage für den weiteren Ausbau der Praxis zu verwenden. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass es dem Erwerber im Regelfall gelingen wird, an die Beziehungen seines Vorgängers anzuknüpfen³⁰[30], da die Kunden häufig bereits aus Gewohnheit oder Bequemlichkeit ebenso den Übernehmer der Praxis konsultieren. Gerade wenn auch die *alten Räumlichkeiten* übernommen werden und zudem das *gewohnte Personal* in der Altpraxis verbleibt, besteht dadurch eine beträchtliche Chance, einen Großteil der bisherigen Klienten bzw. Patienten zu halten³¹[31]. Somit führt der Kauf einer bereits eingeführten Kanzlei dazu, dass sich der übernehmende Arzt bzw. Anwalt unangenehme Anlaufschwierigkeiten erspart, indem es ihm leichter fällt, Kunden zu akquirieren. Dieser wirtschaftlich durchaus meßbare Vorteil, stellt damit einen objektivierbaren Wert dar, der zumindest teilweise von der Person des bisherigen Praxisinhabers losgelöst werden kann. Dieser *Wert liegt nämlich auch in der Praxis selbst*³²[32], und nicht ausschließlich in der Person des bisherigen Inhabers. Aus dieser Tatsache ergibt sich dann im Endeffekt auch die Berechtigung für den Veräußerer, die Möglichkeit des Erwerbers, die vorhandenen Kunden weiter betreuen zu dürfen, zu einem entgeltlichen Bestandteil des Kaufvertrages zu machen. Ob diese Chance dann auch genutzt wird, spielt keine Rolle, da dies letztendlich nur von der eigenen Tüchtigkeit des Übernehmenden abhängt³³[33]. Auf Grund dieser Erwägungen ist es auch einsichtig, dass die soeben dargestellte Möglichkeit, einen wesentlichen Bestandteil eines Praxiskaufvertrages darstellt und den Preis einer Praxis nachhaltig beeinflussen kann. In welchem Maße der „Goodwill“ bei der Veräußerung dann aber tatsächlich zu berücksichtigen ist, wird allerdings erst im weiteren Verlauf der Bearbeitung zu erörtern sein.

cc. Zwischenergebnis zu den Ausführungen bezüglich des Vertragsgegenstandes

Auf Grund der bisherigen Ausführungen ist daher festzustellen, dass der Gegenstand des Praxisübernahmevertrages aus der *Übergabe der Sachen und Rechte besteht, die in einer Kanzlei bzw. Arztpraxis zusammengefügt sind*. Darüber hinaus wird durch eine solche Veräußerung insbesondere die *Chance verschafft, an die Beziehungen zum Kundenstamm des Praxisvorgängers anknüpfen zu können*, um so den Aufbau einer eigenen Praxis zu verwirklichen³⁴[34].

b. Rechtsnatur des Praxisübernahmevertrages

²⁶ Für den Bereich der Arztpraxen, siehe z. B. BGH NJW 1991, 1547 (1550).

²⁷ Vgl. Wollny S. 472, Rn. 2088.

²⁸ Dazu auch NJW – RR 1987, 327 (327).

²⁹ Siehe Problemaufriss bei Möller S. 66, Rn. 20.

³⁰ Überzeugendes Beispiel bei Uhlenbruck ArztR 1971, 100 (102); OLG Frankfurt in MedR 1994, 34 (36).

³¹ Vgl. Wollny S. 505, Rn. 2281, der einen Patientenschwund von allenfalls 10 – 15 % annimmt.

³² So Kotzur in NJW 1988, 3239 (3239) mit weiteren Nachweisen.

³³ Dazu RGSt 115, 172 (175).

³⁴ Daraus entwickeltes Regelungsbeispiel bzgl. des Gegenstandes bei Praxisübernahmeverträgen, siehe Anhang, Nr. 4.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

Nach mittlerweile herrschender Meinung wird der Praxisübernahmevertrag in seiner *Gesamtheit als Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB* qualifiziert³⁵[35]. Dennoch müssen im Einzelnen *weitere Vertragspflichten* in das Vertragswerk aufgenommen werden, um den Leistungserfolg, der mit der Veräußerung angestrebt wurde, als Ganzes sicherzustellen. Insbesondere für den, bereits angesprochenen, ideellen Praxiswert sind solche zusätzlichen Pflichten in Betracht zu ziehen, weil dafür die Vorschriften über den Verkauf von Sachen und Rechten nicht entwickelt wurden und daher eventuell modifiziert werden müssen.

III. Weitere wichtige Regelungsinhalte bzw. Pflichten aus dem Praxiskaufvertrag

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird ersichtlich, dass es unerlässlich ist, zumindest kurz auf die wichtigsten Punkte einzugehen, die sonst noch innerhalb eines solchen Kaufvertrages aufgeführt werden sollten. Dieser ist nämlich zwar grundsätzlich formlos wirksam³⁶[36], sollte aber aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vorbeugung vor Streitigkeiten möglichst schriftlich abgeschlossen werden und alle erforderlichen Regelungen enthalten. Diese werden dann zu vertraglich geregelten Pflichten und dienen *insbesondere zur Sicherung des Leistungserfolges*. Die Gesichtspunkte, die in Hinblick auf den Unternehmenskauf entwickelt worden sind, sind dabei weitgehend übertragbar. Teilweise ist jedoch auch erforderlich, auf die Besonderheiten des Verkaufs einer freiberuflichen Praxis Rücksicht zu nehmen und eigenständige Ansätze zu entwickeln

1. Bestehende Miet – und Arbeitsverträge

Wie bereits angesprochen, ist es für den Verbleib von Mandanten häufig von nicht zu unterschätzender Bedeutung, dass die Praxis *in den bisherigen Räumlichkeiten* fortgeführt wird. Falls allerdings die Praxis in gemieteten Räumen untergebracht war, so kann der Erwerber diese nur übernehmen, wenn der Vermieter seinem *Eintritt in den laufenden Mietvertrag* zustimmt, oder ein neuer Vertrag zwischen ihm und dem Vermieter über die Miete der Räumlichkeiten abgeschlossen wird³⁷[37]. Dies Möglichkeiten sollten daher bereits vor Vertragsschluß geklärt werden, oder es sollte diesbezüglich im Kaufvertrag eine *Bedingungsklausel oder ein Rücktrittsrecht* vereinbart werden³⁸[38]. Weiterhin ist es aus Mandantensicht im Sinne der Kontinuität der Praxis meist wichtig, die *bisherigen Mitarbeiter weiter zu beschäftigen*³⁹[39]. Dadurch kann nämlich der persönliche Kontakt der Mitarbeiter zu den Kunden ausgenutzt werden, da es leichter fällt, diese in der gewohnten Umgebung zu einem Verbleib in der Praxis zu bewegen. Nach § 613 a BGB gehen zwar die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen uneingeschränkt auf den Erwerber über⁴⁰[40], den Arbeitnehmern steht es jedoch frei, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses zu widersprechen und damit zu kündigen⁴¹[41]. Diese Möglichkeit ergäbe sich nämlich aus dem höchstpersönlichen Charakter der Dienstleistung und aus dem Grundrecht „auf freie Wahl des Arbeitsplatzes“, vgl. Art. 12 GG⁴²[42]. Auf Grund dieser Unsicherheit sollte daher mit den bisherigen

35 Vgl. Wollny S. 471, Rn. 2082; Laufs / Uhlenbruck, Rn. 3 zu § 19; Uhlenbruck in ArztR 1971, 100 (103); vgl. jetzt auch § 453 I BGB

36 Etwas anderes ergibt sich nach § 313 BGB nur, wenn zusätzlich ein Grundstück mit übertragen wird. Dann wird u. U. der gesamte Vertrag formbedürftig, vgl. Siegle / Maurer in NJW 1984, 2657 – 2662.

37 Siehe Möller, S. 51, Fußnote 126.

38 Vgl. Regelungsbeispiel im Anhang, Nr. 5.

39 So Krause, S. 14; Lautenschläger / Raffelsieper, S. 27.

40 Dies gilt auch für freiberufliche Praxen, vgl. MüKo – Schaub zu § 613 a, Rn. 22; Lautenschläger / Raffelsieper, S. 28.

41 Siehe ständige Rechtsprechung des BAG, u. a. in NZA 93, 795; BAG in NJW 1994, 2170 und 2245.

42 Weiterführende Ausführungen bei BAG in NJW 1993, 3156 (3157).

Mitarbeitern ein *ausdrücklicher Übergang des Arbeitsverhältnisses festgesetzt*⁴³[43], bzw. mit dem Verkäufer vertraglich vereinbart werden, auf die *Fortführung der bestehenden Arbeitsverhältnisse hinzuwirken*⁴⁴[44].

2. Eintritt in laufende Verträge, insbesondere in Behandlungs- u. Beratungsverträge

Zum Zeitpunkt der Übernahme einer freiberuflichen Praxis bestehen i. d. R. noch etliche Vertragsverhältnisse zu Kunden, die vom Veräußerer noch nicht vollständig erfüllt wurden. Daher stellt sich zunächst die Frage, ob der abgebende Arzt bzw. Anwalt noch dazu verpflichtet bleibt, die von ihm abgeschlossenen Verträge zu erfüllen. Falls dies nicht der Fall sein sollte ist weiterhin problematisch, ob der Praxiserwerber im Wege der Schuldübernahme⁴⁵[45] in diese Vertragsverhältnisse eintreten kann.

a. Beendigung der laufenden Behandlungsverträge

Auf den Vertrag zwischen einem Arzt bzw. Anwalt finden die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB Anwendung (s. o.). Daraus ergibt sich gem. § 626 BGB auch die *Möglichkeit der Kündigung* des Vertragsverhältnisses, wenn die Fortsetzung aus einem wichtigen Grund nicht mehr zugemutet werden kann. Ein solcher ist auch die *Beendigung der Berufstätigkeit* durch die Veräußerung der Praxis an einen Nachfolger⁴⁶[46]. Auf keinen Fall darf aber die Kündigung und Ablehnung der Weiterbetreuung in einem Stadium erfolgen, in dem dringend Hilfe benötigt wird. Dies ist vor allem im Bereich der ärztlichen Tätigkeit besonders wichtig⁴⁷[47]. Da darüber hinaus das Verhältnis zwischen Anwalt bzw. Arzt zu seinen Kunden von besonderem Vertrauen geprägt ist (s. o.), muss auch die Wertung des § 627 BGB beachtet werden⁴⁸[48]. Demnach muss bei Kündigung seitens eines Anwalts oder Arztes sichergestellt werden, dass der Kunde die notwendige Betreuung auch von einem Dritten erhalten kann. Wenn diesen Anforderungen genüge geleistet wurde, besteht daher die Möglichkeit für den Veräußerer der Praxis, die laufenden Vertragsverhältnisse zu beenden.

b. Eintritt in laufende Behandlungsverträge

Die Schuldübernahme ist in den §§ 414 ff. BGB geregelt. Zugunsten des Gläubigers der geschuldeten Leistung ergibt sich aber aus § 415 BGB, dass die Schuldübernahme von dessen *Genehmigung* abhängt. Dies ist auch sachgerecht, da jedem zustehen sollte, zu wählen, welchen Arzt oder Anwalt er konsultiert⁴⁹[49]. Daher kann grundsätzlich auch das bestehende Vertragsverhältnis nicht ohne *Zustimmung des Patienten* fortgesetzt werden⁵⁰[50]. Der Praxisverkäufer kann daher nicht über das in ihn durch seine Patienten gesetzte Vertrauen disponieren und zu einen Gegenstand des Praxiskaufvertrages machen, indem sein Nachfolger in die bestehenden Vertragsverhältnisse eintritt. Damit kann letztendlich nur die Chance übertragen werden, durch den Einsatz eigener Tüchtigkeit an das bisher existente Vertrauensverhältnis zu den Kunden anzuknüpfen (s. o.). Wie dies im Einzelfall in der Praxis aussehen kann und welche rechtlichen Vorgaben diesbezüglich zu beachten sind, damit die Wirksamkeit des Vertrages nicht gefährdet wird, ist erst später zu erörtern.

43 So Kaiser / Wollny S. 20, Rn. 59.

44 Vgl. Regelungsbeispiel im Anhang, Nr. 5.

45 Zu der grundsätzlichen Möglichkeit, siehe Musielak S.453, Rn. 907.

46 Vgl. Nevian, S. 28.

47 So Deutsch / Geiger, S. 1111.

48 Siehe Palandt – Putzo zu § 627, Rn. 2; Soergel – Kraft zu § 627, Rn. 3.

49 Dazu Uhlenbruck in ArztR 1971, 100 (103).

50 Siehe Krause, S. 14.

c. Sonstige laufende Verträge

Bezüglich der sonstigen laufenden Verträge, wie z. B. bezüglich eines Telefonanschlusses entspricht es gängiger Praxis, diesbezüglich eine *entsprechende Regelung* in den Vertrag aufzunehmen⁵¹[51]. Dabei existieren allerdings in der Regel keine Probleme, da es den Vertragspartner regelmäßig gleichgültig ist, wer die vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.

3. Verhältnis zu den Mandanten bzw. Patienten in der Phase des Praxisübergangs

Zu den zentralen Punkten des Praxiskaufvertrages gehören Regelungen, die das Verhältnis zu den Kunden betreffen. Dabei sind sowohl die *Mandantenpsychologie*, als auch *rechtliche Vorgaben* zu beachten⁵²[52]. Insbesondere sind diesbezüglich Regelungen in Bezug auf die *Information der Kunden* und auf die *Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit* zu treffen.

a. Information der Mandanten über den Praxisübergang

Wie bereits mehrfach angesprochen, ist es wesentlich für die angestrebte Verhinderung der Mandantenfluktuation, möglichst *frühzeitig ein Vertrauensverhältnis* zu dem bisherigen Kundenstamm aufzubauen. Aus diesem Grund wird der Erwerber häufig ein besonderes Interesse daran haben, bei den Klienten, Mandanten oder Patienten eingeführt zu werden⁵³[53]. Wohl nicht ausreichend wäre dabei, lediglich ein standardisiertes Schreiben an alle bisherigen Kunden zu schicken, aus dem hervorgeht, der Inhaber der jeweiligen Praxis habe gewechselt⁵⁴[54]. Eine solche stereotype Vorgehensweise ist nämlich bei einer freiberuflichen Praxis, die in hohem Maße auf persönlichen Vertrauen basiert, nicht angemessen und daher auch wenig erfolgversprechend. Vielmehr muss der Eindruck entstehen, man werde vom Erwerber genauso gut beraten bzw. behandelt⁵⁵[55]. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang, wenn die Kunden von *besonderen Qualifikationen des Erwerbers unterrichtet* werden, die z. B. in besonderen Kenntnissen, Zusatzausbildungen, Spezialisierungen oder Ähnlichem liegen können. Am besten zu bewerkstelligen ist dies auf jeden Fall in persönlichen Einzelgesprächen, die besonders bei den wichtigsten Kunden angeraten scheinen. Da dies allerdings nicht bei allen Kunden gleichermaßen möglich ist, empfiehlt es sich, die schriftliche Benachrichtigung an die Übrigen zumindest so persönlich zu gestalten, dass der Eindruck erweckt wird, man könne an das zum Vorgänger bestehende Vertrauensverhältnis anknüpfen. Die dabei *erforderliche Mitwirkung des Praxisvorgängers sollte man sich vertraglich zusichern* lassen⁵⁶[56].

b. Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit

Noch effektiver als die bloße Information über den Praxisübergang⁵⁷[57] ist die Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit, bei der eine Dauer von mehreren Monaten ideal wäre. Dabei käme der Erwerber nämlich *zwangsläufig mit den Kunden der Praxis in Kontakt* und diese könnten dadurch frühzeitig ein Vertrauensverhältnis zu diesem aufbauen⁵⁸[58]. Weiterhin wäre der Übernehmer

51 Dazu Anhang, Nr. 10.

52 Dazu Möller, S. 51, Rn. 40.

53 Vgl. Wollny S. 473, Rn. 2095.

54 So Wehmeier, Praxiübertragungen in wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufen, S. 192, Rn. 176.

55 Dazu Möller S. 52, Fußnote 129.

56 Siehe Regelungsbeispiel im Anhang, Nr. 11.

57 Vgl. auch Möller S.89, Rn. 148.

58 Vgl. OLG Karlsruhe, WM 1989, 1229 (1230).

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

dadurch *bereits mit den wichtigsten Informationen*, die mit der Praxis zusammenhängen, konfrontiert. Daraus lässt sich bereits ableiten, wie wichtig die Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit sein kann, weshalb eine solche auch im Vertrag zugesichert werden sollte⁵⁹[59]. Weitere Bedeutung erhält die Möglichkeit einer solchen zwischenzeitlichen Zusammenarbeit auch im Bereich der Kaufpreisfestsetzung und bezüglich der Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages.

4. Konkurrenzschutzklausel bzw. Wettbewerbsverbot

Weiterhin hat der Erwerber einer freiberuflichen Praxis zumeist ein erhebliches Interesse daran, dass der Veräußerer nicht mehr in seinem bisher ausgeübten Beruf tätig wird bzw. die Tätigkeit nicht im näheren räumlichen Umfeld stattfindet. Deswegen entspricht es mittlerweile bei einem derartigen Verkauf der gängigen Praxis, ein Wettbewerbsverbot bzw. Rückkehrverbot zu vereinbaren⁶⁰[60]. Das damit zusammenhängende Interesse des Erwerbers erhält dadurch seine Berechtigung, dass ein Teil des Kaufvertrages aus dem sog. „Goodwill“ besteht und daher mit der Chance zusammenhängt, die bisherigen Kunden der Praxis nach Tätigkeitsübernahme für sich zu gewinnen⁶¹[61]. *Diese Möglichkeit würde jedoch erheblich geschmälert werden*, wenn der Veräußerer an demselben Ort oder in derselben Gegend eine neue Praxis eröffnen könnte, da dann kein Grund für einen bisherigen Mandanten oder Patienten bestünde, eine andere Vertrauensperson zu suchen. Die Vereinbarung eines solchen Wettbewerbsverbots ist allerdings insbesondere *in Hinblick auf den zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich problematisch*⁶²[62]. Insbesondere bei der Aufnahme einer derartigen Regelung in den Kaufvertrag⁶³[63] ist in Hinblick auf die Wirksamkeit zu beachten, dass eine zu weite Fassung zu einer Nichtigkeit nach § 138 BGB führen kann. Dieses Problem ist aber erst im weiteren Verlauf der Bearbeitung zu erörtern.

5. Zwischenergebnis für den Bereich der „weiteren Pflichten aus dem Kaufvertrag“

Wie bereits mehrfach angesprochen wurde, ist es besonders *schwierig, bei Verkauf einer freiberuflichen Praxis, deren ideellen Wert mit zu übereignen*. Deswegen ist es unumgänglich, neben der Vereinbarung, dass dieser mit zu einem Gegenstand des entsprechenden Kaufvertrages wird, *weitere vertragliche Regelungen* zu treffen. Dies entspricht im Bereich der Unternehmensveräußerung bereits der gängigen Praxis. Besonders die dabei für die Bereiche der Wettbewerbspflichten, Informationspflichten und Arbeitsverträge entwickelten Regelungen, können für den Verkauf einer freiberuflichen Praxis weitgehend unmodifiziert übernommen werden. Es ist aber auf Grund der angesprochenen Besonderheiten (s. o.) zudem innerhalb eines Praxisübernahmevertrages erforderlich, den *Eintritt in laufende Verträge und die Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit* zu regeln. Zunächst muss aus systematischen Gründen darauf eingegangen werden, wie die Bewertung einer Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis zu erfolgen hat. Auch der dabei ermittelte Kaufpreis wird nämlich zu einem wichtigen Gegenstand des Vertragswerkes.

IV. Methoden zur Ermittlung des Wertes einer Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis

Ein äußerst zeitraubendes und zudem meist schwer lösbares Problem bei den Verhandlungen über den Verkauf einer freiberuflichen Praxis, ist die Ermittlung deren Wertes. Dabei kollidiert nämlich das

⁵⁹ Vgl. Regelung im Anhang, Nr. 12; Überleitende Mitarbeit allerdings nur, wenn der Erwerber nicht schon vorher in der Praxis beschäftigt war.

⁶⁰ Siehe BGH DSTR 1997, 1413; BGH NJW – RR 1996, 741 (741).

⁶¹ Vgl. BRAK – Ausschuß – Bericht 1992, S. 27.

⁶² So z. B. BGH DSTR 1996, 1413.

⁶³ Regelung, die der gängigen Praxis entspricht, im Anhang, Nr. 13.

Interesse des Veräußerers, einen möglichst hohen Preis für die abzugebende Praxis zu erzielen, mit der Prämisse des potentiellen Erwerbers, möglichst wenig für die Übernahme ausgeben zu müssen⁶⁴[64]. Daraus resultiert dann im Endeffekt auch das Erfordernis, *möglichst plastische und nachvollziehbare Kriterien für die Ermittlung des Praxiswertes* zu entwickeln. Wie bereits angesprochen, setzt sich der Gesamtwert einer freiberuflichen Praxis aus dem materiellen Substanzwert und dem ideellen Praxiswert bzw. „Goodwill“ zusammen⁶⁵[65]. Obwohl beide Werte letztendlich in der Summe den Praxiswert bilden, existieren für beide Bereiche unterschiedliche Verfahrensschritte. Diese sind grundsätzlich für eine Anwaltskanzlei nicht anders als bei einer Arztpraxis, es ist allerdings zu differenzieren, ob eine vollständige Praxis, oder „nur“ ein Sozietätsanteil veräußert werden soll, da dies den Kaufpreis nachhaltig beeinflusst. Zur besseren Veranschaulichung dienen folgende Beispielskonstellationen:

1. Grundfälle zur Bewertung von Arztpraxen und Anwaltskanzleien

a. Ausgangsfall zur Bewertung einer Einzelpraxis

Der etwas senil gewordene Anwalt A, entschließt sich im Alter von 66 Jahren, seine mehr als 30 Jahre geführte Kanzlei zu verkaufen. Die Räumlichkeiten der Kanzlei befinden im 2. Stock eines Bürogebäudes, das sich im Zentrum der Nürnberger Innenstadt befindet. A hat diesbezüglich einen unbefristeten Mietvertrag mit seinem Freund und Baulöwen B abgeschlossen, der ihm die Räume zu einem „Freundschaftspreis“ überlassen hat. Im Laufe seiner beruflichen Tätigkeit hat der A sämtliche Aufträge, die er an Land ziehen konnte, übernommen und sich auf Grund prall gefüllter Auftragsbücher auch nicht auf ein spezielles Rechtsgebiet spezialisiert. Vor allem seine ehemaligen Klassenkameraden, der Möbelmogul M und der Gebrauchtwagenzar G, aus seiner ehemaligen Oberschule, kontaktierten ihn regelmäßig. Insgesamt machten die Aufträge dieser beiden Mandanten rund 60 % des Umsatzes der Kanzlei aus. Dieser bewegte sich im Jahr 2000 um 870. 000 €⁶⁶[66], 2001 um 740.000 €, 2002 um 595.000 € und im 1. Halbjahr des Jahres 2003 um 300. 000 €. Falls der A einen hoffnungsvollen Junganwalt als Käufer für sein „Lebenswerk“ an Land ziehen kann, so ist er auch gern bereit, diesem nach Übergabe noch beratend zur Seite zu stehen. Er möchte allerdings bei dem Verkauf auch seine Büroeinrichtung (Wert: ca. 120. 000 €), die technischen Geräte (Wert ca. 80. 000 €) und seine etwas in die Jahre gekommene Bibliothek (Wert ca. 40. 000 €) gleich mit an den Mann bringen. Bei Vertragsverhandlungen mit dem hoffnungsvollen und aufstrebenden Junganwalt J bestehen Unklarheiten über den Wert der Kanzlei. Mit welchem Betrag ist dieser anzusetzen? Welche Punkte müssen dabei in besonderen Umfang berücksichtigt werden?

b. Ausgangsfall zur Bewertung eines Sozietätsanteils

Zur leichteren Handhabung sei im wesentlichen auf den vorherigen Sachverhalt verwiesen. Der Unterschied bestünde jedoch darin, dass der A nur als einer von vier Sozien in der oben dargestellten Kanzlei arbeite und daher lediglich zu 25 % an der Kanzlei beteiligt sei. Die Umsätze blieben aber trotzdem in gleicher Höhe. Wie hoch ist der Wert As Sozietätsanteils?

2. Unterscheidung zwischen Substanzwert und „Goodwill“ einer Praxis

Welche Werte zu Substanzwert bzw. „Goodwill“ zu rechnen sind, wurde bereits erörtert⁶⁷[67].

64 Siehe auch Möller in, Die Kanzlei 2000, 362 (362).

65 Für den Bereich der Anwaltskanzlei, u. a. manifestiert BRAK – Mitteilung 1 / 1992 BB 1997, S. 24 – 28.

66 Die Werte sind zur besseren Handhabung für den Bereich der Veräußerung einer Einzelkanzlei unrealistisch hoch angesetzt. Dies ist gerade deswegen erforderlich, da ein Vergleich mit der Veräußerung eines Sozietätsanteils durchgeführt werden soll und diesbezüglich dann die Berechnung zu unrealistischen Ergebnissen führen würde.

67 Siehe Gliederungspunkt II. 2. a. aa und bb.

a. Die Ermittlung des Substanzwertes der freiberuflichen Praxis

Theoretisch unproblematisch scheint die Bewertung der Substanz einer freiberuflichen Praxis, zumal diese genauso wie bei der Veräußerung eines Unternehmens zu erfolgen hat⁶⁸[68]. Dabei sind nämlich lediglich alle Werte, die in diese Kategorie einzuordnen sind, zum *Bewertungsstichtag zu bewerten und anschließend die Posten zu addieren*⁶⁹[69]. Auch bei zu bewertenden Forderungen existieren im Normalfall keine Probleme⁷⁰[70], da dabei die Substanzbewertung stets zum Nennwert zu erfolgen hat. Es ist dabei lediglich zu berücksichtigen, dass diese offenen Forderungen nicht noch um die darauf entfallende Ertragssteuer zu mindern sind. Zur praktischen Handhabung sollte, wie bereits erwähnt, eine detaillierte Inventarliste angelegt werden, die sämtliche Vermögenswerte aufführt und bewertet. Falls vom Erwerber Verbindlichkeiten übernommen werden, so sind diese als Passivposten wertmindernd abzuziehen⁷¹[71]. Es empfiehlt sich dabei, eine Aufstellung in Bilanzform anzufertigen, aus der sich dann letztendlich der Gesamtwert dieses Postens ergibt⁷²[72]. Die darin möglicherweise auftauchenden Forderungen, sind allerdings sicherheitshalber nur in anonymisierter Form aufzuführen, um möglicherweise im Bereich des Datenschutzes auftauchende Probleme zu vermeiden.

Für die Lösung des „Ausgangsfalls a“ ergibt sich entsprechend der vorangegangenen Ausführungen ein Substanzwert von 240. 000 €, der sich aus der Summe der Posten Büroeinrichtung (120. 000 €), technische Geräte (80. 000 €) und Bibliothek (40. 000 €) zusammensetzt. Für den „Ausgangsfall b“ muss dagegen noch berücksichtigt werden, dass der A nur zu 25 % an der Kanzlei beteiligt ist. Dementsprechend ergibt sich der Preis für den Substanzwertanteil aus dem Prozentwert der Mitberechtigung am gesamten Substanzwert, beträgt also nur ein Viertel des bereits ausgerechneten Wertes, also 60. 000 €.

b. Ermittlung des „Goodwills“ einer freiberuflichen Praxis

Deutlich schwieriger als die Ermittlung des Substanzwertes einer Praxis gestaltet sich zumeist die genaue Bewertung deren „Goodwills“. Dieser ideelle Wert ist nämlich äußerst unbeständig und schwer fassbar, da er *im wesentlichen auf den persönlichen Beziehungen des bisherigen Praxisinhabers zu seinem Kundenstamm basiert*⁷³[73]. Es handelt sich nämlich nur um eine Art „geistiges Kapital“. Dabei muss beachtet werden, dass dieser Wert nicht zu einem Handelsobjekt im eigentlichen Sinne verkommen soll, sondern vielmehr auch *standesrechtliche Grundsätze* zu berücksichtigen sind⁷⁴[74]. Bereits als Ausgangspunkt existieren jedoch unterschiedliche Methoden zur Wertbestimmung des „Goodwills“:

aa. Umsatz – und Ertragswertmethode

Ausgehend von dem Ansatzpunkt, die Bewertung einer freiberuflichen Praxis sei nichts anderes, als die Bewertung eines Unternehmens, werden teilweise die diesbezüglich entwickelten Methoden zur Wertbestimmung eines Unternehmens übertragen. Als solche kommt zunächst die Umsatzmethode in Betracht, wobei meist *der Durchschnittsumsatz aus den letzten drei Jahren* berechnet, und auf dieser

68 Vgl. Wollny S. 497, Rn. 2251.

69 So u. a. Englert in BB 1997, 142 (142 ff.).

70 Vgl. dazu BGH NJW 1991, 1547 (1549).

71 Dazu Möller S. 65, Rn. 12.

72 Beispiel für eine solche Bilanz, siehe Anhang, Nr. 7.

73 Siehe Ausführungen in Gliederungspunkt II. 2. a. bb. ; Wollny S. 501, Rn. 2266.

74 Vgl. Mittelbach S. 162, Rn. 483.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

Grundlage der *Geschäftswert pauschal* (z.B. 25 v.H. dieses Betrages) bemessen wird⁷⁵[75]. Als weitere Möglichkeit zur Festlegung des Wertes ist die Ertragswertmethode in Betracht zu ziehen. Diese Methode basiert auf der Überlegung, dass der eigentliche Wert eines Unternehmens in dessen *Fähigkeit besteht, Gewinne bzw. Erträge zu erwirtschaften*⁷⁶[76]. Darauf aufbauend wird dann, ausgehend von den Bruttoumsätzen der letzten Jahre, ein *prognostizierter Jahresumsatz* angesetzt, der allerdings noch um die tatsächlichen und kalkulatorischen Kosten, wie z. B. den fiktiven Eigenlohn des Unternehmers, zu mindern ist⁷⁷[77]. Der auf diese Weise ermittelte sog. „Jahresertrag“ wird anschließend *für mehrere Jahre hochgerechnet* und daraus der Ertragswert des Unternehmens ermittelt. Falls die Umsatz – oder die Ertragswertmethode jedoch tatsächlich für den Bereich der freiberuflichen Praxen angewandt werden, führt dies *i. d. R. zu überhöhten Geschäftswerten*⁷⁸[78]. Dieser Umstand resultiert aus den Besonderheiten der freiberuflichen Praxen im Vergleich zu Unternehmen (s. o.). In diesem Zusammenhang fällt vor allem ins Gewicht, dass das Verhältnis eines Freiberuflers zu seinen Kunden von einem persönlichem Vertrauensverhältnis geprägt ist, wohingegen die Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen und Kunden meist sachbezogen ist. Daher ist es bei Kanzlei bzw. Arztpraxen eine schwer prognostizierbare Frage, wie die Kunden nach einem Inhaberwechsel reagieren⁷⁹[79]. Aus diesem Grund ist es auch beinahe unmöglich, Aussagen bezüglich künftiger Erträge zu treffen. Weiterhin sollte nicht nur unreflektiert auf die Umsätze der letzten Jahre abgestellt werden, da insbesondere Fachärzte und Rechtsanwälte vielfach überdurchschnittlich viel Laufkundschaft haben⁸⁰[80], und somit daraus keine genauen Rückschlüsse gezogen werden können. Deswegen empfehlen die berufsständischen Vereinigungen von Ärzten und Anwälten andere Bewertungsmethoden.

bb. Die Bewertung des „Goodwills“ von Kanzleien nach der sog. BRAK - Methode

Bei der Bewertung von Anwaltspraxen hat sich die Methode durchgesetzt, die ein BRAK – Fachausschuss für diese Problematik entwickelt hat⁸¹[81]. Die Bewertung des Substanzwertes hat dabei nach den bereits dargestellten Kriterien zu erfolgen.

aaa. Grundlagen für die Bewertung des „Goodwills“

Bemessungsgrundlage für den „Goodwill“ ist der *durchschnittliche Nettojahresumsatz der letzten drei vollen Kalenderjahre* vor dem Bewertungsanlass⁸²[82]. Da bei einer anwaltlichen Praxis häufig der Umsatz auf Grund eines hohen Anteils an Laufkundschaft innerhalb des jeweiligen Mandantenstammes stark variiert, wird das *letzte Kalenderjahr doppelt gewichtet*, um der Entwicklung der jüngsten Vergangenheit Rechnung zu tragen. Außerdem müssen möglicherweise von dem ermittelten Umsatz, *außerordentliche anwaltsbezogene Vergütungen*, wie z. B. Vergütungen für die Tätigkeit als Konkursverwalter, Sachverständiger, Repetitor oder Schiedsrichter abgezogen werden, da mit ihrer Wiederkehr nicht gerechnet werden kann⁸³[83]. Die Bewertung des „Goodwills“ auf der

75 Siehe Wollny S. 503, Rn. 2274.

76 Vgl. Möller, Die Kanzlei 2000, 362 (363).

77 Zu dieser Methode siehe u. a. BGH NJW 1973, 98 (100), OLG Frankfurt in NJW – RR 1987, 327 (327).

78 Dazu ausführlich Rabaa / Vogel / Ruck, S. 83.

79 Wie bereits in Gliederungspunkt II. 2. a. bb dargestellt, hat der übernehmende Arzt bzw. Anwalt zwar berechnete Chancen, einen Großteil der bisherigen Kunden für sich zu gewinnen, eine genaue Prognose ist allerdings schwer. Vgl. auch Uhlenbruck in ArztR 1971, 100 (101).

80 Siehe Wollny S. 503, Rn. 2274.

81 Die aktuellste Fassung enthält der Bereich vom 30. 9. 1991 (BRAK – Mittl 1 / 1992, S. 24 ff.).

82 Siehe Möller S. 67, Rn. 22.

83 Vgl. Wollny S. 508, Rn. 2293.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

Basis des Umsatzes hat sich allgemein durchgesetzt⁸⁴[84], weil der Umsatz einerseits mit am leichtesten festzustellen ist, und andererseits eine Abstimmung auf den Ertrag bzw. Gewinn bei Freiberuflern zu sehr von dessen eigenen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf kurzfristige Kostensenkungen abhinge. Es ist allerdings zu beachten, dass auch diese Methode eine gewisse Rentabilität unterstellt, da der Umsatz seine eigentliche Bedeutung nicht um seiner selbst willen besitzt, sondern auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist⁸⁵[85]. Die Abstimmung auf den Umsatz kann jedoch nicht endgültig zur Ermittlung des Wertes einer Anwaltskanzlei dienen, sondern bedarf noch einiger Modifikationen.

Für die Lösung des „Ausgangsfalls a“ ergibt sich daher, dass zunächst die Umsätze der letzten drei Jahre, also 870. 000 €, 740. 000 € und 595. 000 € addiert werden müssen, wobei der Umsatz des letzten Wertes doppelt zu gewichten ist. Daraus ergibt sich die Summe von 2. 800. 000 €. Dieser Wert ist dann durch vier zu teilen, woraus sich ein durchschnittlicher Umsatz der letzten Jahre von 700. 000 € ergibt. Ein Abzug für außerordentliche anwaltliche Vergütungen ist in der gegebenen Konstellation nicht in Betracht zu ziehen. Für den „Ausgangsfall b“ besteht an dieser Stelle noch kein Unterschied.

bbb. Weitere Schritte zur Ermittlung des „Goodwills“ einer Anwaltskanzlei

aaaa. Vergleich mit dem Umsatz des laufenden Kalenderjahres

Zunächst ist ein Vergleich des ermittelten durchschnittlichen Umsatzes mit dem Umsatz des laufenden Kalenderjahres vorzunehmen⁸⁶[86]. Diese Korrektur resultiert aus der Überlegung, dass es bei dem zu vergütenden „Goodwill“ um eine *Chance geht, die der Erwerber künftig nutzen will*, an die Umsätze seines Vorgängers anzuschließen. Die bisherige Bewertung erfolgte aber auf Grund von Werten aus der entfernteren Vergangenheit, weshalb der jüngere Umsatz mit diesen Beträgen verglichen werden muss, damit festgestellt werden kann, ob eine *signifikante Abweichung* besteht. Dies hätte dann nämlich negative Auswirkungen auf den später zu ermittelnden Bewertungsfaktor⁸⁷[87].

Für die Ausgangsbeispiele ergibt sich daher, dass der durchschnittliche Umsatz der letzten Jahre von 700. 000 € mit dem Wert des laufenden Jahres von 300. 000 € verglichen werden muss.

Hochgerechnet auf das Gesamtjahr 2003 bedeutet letzterer Wert eine prognostizierten Umsatz von 600. 000 €, der 100. 000 € niedriger liegt als der ermittelte Durchschnittswert. Dies stellt eine signifikante Abweichung dar. Welche Konsequenzen dies nach sich zieht, wird im weiteren Verlauf erörtert.

bbbb. Festlegung eines geeigneten Multiplikators (bzw. Faktors)

aaaaa. Bei Einzelkanzleien

Weiterhin muss ein geeigneter Multiplikator festgelegt werden, mit welchem der durchschnittlich aus der Anwaltskanzlei erwirtschaftete Umsatz zu vervielfältigen ist. Die Bandbreite dieses Faktors liegt dabei nach berufsüblichen Maßstäben *zwischen 0, 5 und 1, 0 und nur in Extremfällen bis zu 1, 5*⁸⁸[88]. Für eine sachgerechte Festlegung kommt es auf die Betrachtung von *individuellen wertsenkenden und werterhöhenden Merkmalen* an, da diese den sog. Übergabewert der Praxis

⁸⁴ So Kaiser / Wollny S. 59, Rn. 153; Eich S. 9, Rn. 27.

⁸⁵ Dazu Breidenbach in DStR 1991, 47 (50); Englert in BB 1997, 142 (143).

⁸⁶ Siehe zu dieser Korrektur Kaiser / Wollny S. 60, Rn. 155; Möller in MedR 2000, 362 (364).

⁸⁷ Vgl. spätere Ausführungen; aber auch Wollny S. 508 ff., Rn. 2293.

⁸⁸ Siehe Wollny S. 509, Rn. 2293; Eich S. 21, Rn. 39.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

nachhaltig beeinflussen⁸⁹[89]. Als wertsenkende Merkmale kommen insbesondere ein Alter des Praxisinhabers über 65 Jahre, ein weniger als 10 – jähriges Bestehen der Praxis, die Abhängigkeit von wenigen Großkunden, auslaufende Tätigkeiten der Praxis, zu hohe Kosten für angestellte Rechtsanwälte und die Übergabe der Praxis nach Unterbrechung der anwaltlichen Beratung in Betracht⁹⁰[90]. Im Umkehrschluss wirkt es sich natürlich zunächst werterhöhend aus, falls die genannten wertsenkenden Merkmale nicht vorliegen. Weiterhin kann der Betrag des Multiplikators vor allem positiv beeinflusst werden, wenn die abzugebende Praxis eine nicht spezialisierte Ausrichtung besaß, die Kanzlei einen besonders guten Ruf genoss, die Praxis eine günstige Geschäftslage besitzt, die Mietverträge günstig sind, und eine moderne Ausstattung mit übergeben wird⁹¹[91]. Den einzelnen Merkmalen kann jedoch *nicht die gleiche Bedeutung* beigemessen werden. Einerseits können diese nämlich in *unterschiedlicher Intensität* vorliegen⁹²[92], und andererseits kann auch nicht jedes Merkmal für den Erwerber dieselbe Wichtigkeit besitzen. Die Einordnung und Einstufung im Einzelfall ist daher äußerst schwierig⁹³[93], sollte jedoch davon abhängig gemacht werden, wie stark das jeweilige Merkmal den Umsatz bzw. die laufenden Kosten der Kanzlei beeinflusst. Von überragender Bedeutung ist auf jeden Fall die *Bereitschaft zur Vereinbarung einer überleitenden Mitarbeit*, im Zuge derer der übernehmende Anwalt zu den wichtigsten Mandanten in Kontakt treten kann, da so eine größere Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass diese dem Erwerber einen Vertrauensvorschuss geben und ihn weiterhin zu beauftragen. Darüber hinaus ist es auch besonders wichtig, die *vorhandenen Räumlichkeiten* nach Übergabe weiter benutzen zu können (s. o.). Unter Berücksichtigung dieser Punkte ist es dann unter Heranziehung der besonderen Umstände des Einzelfalls⁹⁴[94] möglich, den Multiplikator sachgerecht festzulegen.

Für die Festlegung des Multiplikators im „Ausgangsfall a“ ist daher wertsteigernd zu berücksichtigen, dass die Kanzlei bereits seit über 30 Jahren besteht und damit eingeführt ist, die Räumlichkeiten in Mitten Nürnbergs liegen, keine Spezialisierung gegeben ist und sich der A dazu bereit erklärt, den Erwerber im Zuge einer überleitenden Mitarbeit einzuführen. Wertsenkend wirkt sich allerdings das Alter des A von 66 Jahren aus, da damit auch von einer entsprechend in die Jahre gekommenen Mandantenschaft auszugehen ist, und die starke Abhängigkeit von 2 großen Mandanten, bei denen schwer zu prognostizieren ist, ob diese auch ein Vertrauensverhältnis zu einem „Nicht - Schulkameraden“ aufbauen können. Insbesondere letzteres wirkt sich stark negativ aus, so dass die eigentlich überwiegenden positiven Merkmale nahezu völlig ausgeglichen werden. Zudem ist es auch in nicht unerheblichen Umfang zu berücksichtigen, dass der Umsatz, wenngleich immer auf sehr hohem Niveau liegend, dennoch rückläufig war. Insgesamt scheint daher ein Multiplikator von 0, 8 sachgerecht. Dieser ist anschließend mit dem durchschnittlichen Wert des Umsatzes von 700. 000 € zu multiplizieren, woraus sich ein Wert von 560. 000 € ergibt.

bbbb. Bei Sozietätsanteilen

Grundsätzlich ist festzustellen, dass der Verkauf eines Sozietätsanteils etwas anders gelagert ist, als der Verkauf einer Einzelkanzlei (s. o.). Für die Wertermittlung gelten allerdings dieselben Denksätze. Nur die *Festlegung des Multiplikators divergiert*. Generell ist dieser *deutlich höher* anzusetzen, da sich der Verkauf eines Sozietätsanteils in deutlich geringeren Maße auf die *Kontinuität*

⁸⁹ Dazu BRAK – Mittl. 1 / 1992, S. 24 ff.

⁹⁰ Weshalb sich diese Merkmale im Einzelnen negativ auswirken können, siehe Anhang Nr. 8.

⁹¹ Dazu Möller S. 73, Rn. 61 ff.

⁹² So macht es z. B. einen erheblichen Unterschied für die Kategorie „Bestehen der Kanzlei über 10 Jahre“, ob diese dann tatsächlich 9 Jahre oder gar nur 1 Jahr bestand.

⁹³ Überblick bei Möller S. 88, Rn. 132 ff.

⁹⁴ Vgl. auch Kotzur in NJW 1988, 3239 (3240 f.).

einer Praxis auswirkt, als bei Verkauf einer Einzelkanzlei⁹⁵[95]. Dies ist auch einleuchtend, da in einem solchen Fall die Räumlichkeiten beibehalten werden können, nach wie vor ein persönlicher Kontakt zu den Mandanten besteht, mit einer geringeren Fluktuation bei den Mandanten zu rechnen ist und eine einführende Mitarbeit durch die bleibenden Sozien selbstverständlich scheint.

Auf der Basis dieser Überlegungen ist auch der Multiplikator im „Ausgangsbeispiel b“ höher anzusetzen. Insbesondere kann dann mit einem Verbleib der beiden Großkunden gerechnet werden. Daher scheint in diesem Fall ein Faktor von 1, 0 angemessen. Dieser ergibt in Multiplikation mit dem durchschnittlichen Wert des Umsatzes von 700. 000 € ein Ergebnis von 700. 000 €.

cccc. Abzug des kalkulatorischen Anwaltslohns

-
Von dem Wert, der im vorangegangenen Schritt ermittelt wurde, ist sodann der *kalkulatorische Anwaltslohn abzuziehen*. Diese Vorgehensweise ist mittlerweile sowohl in der Literatur⁹⁶[96], als auch in Rechtsprechung⁹⁷[97] anerkannt. Die Ermittlung des kalkulatorischen Anwaltslohns erfolgt, indem man vom *Jahresgehalt eines Richters* ausgeht, dieses zum Ausgleich der Altersversorgung und der Beihilfen im Krankheitsfall *um 40 % erhöht* und den sich daraus *ergebenden Wert halbiert*. Da sich die Einstufung eines Richters in die jeweilige Gehaltsgruppe primär nach dessen Alter richtet, soll auch für die richtige Bemessung des kalkulatorischen Anwaltslohns das Lebensalter des übergebenden Anwalts entscheidend sein⁹⁸[98]. Nach diesem Schritt steht der Wert des „Goodwills“ fest.

In den dargestellten Beispielfällen richtet sich daher der kalkulatorische Anwaltslohn nach dem Lebensalter des A von 66 Jahren. Daher ist zunächst ein Richter Gehalt der Stufe R 3, das bei circa 50. 000 € liegt, anzusetzen, um 40 % zu erhöhen und anschließend zu halbieren. Dies ergibt einen ungefähren Wert von 35. 000 € für den kalkulatorischen Lohn. Dieser ist im „Fall a“ von den ermittelten 560. 000 € anzuziehen, was im Endeffekt in dieser Konstellation eine Endsumme von 525. 000 für den „Goodwill“ ergäbe. Für den „Ausgangsfall b“ ergibt sich dagegen ein Wert von 700. 000 € abzüglich 35. 000 €, also im Ergebnis 665. 000 €. Bei dem Verkauf eines Sozietätsanteil muss allerdings noch der Mitberechtigungsanteil des ausscheidenden Anwalts, vorliegend von 25 %, berücksichtigt werden. Der Wert des Goodwills beträgt hier also nur ein Viertel des letztgenannten Wertes, also 166. 250 €.

cc. Die Bewertung des immateriellen Wertes einer Arztpraxis

Allgemein durchgesetzt für die Bewertung des „Goodwills“ von Arztpraxen hat sich die sog. „Ärzttekammermethode“⁹⁹[99]. Auch der BGH ist mittlerweile dazu übergegangen, diese Richtlinie der zuständigen Standesorganisation in der Praxis anzuwenden¹⁰⁰[100]. Kernstück dieser Methode ist, genauso wie im Bereich der Anwaltskanzleien, dass der „Goodwill“ *als Chance vergütet wird, an die vorhandenen Beziehungen des Praxisvorgängers zu seinem Patientenstamm anzuknüpfen*.

aaa. Der Umsatz als Ausgangspunkt der Bewertung

95 Siehe Möller in MedR 2000, 362 (367).

96 Dazu u. a. Eich, S. 24; Wollny S. 509, Rn. 2293.

97 So z. B. BGH in NJW 1991, 1547 (1550).

98 Vgl. Kaiser / Wollny S. 63, Rn. 167.

99 Vgl. entsprechende Richtlinie im DÄBl. 1987, S. 926 – 929; Hess / Schirmer, Rn. 1148.

100 Siehe u. a. BGH NJW 1991, 1547 (1548).

Ausgangspunkt ist wiederum der *Umsatz der vergangenen drei Jahre*, da sich darin die Entwicklungschance für den Übernehmer zumindest ansatzweise feststellen lässt¹⁰¹[101]. Diesbezüglich bestehen keine Unterschiede zu der Bewertung von Anwaltskanzleien. An dieser Stelle wird jedoch im Bereich der Arztpraxen bereits ein *kalkulatorischer Arztlohn abgezogen*, dem ein Oberarztgehalt nach 1 b BAT, Endstufe verheiratet mit zwei Kindern, zu Grunde gelegt wird. Von diesem wird je nach Umsatz der Praxis ab 25. 000 € / 50. 000 € / 100. 000 € / 150. 000 € jeweils 25 % / 50 % / 75 % / 100 % des kalkulatorischen Lohnes angesetzt¹⁰²[102]. Gerechtfertigt ist dieser Abzug, da der Praxiserwerber seine Arbeitskraft einbringen muss, um mit der übernommenen Praxis Geld zu erwirtschaften. Der auf diese Weise ermittelte Wert dient als Ausgangspunkt der weiteren Bewertung.

bbb. Zu berücksichtigende Zuschläge und Abschläge

Auch im Bereich der Arztpraxen geht man, ähnlich wie im Bereich der Anwaltskanzleien, davon aus, dass der soeben ermittelte Wert einer Korrektur bedarf, die die *besonderen Umstände des Einzelfalls* berücksichtigt. Dabei unterscheidet man Faktoren, die in der Organisation, der Struktur oder dem äußeren Umfeld der Arztpraxis liegen, und Merkmale, die auf die Person des abgebenden Arztes zurückzuführen sind¹⁰³[103]. Als solche kommen insbesondere, die örtlichen Verhältnisse, die Arztdichte, die Dauer der beruflichen Tätigkeit, Ruf der Praxis und der Spezialisierungsgrad der Praxis in Betracht¹⁰⁴[104]. Die daraus resultierenden Ergebnisse können sich daher entweder *wertsenkend oder werterhöhend* auswirken. Zu der Gewichtung der einzelnen Faktoren sei auf Grund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit auf Darstellungen im Bereich der Bestimmung des „Multiplikators im Bereich von Kanzleien“ verwiesen. Letztendlich ergibt die Saldierung der Zu- und Abschläge einen entweder positiven oder negativen Wert, der mit dem Ausgangswert zu verrechnen ist. Das Ergebnis dieser Berechnung stellt dann den Wert des „Goodwills“ dar.

c. Berechnung des Gesamtwertes einer freiberuflichen Praxis

Der letzte Schritt bei der Ermittlung des Praxiswertes ist die Addition des Wertes der Substanz einer Praxis und deren „Goodwills“ (s. o.).

Im „Ausgangsfall a“ ergibt sich daher ein Gesamtwert der Kanzlei aus der Summe des Substanzwertes (von 240. 000 €) und des „Goodwills“ (von 525. 000 €), also 765. 000 € Bei der Festlegung des Wertes im „Ausgangsfall b“ muss 60. 000 € und 166. 250 € addiert werden, woraus sich im Endeffekt eine Gesamtsumme von 226. 250 € ergibt.

3. Zusammenfassendes Ergebnis für das Problemfeld der Bewertung einer Praxis

Aus der vorangegangenen Darstellung ergibt sich, dass sich der Wert einer freiberuflichen Praxis aus der *Zusammenfassung von Substanzwert und ideellen Wert* ergibt. Die Bewertung der Substanz ist dabei recht unproblematisch, da man sich dabei auf objektivierbare Kriterien verlassen kann. Die Bewertung des „Goodwills“ ist dagegen schwierig. Diesbezüglich kann nämlich auf Grund der Besonderheiten einer freiberuflichen Praxis gegenüber eines Unternehmens, nicht unreflektiert auf die dazu gebräuchlichen Bewertungsmaßstäbe zurückgegriffen werden. Sie bedürfen vielmehr einer

¹⁰¹ So u. a. Kotzur in NJW 1988, 3239 (3239).

¹⁰² Diese Werte entsprechen den ungefähr in € umgerechneten DM – Angaben in Richtlinie im DÄBl 1987, 926 (926).

¹⁰³ Dazu OLG Karlsruhe in WM 1989, 1229 (1230).

¹⁰⁴ Detaillierte Darstellung bei Wollny S. 504, Rn. 2278.

berufsspezifischen Korrektur. Als solche sind für den Bereich der Anwaltskanzleien die dargestellte „BRAK – Methode“ und für den Bereich der Arztpraxen die beschriebene *Methode der Ärztekammer*, am sachgerechtesten. Weitere Lösungsansätze, die bezüglich Arztpraxen in der Literatur zu finden sind¹⁰⁵[105], sind in der Praxis absolut ungebräuchlich, so dass im Rahmen dieser Bearbeitung nicht darauf eingegangen wird. Auf jeden Fall ist aber innerhalb des Vertragswerkes eine Regelung bezüglich des Kaufpreises aufzunehmen¹⁰⁶[106].

V. Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages

Im bisherigen Verlauf der Bearbeitung wurde geklärt, welche Punkte der Vertrag über den Verkauf einer freiberuflichen Praxis enthält bzw. enthalten sollte, und welche Möglichkeiten bestehen, den Leistungserfolg als Ganzes vertraglich abzusichern. Auf Grund der besonderen Struktur einer freiberuflichen Praxis besteht allerdings die Möglichkeit, dass der so *abgeschlossene Vertrag auf Grund eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften nachträglich unwirksam* wird. Im folgenden wird daher auszugsweise eine Reihe von Problemfeldern beleuchtet, die im Einzelfall zu einer Unwirksamkeit führen können.

1. Verstoß gegen ärztliches bzw. anwaltliches Standesrecht

a. Nichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen berufsrechtliche Standesvorschriften

Beschränkungen für den Verkauf einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei, können sich weiterhin aus berufsspezifischen Standesvorschriften ergeben. Als solche kommen im Bereich der *Ärzeschaft die BOÄ* und bei den *Anwälten die BRAO* in Betracht. Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften ist auch eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages gem. § 134 BGB in Betracht zu ziehen, da diese zu den Verbotsgesetzen zu rechnen sind¹⁰⁷[107]. Teilweise wird vertreten, diese Folge trete bei jeglicher Art der Zuwiderhandlung ein¹⁰⁸[108]. Dies berücksichtigt jedoch in unzureichendem Maß, dass etliche Standesvorschriften nur aus *ordnende Zwecke* verfolgen und teilweise nur das *Verhältnis der Ärzte bzw. Anwälte untereinander* betreffen. Deswegen scheint es sachgerecht, die Sittenwidrigkeit nur in Betracht kommen zu lassen, wenn gegen eine Berufspflicht verstoßen wird, die der Wahrung öffentlicher Aufgaben dient¹⁰⁹[109]. Zu einer Sittenwidrigkeit kann allerdings, entgegen früherer berufsrechtlicher Vorschriften¹¹⁰[110], nicht mehr die entgeltliche Praxisübergabe als solche, sondern allenfalls der Verstoß einzelner vertraglicher Regelungen gegen die berufsrechtlichen Vorschriften führen. Als solcher kommt vor allem die Empfehlung des Praxisnachfolgers in Betracht, die einen Verstoß gegen das Werbeverbot darstellen könnte.

b. Empfehlung des Nachfolgers als Verstoß gegen das Werbeverbot

Wie bereits erörtert, gehört es zu den Pflichten des Praxisverkäufers, seinen Nachfolger in geeigneter Form seinem bisherigen Kundenstamm zu empfehlen (s. o.). Darin könnte allerdings eine Unvereinbarkeit mit den berufsrechtlichen Standesvorschriften liegen¹¹¹[111]. Im Bereich der Ärzteschaft kommt ein Verstoß gegen § 25 Abs. 1 BOÄ in Betracht, bei den Anwälten ein Verstoß gegen § 43 b BRAO. Dabei handelt es sich auch um Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB (s. o.). Nach

¹⁰⁵ Vgl. z. B. Schade, S. 11 – 14; Lang / Bauer, S. 15.

¹⁰⁶ Siehe auch Regelungsbeispiel im Anhang, Nr. 9.

¹⁰⁷ Siehe für den Bereich der Ärzte, BverfG 33, 125 (155); allgemein Harms in NJW 1294, 1289 (1296).

¹⁰⁸ Vgl. OLG Köln in NJW 1956, 346 (347).

¹⁰⁹ So auch OLG Hamm, in NJW 1985, 679 (680); Palandt – Heinrichs zu § 138, Rn. 57.

¹¹⁰ Vgl. Kallfelz in JW 1937, 1513 ff.

¹¹¹ So BGH NJW 1974, 602 (602 f.).

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

§ 25 Abs. 1 BOÄ ist dem *Arzt jegliche Art von Werbung untersagt*, nach § 43 b BRAO ist *dem Anwalt lediglich eine sachliche Unterrichtung* gestattet, die nicht auf den Einzelfall gerichtet ist. Für einen Anwalt ist es daher trotz der standesrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich gestattet, seine Mandanten über eine Praxisübergabe in Kenntnis zu setzen. Er darf dabei allerdings gem. § 43 b BRAO den Grad der sachlich notwendigen Unterrichtung nicht überschreiten. Dies bedeutet, dass zwar eine Unterrichtung zulässig ist, die die fachlichen Qualifizierungen und besonderen Fähigkeiten des Nachfolgers enthält, jedoch „*marktschreierische Anpreisungen*“ *diesbezüglich zu unterbleiben haben*. Unter diesen Voraussetzungen wäre im Bereich der Anwälte das berufsrechtliche Werbeverbot beachtet. Fraglich ist allerdings, wie die deutliche strengere Maßgabe des § 25 Abs. 1 BOÄ zu bewerten ist. Ein generelles Werbeverbot würde nämlich tief in die grundrechtlich geschützten Bereiche der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen¹¹²[112]. Auch hinsichtlich der Eigentumsgarantie nach Art. 14 wäre dies bedenklich. Daher ist das generelle Werbeverbot verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass *nicht jede, sondern nur berufswidrige Werbung untersagt sein kann*¹¹³[113]. Ob eine berufswidrige Werbung vorliegt, richtet sich daher nach dem Berufsbild des Arztes. Da dieses grundsätzlich mit dem eines Anwalts vergleichbar ist (s. o.) und, insbesondere in Hinblick auf die ethischen und wissenschaftliche Zielsetzungen der Tätigkeiten, deutliche Parallelen aufweist, scheint es sachgerecht, die Anforderungen zu übertragen, die im Bereich der Anwaltschaft hinsichtlich einer zulässigen Werbung zu beachten sind. Dann ist auch die Unterrichtung des bisherigen Patientenstammes über einen Inhaberwechsel der Praxis nicht standeswidrig, womit auch eine, eventuell daraus resultierende, Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB ausgeschlossen ist.

2. Wirksamkeit der Konkurrenzschutzklausel bzw. des Wettbewerbsverbotes

Wie bereits erwähnt, sollte sich der Käufer einer freiberuflichen Praxis von dem veräußernden Berufsgenossen zusichern lassen, dass dieser *nicht im näheren Umfeld seine Tätigkeit fortsetzt* (s. o.). Fraglich ist jedoch, inwieweit eine solche Regelung zulässig ist.

a. Mögliche Beschränkung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes nicht die, durch Art. 12 GG gewährte, Berufsfreiheit einschränkt und damit sittenwidrig wäre. Früher wurde diesbezüglich vertreten, Art. 12 GG schütze nur vor staatlichen Eingriffen und ließe daher privatrechtliche Vereinbarungen unberührt¹¹⁴[114]. Mittlerweile ist jedoch die *mittelbare Drittwirkung eines Grundrechts, insbesondere durch Generalklauseln*, auf privatrechtliche Normen anerkannt¹¹⁵[115]. Daher muss die Maßgabe des Art. 12 GG, durch den die Freiheit des Berufes geschützt werden soll, auch bei der Prüfung von Verträgen nach § 138 I BGB berücksichtigt werden, in denen sich eine Vertragspartei verpflichtet¹¹⁶[116], ihre berufliche Tätigkeit ganz oder teilweise aufzugeben. Dabei darf die freie Ausübung des Berufes des Praxisveräußerers nämlich nur insoweit eingeschränkt werden, als damit das *Grundrecht nicht in seinem Wesensgehalt berührt* wird. Eine unzulässige Einschränkung bestünde also beispielsweise darin, den Betroffenen *dauerhaft von seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit fern zu halten*, indem ein lebenslang wirkendes Berufsverbot im Praxisübernahmevertrag verankert wird. Deshalb ist darauf zu achten, dem Veräußerer einer Kanzlei

¹¹² Siehe Papier / Petz in NJW 1994, 1553 ff.

¹¹³ Dazu BverfG 71, 162 (170); BverfG 85, 248 (257); BverfG 71, 183 (196).

¹¹⁴ Siehe u. a. OLG Köln in JR 1956, 18 (18 f.).

¹¹⁵ Siehe u. a. BGHZ 70, 313 (324).

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 91, 1 (6 f.); BGH NJW 1986, 2944 (2944).

bzw. Arztpraxis auch vertraglich offen zu halten, später wieder seinen Beruf auszuüben¹¹⁷[117]. Im Umkehrschluss ist daher naheliegend, dass eine *maßvolle örtliche und zeitliche Einschränkung* nicht zu einem Verstoß gegen die guten Sitten führen kann. Entsprechendes ergibt sich auch aus einem Vergleich mit den größtenteils übertragbaren Regelungen bei Unternehmensverkäufen (s. o.), da dabei Konkurrenzschutzklauseln allgemein als zulässig anerkannt werden¹¹⁸[118]. Bei Praxisübertragungen besteht nämlich genauso die Gefahr, die Vorteile, die eigentlich mit dem Kauf verbunden sein sollten, wieder an den Verkäufer zu verlieren, wenn dieser seine Tätigkeit in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang fortsetzt. Daher ist ein Wettbewerbsverbot dann wirksam, wenn durch *angemessene Bedingungen* lediglich verhindert werden soll, dass die Chancen, die aus dem Erwerb der Praxis naturgemäß entstehen, durch eine mögliche Fortsetzung der Tätigkeit des bisherigen Inhabers eingeschränkt werden¹¹⁹[119].

b. Regelung eines gültigen Wettbewerbsverbot für den Praxisverkauf

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird ersichtlich, dass die Regelung eines Wettbewerbsverbotes sowohl in räumlicher, als auch in zeitlicher Hinsicht maßvoll zu erfolgen hat, damit ein Verstoß gegen die guten Sitten und damit eine Nichtigkeit gem. § 138 BGB vermieden werden kann. In räumlicher Hinsicht wäre dieser Anforderung genüge getan, wenn sich das Konkurrenzverbot *nur auf das räumliche Einzugsgebiet der freiberuflichen Praxis beziehen würde*¹²⁰[120]. Eine nähere Konkretisierung hat dabei nach den Umständen des Einzelfalls zu erfolgen und muss sich insbesondere nach der Ausrichtung, dem *Spezialisierungsgrad* und der *vorhandenen Streuung des bisherigen Kundenstammes* richten. Zeitlich besteht ein schutzwürdiges Interesse nur für die Zeitspanne, in der zu erwarten ist, dass das zu den Mandanten bzw. Patienten *aufgebaute Vertrauensverhältnis noch fortbesteht*¹²¹[121]. In der Regel ist dies nur für eine relativ kurze Zeitspanne anzunehmen, hat sich aber im Einzelfall danach zu richten, wie lange die erworbene Praxis bestand. Bei einer längeren Existenz ist nämlich auch von intensiveren Beziehungen zum Kundenstamm auszugehen. Die *Obergrenze dürfte jedoch bei fünf Jahren* liegen¹²²[122]. Dann wäre die Konkurrenz, die von der Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit ausgeht, nicht höher einzuschätzen, als die Aufnahme einer ärztlichen bzw. anwaltlichen Beratung durch einen Dritten. Es empfiehlt sich jedoch, vertraglich keinen allzu langen Zeitraum zu fixieren¹²³[123]. In der Praxis hat sich für die zeitliche Grenze für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot jedenfalls eine *Zeitspanne von zwei Jahren* herausgebildet¹²⁴[124]. Damit wäre zumindest eine zu weit reichende zeitliche Grenze ausgeschlossen.

c. Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion

Falls Veräußerer und Erwerber eine Klausel innerhalb eines Praxisübernahmevertrages vereinbart haben, die nach den bereits vorstehend erörterten Grundsätzen einen unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt, so kommt in der Regel keine *geltungserhaltende Reduktion dieser Regelung auf das zulässige Maß* in Betracht. Eine solche ist nur insoweit möglich, als die Sittenwidrigkeit der

¹¹⁷ Dazu BVerfG 66, 337 (360 ff.) in Bezug auf einen Rechtsanwalt.

¹¹⁸ So BGH WM 1985, 140 (140 ff.)

¹¹⁹ Siehe BGH NJW 1989, 763 (763); BGHZ 16, 71 (80).

¹²⁰ Beispiele in OLG Karlsruhe, MedR 1995, 156 (157); OLG Koblenz, MedR 1994, 450 (450 f.).

¹²¹ Dazu wiederum OLG Karlsruhe in MedR 1995, 156 (156).

¹²² Vgl. Hess / Schirmer, Rn. 1150.

¹²³ Siehe auch Regelungsbeispiel im Anhang, Nr. 15.

¹²⁴ Dazu Kersten / Bühling S. 406, Rn. 14.

wettbewerbsbeschränkenden Klausel in einer *zu starken zeitlichen Ausdehnung* liegt¹²⁵[125]. In diesem Fall kann der vertraglich vereinbarte Zeitrahmen seitens eines Gerichts entsprechend *angepasst* werden. Für *gegenständliche* oder *räumliche* Fehlregelungen besteht diese Möglichkeit zur Korrektur allerdings nicht. Ein solches Wettbewerbsverbot wäre daher als Verstoß gegen die guten Sitten zu werten und daher gem. § 138 BGB nichtig¹²⁶[126]. Der daraus resultierende völlige Wegfall der betreffenden Regelung kann dann jedoch über § 138 BGB und nach den Grundsätzen über die fehlende Geschäftsgrundlage dazu führen, dass der Veräußerer der Praxis eine Kürzung des vereinbarten Entgelts hinnehmen muss¹²⁷[127].

3. Überlassung der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen

Wie bereits erwähnt, verpflichtet sich der Veräußerer einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei, dem *Erwerber die von ihm angefertigten Patienten – bzw. Mandantenunterlagen zu überlassen*¹²⁸[128]. Dazu gehören insbesondere die Patienten – bzw. Klientenkartei, die Krankenunterlagen und möglicherweise sogar die Handakten eines Rechtsanwalts¹²⁹[129]. Mit der Übernahme dieser Unterlagen erhält der Praxisnachfolger die *Möglichkeit, die begonnene Betreuung des bisherigen Kundenstammes fortzusetzen*. Damit tritt dieser auch *in das Vertrauensverhältnis ein*, das zu dem bisherigen Praxisinhaber bestand. Problematisch ist allerdings, dass die Patienten und Mandanten dem bisherigen Praxisinhaber gegenüber Informationen preisgegeben haben, die keiner anderen Person zugänglich gemacht werden sollten. Diese Offenheit resultiert nämlich einerseits aus der Vertrauensstellung zu dem konsultierten Arzt bzw. Anwalt und andererseits aus dem *Vertrauen auf die ärztliche bzw. anwaltliche Schweigepflicht*¹³⁰[130]. Insofern ist es fraglich, ob bzw. in welchem Umfang eine Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen überhaupt *zulässig* ist. Insbesondere ist zu klären, inwieweit für die Übernahme dieser Unterlagen die *Einwilligung der Betroffenen* einzuholen ist.

a. Kurze Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Überlassung der Unterlagen

Als Dreh- und Angelpunkt der Problematik, ob es zulässig sein soll, die Patienten- bzw. Klientenunterlagen bei der Veräußerung einer freiberuflichen Praxis mit an den Erwerber übergehen zu lassen, wird *stets das Erfordernis der Zustimmung seitens der Betroffenen* angesehen. Die *Rechtsprechung zu dieser Problematik divergiert* jedoch erheblich. Im Jahre 1973 wurde bezüglich der Weitergabe von Patientenunterlagen entschieden, dass eine solche zulässig sei, da es im objektiven Interesse der Patienten läge und daher zumindest von ihrer mutmaßlichen Einwilligung erfasst sei, wenn ihre Krankenakten zum Zwecke der Weiterbehandlung an den Praxisnachfolger weitergegeben würden¹³¹[131]. Eine Änderung der Rechtsprechung trat jedoch 1983 mit der Entscheidung des BVerfG zum Volkszählungsgesetz ein, in der der Befugnis des einzelnen mehr Bedeutung eingeräumt wurde, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbaren will¹³²[132]. Konsequenz aus diesem Urteil war die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Weitergabe von Patientenunterlagen, die ohnehin

¹²⁵ Dazu BGH DStR 1997, 1413 (1414).

¹²⁶ Dazu Kersten / Bühling S. 406, Rn. 14.

¹²⁷ So BGH NJW – RR 1996, 741 (741 f.).

¹²⁸ Zu dieser gängigen Praxis, siehe Kersten / Bühling S. 407, Rn. 18 f.

¹²⁹ Vgl. Wollny S. 470, Rn. 2081.

¹³⁰ Für den Bereich der Anwaltschaft, vgl. auch § 43 a BRAO.

¹³¹ Vgl. BGH NJW 1974, 602 (603)

¹³² Siehe BVerfG in NJW 1984, 419 (421).

stark umstritten war¹³³[133]. Nunmehr führte eine Bestimmung im Praxisübernahmevertrag, die den Veräußerer dazu verpflichtete, auch ohne Einwilligung der Patienten, die Beratungs- und Patientenakte weiterzugeben zu einem Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht und damit auch zu einer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot¹³⁴[134]. Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit bezüglich von Patientenakten mehrfach bestätigt¹³⁵[135] und auch auf den Verkauf einer Rechtsanwaltskanzlei ausgedehnt¹³⁶[136]. Mittlerweile ist jedoch diese Rechtsprechung, die eigentlich gefestigt erschien, zumindest für den anwaltlichen Berufssektor wieder in Frage zu stellen. Im Jahre 2001 entschied nämlich der BGH, dass die Weitergabe von Akten ohne Zustimmung der Mandanten zulässig sei¹³⁷[137]. Nach eigener Auffassung des Gerichts setze dieses Urteil zwar die bisherige Rechtsprechung fort, da der Sachverhalt gewisse Besonderheiten aufweise, was jedoch bei genauer Betrachtung mehr als fraglich scheint. *Deswegen ist es unumgänglich, sich genauer mit dieser Problematik und der diesbezüglich möglicherweise divergierenden Rechtsprechung auseinanderzusetzen.* Vor allem muss dabei auch untersucht werden, ob die Weitergabe von Mandantenakten in Zukunft wirklich anders zu behandeln ist, als die Überlassung von Patientenakten. Dabei sind eine Reihe von Problemkonstellationen zu untersuchen, im Zuge derer die Weitergabe von Patienten – bzw. Klientenakten unzulässig sein könnte und die damit zu einer *Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts* führen könnten.

b. Unmittelbarer Schutz durch das Zivilrecht

Sämtliche Einzelakten eines Arztes bzw. Anwalts, bilden zusammen die komplette Patienten – bzw. Klientenakte. Aus dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz¹³⁸[138] lässt sich allerdings herleiten, dass diese zusammengefasste Einheit nicht in ihrer Gesamtheit weitergegeben werden kann, sondern es kann nur *jede einzelne Akte separat* übereignet werden. Da die Akten auch von dem jeweiligen Arzt bzw. Anwalt zum Zwecke der Dokumentation hergestellt werden, erwirbt dieser durch deren Anfertigung auch Eigentum an diesen gem. § 950 BGB¹³⁹[139]. Fraglich ist, allerdings inwieweit die Persönlichkeitsrechte der Mandanten und Patienten zu berücksichtigen sind, falls diese Unterlagen an einen Dritten weitergegeben werden. Zunächst ist festzustellen, dass dies die zivilrechtliche Möglichkeit des Rechtsgeschäfts unberührt lässt, da der Arzt bzw. Anwalt als Eigentümer der Akten grundsätzlich dazu berechtigt ist, darüber zu verfügen. *Nicht jedes Rechtsgeschäft, das grundsätzlich möglich ist, ist allerdings auch nach der Rechtsordnung erlaubt.* Vorliegend muss nämlich berücksichtigt werden, dass durch die Weitergabe der Mandanten - bzw. Patientenakten Informationen weitergegeben werden, die nicht für Dritte, sondern nur für den betreffenden Arzt bzw. Anwalt, bestimmt waren. Die Schweigepflicht des Arztes bzw. Anwalts wird durch das *Strafrecht*, vgl. § 203 StGB, und durch das *Berufsrecht*, vgl. § 3 Abs. 1 BOÄ bzw. § 43 a BRAO, geschützt¹⁴⁰[140]. Weiterhin wird die Befugnis der Mandanten und Patienten durch das *informationelle Selbstbestimmungsrecht*¹⁴¹[141] aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Diese öffentlich – rechtlichen, strafrechtlichen und standesrechtlichen Normen können die Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages beeinflussen. Gem. § 134 BGB ist nämlich ein *Rechtsgeschäft, das gegen*

133 So Laufs in NJW 1975, 1433 (1433);

134 Vgl. BGH NJW 1992, 737 (739 f.).

135 Siehe u.a. BGH NJW 1996, 773 (774).

136 Dazu BGH NJW 1995, 2026 (2026 f.).

137 Vgl. im Ergebnis BGH NJW 2001, 2462 (2463 f.)

138 Siehe dazu beispielsweise Wieling S.8, § 1 II 3 a.

139 Vgl. für Patientenakten, BGH NJW 1952, 661 (662); OLG Stuttgart in NJW 1958, 2118 (2119).

140 Dazu auch Kersten / Bühling S. 407, Rn. 20.

141 Zu dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Pardey in NJW 1989, 1647 (1647 f.).

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

ein gesetzliches Verbot verstößt, *nichtig*¹⁴²[142]. Daher ist zu prüfen, ob durch die Weitergabe der Patientenunterlagen gegen die soeben erwähnten Gesetzesvorschriften verstößt.

c. Verstoß gegen die ärztliche bzw. anwaltliche Schweigepflicht

Die Weitergabe der Patienten – bzw. Klientenunterlagen verstößt gegen die strafrechtliche Norm des § 203 Abs. 1 S. 1 bzw. 3 StGB, wenn der Arzt bzw. Anwalt dadurch *unbefugt ein fremdes Geheimnis, das zu dem persönlichen Lebensbereich gehört, offenbart*, das ihm in seiner beruflichen Eigenschaft oder sonst bekannt geworden ist.

aa. § 203 StGB als Verbotsnorm

Die Rechtsprechung erfasst § 203 StGB als Verbotsgesetz¹⁴³[143]. Der Straftatbestand des § 203 StGB stellt allerdings nur das Offenbaren unter Strafe, *richtet sich also nur gegen den Täter und nicht gegen ein Rechtsgeschäft an sich*. Nach der Systematik des § 134 BGB ist das Rechtsgeschäft daher grundsätzlich nur dann nichtig, wenn sich beide Vertragspartner strafbar gemacht haben¹⁴⁴[144]. Mit der Aushändigung der Patienten – und Mandantenunterlagen verwirklicht jedoch nur der abgebende Arzt bzw. Anwalt den Straftatbestand. Ausnahmsweise genügt aber der Tatbeitrag einer Partei, wenn beide Parteien *entweder im Bewußtsein der Verbotswidrigkeit* gehandelt haben, oder weil *bedeutende Rechtsgüter vom Schutzzweck der Strafvorschrift* betroffen sind.

aaa. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit

Am Bewußtsein der Rechtswidrigkeit würde es jedoch fehlen, wenn ein *vorsatz- bzw. schuldausschließender Irrtum* geltend gemacht werden könnte¹⁴⁵[145]. Ein solcher könnte aus der Rechtsunsicherheit zwischen der BGH – Entscheidung vom 7. 11. 1973¹⁴⁶[146] und der Entscheidung vom 11. 12. 1991¹⁴⁷[147] resultieren, da letztere die vorherige Rechtsprechung ausdrücklich aufgab. Gerade im Bereich der Anwaltschaft existiert seit der neuesten Entscheidung zu dieser Thematik¹⁴⁸[148] erneute Unsicherheit bezüglich der Weitergabe der Mandantenunterlagen. Daher erscheint es zumindest problematisch, auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seitens beider Vertragspartner abzustellen.

bbb. Schutz bedeutender Rechtsgüter über § 203 StGB

Unklar scheint, ob im Rahmen des § 203 StGB nur die Individualsphäre geschützt wird, oder ob daneben *auch öffentliche Interessen* in Hinblick auf eine funktionierende Gesundheitsversorgung bzw. Rechtspflege mit vom Schutzbereich erfasst werden¹⁴⁹[149]. Zunächst wird der Individualrechtsgutscharakter daraus hergeleitet, dass der Patient bzw. Klient gem. § 205 StGB einen Strafverfolgungsantrag stellen muss, falls ein Verstoß gegen die ärztliche bzw. anwaltliche Schweigepflicht vorliegt. Auch der Zweck des § 203 StGB spricht zunächst nur für einen *Schutz von*

142 Vgl. Kersten / Bühling S. 407, Rn. 20.

143 Vgl. BGH NJW 1974, 602 (603); BGH NJW 1992, 737 (738 f.); BGH NJW 1996, 773 (774); BGH NJW 1995, 2915 (2915 f.).

144 Siehe Kropholler zu § 134 BGB, Rn. 3.

145 Dazu Kühl S. 474, Rn. 49 ff. zu § 13.

146 BGH NJW 1974, 602 ff.

147 BGH NJW 1992, 737 ff.

148 BGH NJW 2001, 2462 ff.

149 Siehe LK – Jähnke zu § 203, Rn. 14.

Individualinteressen, da dadurch der Geheimbereich des Einzelnen geschützt werden soll, den dieser einem Arzt bzw. Anwalt offenbaren muss, um sachgerecht behandelt oder beraten zu werden. Dabei ist zumeist die *Preisgabe sehr persönlicher Informationen* erforderlich, die beispielsweise mit dem Gesundheitszustand oder mit der finanziellen Situation verbunden sein können. Dies kann allerdings nur geschehen, wenn ein *Vertrauensverhältnis zu dem konsultierten Arzt bzw. Anwalt* besteht, das in gewisser Weise auch auf dessen Vertrauenswürdigkeit basiert¹⁵⁰[150], die aus seiner Schweigepflicht resultiert. Aus der Schweigepflicht ergibt sich jedoch ein weiteres Schutzgut, da diese gerade aus der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe herrührt¹⁵¹[151]. Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und Gesundheitsversorgung hängt nämlich entscheidend von dem *Vertrauen ab, das den Ärzten bzw. Anwälten entgegengebracht wird*. Auch dies wird durch den Straftatbestand des § 203 StGB mit geschützt. Weiterhin liegt das dadurch gesicherte Vertrauensverhältnis zu einem Arzt bzw. Anwalt auch im Interesse deren Kunden, da diese ansonsten nicht gewillt wären, vertrauliche Informationen preiszugeben, was zu einer unsachgerechten Behandlung bzw. Beratung führen könnte. Daraus wird deutlich, dass neben der Individualsphäre durch § 203 StGB *auch das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Rechts – bzw. Gesundheitspflege mit geschützt wird*¹⁵²[152]. Folglich werden durch § 203 StGB bedeutende Rechtsgüter der Allgemeinheit mit geschützt.

ccc. Zwischenergebnis

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird ersichtlich, dass durch den Tatbestand des § 203 StGB *zumindest auch bedeutende Rechtsgüter der Allgemeinheit* mit geschützt werden. Damit reicht es für eine daraus resultierende Nichtigkeit nach § 134 BGB auch aus, wenn *eine der beiden Vertragsparteien gegen § 203 StGB verstößt*. Damit würde es bereits ausreichen, wenn der Praxisveräußerer durch die Weitergabe der Patienten – bzw. Klientenunterlagen gegen § 203 StGB verstößt. Dagegen ist unerheblich, ob beide Vertragsparteien in Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt haben.

bb. Weitergabe der Unterlagen als Verwirklichung des Tatbestand von § 203 StGB

aaa. Schutzgut des § 203 StGB

Schutzgut des § 203 StGB ist *ein fremdes Geheimnis aus dem persönlichen Lebensbereich*, das dem Schweigepflichtigen in seiner Eigenschaft als Arzt, Anwalt, etc. anvertraut wurde¹⁵³[153]. Geheimnisse in diesem Sinne sind Tatsachen, die nur einem *begrenzten Kreis bekannt* sind und an deren Geheimhaltung eine Privatperson ein *schutzwürdiges Interesse* besitzt¹⁵⁴[154]. Auf Art und Inhalt des Geheimnisses kommt es nicht an. Daraus wird bereits ersichtlich, dass zur Schweigepflicht eines Anwalts bzw. Arztes nicht nur das gehören kann, was der Patient bzw. Klient ihm in einem vertraulichen Gespräch mitteilt, sondern *auch das, was im Zuge der Ermittlungen bzw. Behandlung* zu seiner Kenntnis gelangt. Weiterhin werden auch Einzelheiten erfasst, die über rein berufliche Aspekte hinausgehen, und den Intimbereich des Kunden betreffen. Sogar der Name des Klienten oder Patienten und der Umstand der Konsultation an sich können Gegenstand der Geheimhaltungspflicht sein¹⁵⁵[155], da sich bereits aus der bloßen Tatsache, dass die betroffene Person einen Arzt bzw. Anwalt aufgesucht hat, Nachteile für diese ergeben können. Damit sind die Informationen und Daten,

¹⁵⁰ Dazu Roßnagel in NJW 1989, 2303 (2306).

¹⁵¹ Vgl. Schönke / Schröder – Lenckner zu § 203, Rn. 3.

¹⁵² Siehe auch für den Bereich der Gesundheitsversorgung, BVerfG 32, 373 (380).

¹⁵³ So Wessels / Hettinger S. 142, Rn. 562.

¹⁵⁴ Siehe BGHSt 41, 140 (142).

¹⁵⁵ So Tröndle / Fischer zu § 203, Rn. 4.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

die auf einer Klienten – bzw. Patientenkartei festgehalten sind, vom *Schutzbereich des § 203 StGB* erfasst und bedürfen grundsätzlich der Geheimhaltung.

bbb. Weitergabe der Patienten – bzw. Klientenkartei als „Offenbaren“

Tathandlung ist das Offenbaren eines fremden Geheimnisses. Dafür genügt *jede Bekanntgabe der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen an einen anderen, der davon noch keine sichere Kenntnis besaß*¹⁵⁶[156]. Die Form der Bekanntgabe ist dabei ohne Belang und kann auch durch pflichtwidriges Unterlassen geschehen¹⁵⁷[157]. Damit ist die Weitergabe der Patienten – bzw. Klientenunterlagen im Rahmen der Praxisübergabe eine taugliche Tathandlung, da dadurch dem Praxisnachfolger *ungehindert Informationen offenbart werden*, von denen dieser i. d. R. noch keine Kenntnis haben konnte. Grundsätzlich wäre damit der objektive Tatbestand erfüllt. Der Praxisverkauf könnte jedoch Besonderheiten aufweisen, die möglicherweise die Verwirklichung des Tatbestandes ausschließen.

ccc. Mögliche Ausschlußgründe für die Verwirklichung von § 203 StGB

Zunächst könnte die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes von § 203 StGB deswegen ausgeschlossen sein, weil auch der Praxiserwerber nach denselben standesrechtlichen Grundsätzen der Schweigepflicht unterliegt.

aaaa. Überlassung der Mandanten – bzw. Patientenunterlagen an einen Berufsgenossen

Nach allgemeiner Meinung liegt jedoch auch ein Offenbaren eines Geheimnisses vor, wenn die *Weitergabe an Personen erfolgt, die ihrerseits der Schweigepflicht unterliegen*¹⁵⁸[158]. Die Schweigepflicht gelte nämlich auch unter Ärzten bzw. Anwälten¹⁵⁹[159]. Im direkten Widerspruch zu dieser Ansicht scheint allerdings eine Entscheidung des BVerfG zu stehen, die die Privatsphäre von Patienten als ausreichend geschützt ansah, wenn im Rahmen eines Arztpraxisverkaufs die Patientenunterlagen an einen anderen Arzt übergehen¹⁶⁰[160]. Damit trete nämlich keine außenstehende Person in „den Kreis der Wissenden“¹⁶¹[161] ein, sondern die Patientenunterlagen würden in standesüblicher Weise auf einen Berufskollegen übergeben. Auf Basis dieses Urteils entschied auch der BGH, die Überlassung von Behandlungsunterlagen bei einem Praxiswechsel sei zulässig¹⁶²[162]. Da auch die *Übergabe der Klientenunterlagen eines Rechtsanwalts bei Verkauf einer Anwaltskanzlei eine nahezu identische Bedeutung besitze*¹⁶³[163], wurde auch teilweise für diesen Bereich gefolgert, die Überlassung dieser Karteien sei zulässig¹⁶⁴[164]. Dabei käme es nämlich nicht auf den Inhaberwechsel als solchen an, sondern entscheidend sei, dass die Kanzlei fortbestehe. Daher würden die Klientenunterlagen nämlich nicht an einen beliebigen Dritten weitergegeben werden, vielmehr handele es sich dabei um einen internen Vorgang. Diese Ansicht berücksichtigt jedoch das *Vertrauensverhältnis zwischen einem Mandanten zu seinem Anwalt bzw. eines Patienten zu seinem Arzt* nur unzureichend. Ein solches kann nämlich nur zu dem konsultierten Arzt bzw. Anwalt bestehen, da man als bisheriger Mandant bzw. Patient den Nachfolger zumeist gar

156 Vgl. Wessels / Hillenkamp S. 143, Rn. 566; BGH NJW 1995, 2915 (2916).

157 Dazu Schönke / Schröder – Lenckner zu § 203, Rn. 20.

158 Siehe Wessels / Hettinger S. 143, Rn. 567 mit weiteren Nachweisen.

159 Vgl. LK – Jähne zu § 203, Rn. 39 f.; Schönke / Schröder – Lenckner zu § 203, Rn. 19.

160 So BVerfG 32, 373 (382).

161 Wortlaut bei BVerfG in NJW 1972, 1123 (1124).

162 BGH in NJW 1974, 602 (603).

163 Dazu Nevian, S. 74.

164 Vgl. Michalski / Römermann in NJW 1996, 1305 (1310).

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

nicht kennt oder zumindest kaum Kontakt zu diesem besaß. Weiterhin wurde bereits ausgeführt, dass der Praxiserwerb keine Fortführung der Altpraxis im eigentlichen Sinne darstellt, sondern *nur den Aufbau einer eigenen Praxis erleichtert*, da man möglicherweise an die Kontakte des Vorgängers anknüpfen kann (s. o.). Damit ist auch äußerst unklar, ob tatsächlich jeder der bisherigen Kunden den Praxisnachfolger konsultiert. Gerade deswegen kann es nicht sachgerecht sein, wenn der Erwerber einer Kanzlei bzw. Arztpraxis Zugang zu allen Patienten – bzw. Mandantenunterlagen erhält. Dies vermag auch die standestypische Schweigepflicht des Praxiserwerbers nicht zu ändern. *Folglich ist bei der Übergabe der Patientenunterlagen an einen Berufsgenossen der objektive Tatbestand des § 203 StGB erfüllt*¹⁶⁵[165].

bbbb. Offenbarung nach rechtmäßiger Kenntnisnahme

Zweck des § 203 StGB ist es, das unbefugte Offenbaren von Geheimnissen zu verhindern¹⁶⁶[166]. Theoretisch kann ein Geheimnis jedoch *nur an denjenigen offenbart werden, der zuvor von dieser Tatsache noch keine Kenntnis hatte*¹⁶⁷[167]. Dies bedeutet übertragen auf die Situation des Praxisverkaufs, dass keine Offenbarung eines Geheimnisses vorliegen kann, wenn der Erwerber *zuvor bereits rechtmäßige Kenntnis* erlangt hat. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn er zuvor eine Zeit lang in der später erworbenen Praxis tätig war. Daher erfüllt die Weitergabe von Mandanten bzw. Patientenunterlagen nicht den objektiven Tatbestand des § 203 StGB, wenn der Erwerber vor Übergabe für den bisherigen Praxisinhaber tätig war und damit *die Daten über die Kunden bereits dadurch rechtmäßig und umfassend kennengelernt hat*¹⁶⁸[168]. Dieser Standpunkt überzeugt auch, da ein Anwalt bzw. Arzt, der zuvor schon zu Bearbeitungszwecken mit den Informationen über die Mandanten bzw. Klienten in Kontakt kam, durch die Übergabe der Akten letztendlich nichts neues erfahren kann. Dabei kann auch keine Rolle spielen, ob der Erwerber diese Informationen nach der Übergabe der Praxis tatsächlich noch im Gedächtnis hat, da dies einerseits zu unzumutbaren Beweisschwierigkeiten führen würde und andererseits auch ein Arzt oder Anwalt nicht ständig alle Daten seiner Kunden im Kopf haben kann. Daher gehört auch derjenige zum „Kreis der zum Wissen Berufenen“¹⁶⁹[169], der vor Übergabe der Altpraxis in derselben als, Assistent¹⁷⁰[170], Praxisvertreter¹⁷¹[171], Praxisverweser, Sozius oder Partner in einer Gemeinschaftspraxis¹⁷²[172] tätig war. In diesen Funktionen ist man nämlich entweder im selben Umfang dazu berechtigt, die Mandanten – bzw. Patientenunterlagen zu benutzen, oder der Praxisinhaber ist zumindest in vollem Umfang dazu berechtigt, den Zugang zu diesen zu gestatten. Somit ist für die vertragliche Praxis zu empfehlen, vor der Praxisübergabe eine derartige Zusammenarbeit zu vereinbaren.

cccc. Praktische Folgerungen

Aus den vorangegangenen Erwägungen wird deutlich, dass die Verwirklichung des Tatbestandes von § 203 StGB nicht deswegen ausgeschlossen sein kann, weil die Weitergabe der Geheimnisse an einen Berufsgenossen erfolgt. Dagegen bietet der Bereich „rechtmäßigen Kenntnisnahme“ eine *Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten*. Im Bereich der Ärzteschaft ist die Gründung einer Gemeinschaftspraxis, vor dem angestrebten Praxisverkauf, die wohl gangbarste. Dabei muss

¹⁶⁵ Siehe dazu auch BGH NJW 1991, 2955 (2956); siehe auch Nevian, S. 85.

¹⁶⁶ Siehe Wessels / Hettinger S. 142, Rn. 561.

¹⁶⁷ Vgl. Tröndle / Fischer zu § 203, Rn. 30; LK – Jähnke zu § 203, Rn. 39.

¹⁶⁸ Siehe BGH NJW 1995, 2915 (2916) für den Verkauf einer Rechtsanwaltskanzlei.

¹⁶⁹ So BVerfG 32, 373 (382).

¹⁷⁰ Dazu Kamps in NJW 1992, 1545 (1545).

¹⁷¹ Vgl. auch Hess / Schirmer, Rn. 1066.

¹⁷² Weiterführend dazu Kamps in NJW 1992, 1545 (1546).

zunächst ein *Gesellschaftsvertrag gem. §§ 705 ff. BGB* geschlossen werden. Dies hat nämlich zur Folge, dass nunmehr die ärztlichen Leistungen innerhalb des Praxisverbandes frei austauschbar sind, da der Patient, der eine Gemeinschaftspraxis aufsucht, keinen Anspruch darauf besitzt, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden¹⁷³[173]. Damit kommt der in die Praxis eintretende Arzt regelmäßig mit den Patienten in Kontakt¹⁷⁴[174]. Weiterhin hat der vereinbarte Gesellschaftsvertrag in der Regel zur Folge, dass der bisherige Praxisinhaber die gesamte Einrichtung seiner Praxis mit in die Gesellschaft einbringt und damit auch der eintretende Arzt an diesem mit beteiligt ist. Da zu der Einrichtung einer Praxis auch die Patientenkartei gehört (s. o.), *erhält der angehende Praxiserwerber auch an dieser Gesamthandseigentum*. Ein vorherige Befragung der Patienten zu dieser Vorgehensweise ist deswegen nicht erforderlich, weil der bisherige Praxisinhaber, dem die Patienten bislang ihr Vertrauen entgegengebracht haben, auf Grund der gesamthänderischen Aufteilung der Praxis immer noch genügend Einfluss besitzt. Damit kann die Verwirklichung des Tatbestandes von § 203 StGB ausgeschlossen werden, wenn dem Praxisverkauf die Gründung einer Gemeinschaftspraxis vorangeht. Für den Bereich der Anwaltschaft ergibt sich eine vielversprechende Möglichkeit, die Verwirklichung des § 203 StGB im Zuge der Veräußerung einer Kanzlei auszuschließen, aus der neuesten Rechtsprechung des BGH zu dieser Thematik¹⁷⁵[175]. Darin wurde die Weitergabe von Akten ohne Zustimmung der Mandanten bei einer Kanzleiveräußerung gebilligt, die in eine *vorübergehende Scheinsozietät zwischen Veräußerer und Erwerber* gekleidet war. Letzterer sollte dabei die zu veräußernde Kanzlei während einer Übergangszeit als amtlich bestellter Vertreter führen, was gerade auch bei einer Vertretung wegen Krankheit, Urlaub, etc. zulässig ist. In dieser Periode ist es dem Vertreter möglich die Kanzlei so zu führen, wie der eigentliche Inhaber, womit ihm ebenso der Zugriff auf die vorhandene Mandantenkartei gestattet ist. Daher sei auch in einer solchen Konstellation nicht mehr von einer unbefugten Weitergabe von Geheimnissen auszugehen¹⁷⁶[176]. Falls allerdings keine *temporäre Mitwirkung* des Praxiserwerbers vor der eigentlichen Veräußerung der Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis stattgefunden hat, ist von einer Verwirklichung des Tatbestandes von § 203 StGB auszugehen. Es muss dann in der vertraglichen Praxis nach anderen Alternativen gesucht werden, die die Weitergabe der Kundenkarteien rechtfertigen könnten.

ddd. Zwischenergebnis für den Bereich des Tatbestandes von § 203 StGB

Der Tatbestand des § 203 StGB ist grundsätzlich dann erfüllt, wenn im Rahmen einer Praxisveräußerung die Mandanten – bzw. Klientenunterlagen an den Erwerber weitergegeben werden, da diesem dadurch *fremde Geheimnisse offenbart* werden. Dies *ändert sich auch nicht dadurch, dass die Weitergabe an einen Berufsgenossen erfolgt, der seinerseits an die Schweigepflicht gebunden ist*. Dagegen ist die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausgeschlossen, wenn der Erwerber *zuvor in der später veräußerten Praxis tätig* war. Dieser hat dann nämlich bereits umfassende Kenntnis von dem Inhalt der Mandanten – bzw. Patientenunterlagen erlangt. Wenn dies allerdings nicht der Fall gewesen sein sollte, so ist der Praxisveräußerer nur zur Weitergabe der Unterlagen befugt, wenn die Offenbarung von Geheimnissen gerechtfertigt ist¹⁷⁷[177].

cc. Mögliche Rechtfertigungsgründe für die Weitergabe der Unterlagen

¹⁷³ So Ehmann in MedR 1994, 141 (145).

¹⁷⁴ Siehe Kamps in NJW 1992, 1545 (1546).

¹⁷⁵ Dazu BGH in NJW, 2001, 2462 ff.

¹⁷⁶ Vgl. Huffer in NJW 2002, 1382 (1385).

¹⁷⁷ Vgl. Tröndle / Fischer zu § 203, Rn. 30 f.; Nevian, S. 85.

Die Weitergabe der Patientenunterlage würde jedoch nicht zu einem Verstoß gegen § 203 StGB führen, wenn dieses Verhalten nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt wäre.

aaa. Rechtfertigung durch sozialadäquates Verhalten

Teilweise wird vertreten, die Weitergabe von Patienten – bzw. Klientenunterlagen müsse deswegen gerechtfertigt sein, weil es sich dabei um sozialadäquates Verhalten handle¹⁷⁸[178]. Der Patient bzw. Mandant wisse nämlich, dass eine Arztpraxis oder Anwaltskanzlei nach Ende der beruflichen Tätigkeit durch Verkauf in wirtschaftlicher Art und Weise verwertet werden kann. Da es sich dabei um einen absolut *alltäglichen und in keiner Weise anstößigen Vorgang* handle, sei es eine unverständliche Übersteigerung formaler Anforderungen, wenn man eine theoretisch mögliche Befragung des bisherigen Kundenstammes der Praxis verlange¹⁷⁹[179]. Dies scheint auf den ersten Blick auch einleuchtend, da es den Patienten bzw. Mandanten in der Regel egal sein wird, ob der Praxisnachfolger Kenntnis von ihren Daten erlangt¹⁸⁰[180]. Diese Ansicht kann jedoch keine Grundlage in der Rechtsordnung finden, *da ein Verstoß gegen ein Gesetz nicht dadurch zulässig wird, dass er massenhaft begangen wird oder diesen niemand anstößig findet*. Daher ist diese Ansicht abzulehnen¹⁸¹[181]. Ein generelle Zulässigkeit der Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenkartei auf Grundlage dieser Ansicht ist daher auszuschließen.

bbb. Rechtfertigung durch ausdrückliche Einwilligung

Nach einhelliger Ansicht ist die Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen dann gerechtfertigt, wenn die Betroffenen dieser Vorgehensweise ausdrücklich zugestimmt haben¹⁸²[182]. Die Einwilligung muss dabei allerdings *vor dem tatsächlichen Vollzug der Übergabe* erfolgen¹⁸³[183]. Die nachträgliche Genehmigung genügt daher nicht. Auch eine vorherige Einwilligung, die bei Abschluss des Behandlungsvertrages eingeholt wird, kann nicht rechtfertigend wirken, da zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt sein wird, wer tatsächlich die Praxis übernehmen wird und gegenüber diesen persönliche Differenzen nicht ausgeschlossen werden können. Die Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung in diesen Fällen ist dabei nur theoretischer Natur, da man sich wohl häufig nicht mehr an das vor Jahren erteilte Einverständnis zurückerinnern kann. Weiterhin sollte die im Vorfeld der Praxisübergabe zu erteilende Einwilligung in schriftlicher Form eingeholt werden, um so mögliche Nachweisschwierigkeiten zu vermeiden.

ccc. Rechtfertigende Wirkung eines Widerspruchsverzichts

Grundsätzlich kann dem Verzicht auf Äußerung eines Widerspruchs keine rechtsgeschäftliche Wirkung beigemessen werden. *Wer schweigt, bringt nämlich weder Zustimmung, noch Ablehnung zu Ausdruck*¹⁸⁴[184]. Von diesem Grundsatz gibt es aber Ausnahmen. Eine solche könnte beispielsweise vorliegen, *wenn der Schweigende dazu verpflichtet gewesen wäre, seinen gegenteiligen Willen mitzuteilen*. Dies wäre dann der Abgabe einer Willenserklärung gleichzusetzen¹⁸⁵[185]. Bei dem Verkauf einer Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis könnte daher eine

¹⁷⁸ So Kohlhaas in *Arzt und Recht* 1969, 733 (733).

¹⁷⁹ Siehe LK – Jähnke zu § 203, Rn. 70.

¹⁸⁰ So zumindest Taupitz in *MDR* 1992, 421 (422)

¹⁸¹ Dazu auch Laufs in *NJW* 1975, 1433 (1435)

¹⁸² Vgl. u. a. Tröndle / Fischer zu § 203, Rn. 32; LK – Jähnke zu § 203, Rn. 55 ff.

¹⁸³ So Schönke / Schröder – Lenckner Vorbem. vor §§ 32 ff., Rn. 33 ff.; Nevian, S. 86.

¹⁸⁴ Vgl. Palandt – Heinrichs Einf. vor § 116, Rn. 7.

¹⁸⁵ Siehe Larenz AT, § 19 IV c.

solche Ausnahme anzunehmen sein, weil sich deren Übergabe nicht von einem Tag auf den anderen vollzieht, sondern vielmehr in der Tagespresse oder zumindest in den Räumlichkeit *entsprechende Informationen* verbreitet werden. Daher habe es ein Mandant bzw. Patient selbst in der Hand der Weitergabe seiner Unterlagen zu widersprechen¹⁸⁶[186]. Falls man allerdings nicht auf derartige Ankündigungen reagiere, habe man rechtswirksam zum Ausdruck gebracht, die Weitergabe der Unterlagen gehe in Ordnung. Diese Ansicht ist jedoch *lebensfremd und berücksichtigt die tatsächlichen Gegebenheiten nur unzureichend*. Es ist nämlich keinesfalls gewährleistet, dass sämtliche Personen, deren Daten weitergegeben werden sollten, von der Übergabe der Praxis tatsächlich Kenntnis erlangen. Schließlich kann nicht erwartet werden, dass jeder aufmerksam die komplette Tageszeitung durcharbeitet. Darüber hinaus hat auch nicht jeder der bisherigen Mandanten bzw. Patienten die Möglichkeit, einen Praxisaushang durchzulesen, da viele von ihnen möglicherweise seit einem längeren Zeitraum keinen Anlaß besaßen, in die Praxis zu kommen. Es kann daher keinesfalls sicher festgestellt werden, welche Patienten bzw. Klienten tatsächlich über den Praxisübergang informiert werden konnten und welche nicht¹⁸⁷[187]. *Auch diese Ansicht führt daher nicht zu tragbaren Ergebnissen und ist daher abzulehnen.*

ddd. Rechtfertigung durch schlüssiges Verhalten

Weiterhin ist in Betracht zu ziehen, auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung zu verzichten, wenn ein Patient bzw. Mandant seine Zustimmung zur Weitergabe seiner Unterlagen durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck bringt. Dies ist typischerweise dann der Fall, *wenn dieser den Praxisnachfolger nach Übergabe der Praxis ebenso wie den Vorgänger konsultiert*¹⁸⁸[188]. Dies scheint auch sachgerecht, da jeder der einen Arzt oder Anwalt konsultiert, davon ausgeht, dass dieser bei der Beratung oder Behandlung von den persönlichen Daten Kenntnis erlangt. Dies ist sogar für eine adäquate Betreuung erforderlich. Daher wird konkludent zum Ausdruck gebracht, man sei mit der Weitergabe der Unterlagen einverstanden, wenn man den Praxiserwerber aufsucht.

eee. Rechtfertigung durch eine mutmaßliche Einwilligung

Teilweise wird vertreten, dass die Überlassung der Patientenunterlagen im Rahmen des Praxisübernahmevertrages deswegen zulässig sei, weil diese Vorgehensweise im Regelfall dem *objektiven Interesse* und dem *mutmaßlichen Willen*¹⁸⁹[189] der Patienten bzw. Mandanten entspreche. Dieses Material sei nämlich für eine effektive Betreuung zwingend erforderlich. Dagegen wird allerdings angeführt, dass damit die Entscheidung über die Zulässigkeit der Weitergabe ohne Not aus den Händen der Patienten bzw. Mandanten gegeben werde¹⁹⁰[190]. Die Übergabe der Unterlagen läge nämlich auch nicht im Interesse der bisherigen Kunden der Praxis, sondern nur im Interesse des Praxisveräußerers und des Praxiserwerbers. Ersterer kann dann einen höheren Kaufpreis erzielen und Letzterer besitzt dann eine größere Chance, an die Beziehungen seines Vorgängers zum bisherigen Kundenstamm anzuknüpfen. In der Literatur halten sich die Ansichten ungefähr die Waage¹⁹¹[191]. Deswegen ist es unumgänglich die jeweiligen Argumente zu überprüfen.

aaaa. Weitergabe der Unterlagen im objektiven Interesse der Patienten bzw. Mandanten

¹⁸⁶ So Laufs in NJW 1975, 1433 (1433 ff.); Hess / Schirmer S. 466, Rn. 761.

¹⁸⁷ Dazu BGH NJW 1992, 737 (739).

¹⁸⁸ Vgl. BGHZ 116, 268 (275); BGH in NJW 1992, 737 (739).

¹⁸⁹ Siehe BGH NJW 1974, 670 ff.

¹⁹⁰ Siehe Kuhlmann in JZ 1974, 670 (670 ff.)

¹⁹¹ Dazu u. a. Laufs in NJW 1975, 1433 (1437); LK – Jähnke zu § 203, Rn. 70.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen tatsächlich in deren objektiven Interesse liegt. Für den Bereich der Ärzteschaft ergibt sich aus dem Behandlungsvertrag, dass ein Arzt die Wiederherstellung, Erhaltung oder Förderung der Gesundheit seiner Patienten schuldet¹⁹²[192]. Mit diesen Hauptpflichten steht die *Nebenpflicht der ausführlichen und sorgfältigen Dokumentation* der Behandlung in engem Zusammenhang¹⁹³[193]. Für eine effektive Behandlung ist es nämlich zwingend erforderlich, genaue Informationen über den jeweiligen Patienten zur Verfügung zu haben. Nur so kann nämlich eine genaue Diagnose und, auf der Basis der genauen Dokumentation des Krankheitsbildes, auch eine effektive Therapie erstellt werden *Die Herstellung der Patientenunterlagen ist damit Bestandteil der Behandlung*¹⁹⁴[194]. Gerade angesichts der immer weiter fortschreitenden Spezialisierung der Ärzteschaft und der immer stärkeren Neigung der Patienten, Fachärzte zu konsultieren, ist es auch unverzichtbar, genaue Aufzeichnungen über eine Behandlung zu machen. Nicht viel anders ist es im Prinzip im Bereich der Anwaltschaft. Auch bei der dabei erforderlichen Beratung der Mandanten ist es zwingend erforderlich, Details aus deren persönlichen und vor allem wirtschaftlichen Umfeld zu kennen. Weiterhin spielt neben dieser *Funktion als Gedächtnisstütze* auch die *Möglichkeit zur Kontrolle seitens der Mandanten und Patienten* eine nicht zu unterschätzende Rolle. Nur so können nämlich gegebenenfalls Erfolg oder Fehler einer ärztlichen Behandlung bzw. anwaltlichen Beratung nachvollzogen werden. Aus diesen Ausführungen wird deutlich ersichtlich, dass die Herstellung und auch die Aufbewahrung der Patientenunterlagen von großer Bedeutung sind¹⁹⁵[195]. Es ist daher auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Weitergabe der Patienten – bzw. Mandanten unterlagen und die damit verbundene sichere Aufbewahrung *erhebliche Vorteile mit sich bringt und damit wohl auch im objektiven Interesse der Betroffenen liegt*. Dennoch ist aber nur auf das objektive Interesse abzustellen, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt die *Möglichkeit zur eigenen Willensbildung ausscheidet* oder der *Feststellung des wirklichen Willens unüberwindbare Hindernisse entgegen stehen*¹⁹⁶[196]. Dies wäre dann der Fall, wenn eine Befragung der Mandanten bzw. Patienten, um deren tatsächlichen Willen zu ermitteln, faktisch unmöglich wäre.

bbbb. Möglichkeit der Patientenbefragung

Es muss daher untersucht werden, ob die Belastungen, die sich aus einer Befragung der Mandantenschaft ergeben können, zu einer *unzumutbaren Erschwerung des Praxisverkaufs* führen würden. Nur dann könnte nämlich auf deren objektives Interesse abgestellt werden. Teilweise wird diesbezüglich vertreten, dass die *Kosten, die sich aus einer Befragung der bisherigen Kunden einer Kanzlei ergeben*, dieselbe unzumutbar machen würden¹⁹⁷[197]. Ein Großteil müsste nämlich angeschrieben werden, um so ihre Zustimmung bzw. Ablehnung zur Weitergabe der Unterlagen zu äußern. Da dabei auch ein vorfrankierter Freiumschlag beigelegt werden müsste, damit zumindest eine gewisse Zahl von Rückantworten erwartet werden kann, würde dies gerade bei größeren Praxen Unsummen verschlingen. Weiterhin wird gegen eine derartige Vorgehensweise angeführt, dass *viele Patienten bzw. Mandanten nicht zu erreichen sein werden, weil sich deren Adresse geändert hat*¹⁹⁸[198]. Diese Argumente können jedoch allenfalls ansatzweise überzeugen. Zunächst kann

192 Vgl. Rieger in DMW 1978, 595 (595).

193 Siehe Daniels in NJW 1976, 345 (346).

194 Weiterführend Laufs / Uhlenbruck zu § 59, Rn. 5 ff.

195 Vgl. auch Hess / Schirmer, Rn. 935; Roßnagel in NJW 1989, 2303 (2306).

196 Siehe Laufs in NJW 1975, 1433 (1435); Tröndle / Fischer vor § 32, Rn. 4; Bongen / Kremer NJW 1990, 2911 (2912).

197 Vgl. Kamps in NJW 1992, 1545 (1546).

198 So Kersten / Bühling S. 408, Rn. 20.

nämlich ein Großteil der Mandanten bzw. Patienten *mündlich befragt* werden, wenn sie sich zur Behandlung bzw. Beratung in die Praxisräume begeben. Dafür steht auch ein ausreichend großer Zeitraum zur Verfügung, da eine Praxisübergabe in der Regel kein plötzlichen, sondern einen langfristig geplanten Vorgang darstellt. Etwas anderes wäre nur bei einem plötzlichen Todesfall und einem daraus resultierenden Notverkauf denkbar¹⁹⁹[199]. Aber auch dann kann das Argument mit den unverhältnismäßigen Kosten nicht überzeugen. Ein Befragungsschreiben könnte nämlich *unproblematisch mit einem werberechtlich zulässigen Informationsschreiben über den Praxisübergang* (s. o.) *kombiniert* werden. Dadurch relativieren sich die Kosten bereits. Weiterhin kann auch aus der Anzahl der tatsächlich zurückgekommenen Antworten auf die Größe des Kundenstammes der Praxis geschlossen werden, was in Hinblick auf die *Bewertung des „Goodwills“* einen nicht zu unterschätzenden Vorteil darstellt (s. o.). Somit kann der Kostennachteil, der durch die Befragung entsteht, durchaus als aufgewogen angesehen werden. Auch das Argument, ein Großteil der Kunden sei nicht zu erreichen, überzeugt nicht, da eine Änderung tatsächlich nicht überdimensioniert häufig sein wird, und eine solche wohl auch dem Arzt bzw. Anwalt mitgeteilt wird. Auf Grund dieser Überlegungen ist daher eine schriftliche Befragung der Patienten bzw. Mandanten *nicht als unzumutbar* einzustufen. Daher kann bezüglich der Zulässigkeit der Weitergabe ihrer Unterlagen auch *nicht auf ihr objektives Interesse abgestellt werden*.

ccc. Konsequenz aus dem Ausschluß der Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung

Da aus den dargestellten Gründen eine Rechtfertigung durch eine mutmaßliche Einwilligung ausscheidet, kann der Tatbestand des § 203 StGB nicht ausgeschlossen werden, wenn sich die Mandanten bzw. Patienten *nicht in irgendeiner Form mit der Weitergabe ihrer Unterlagen einverstanden zeigen*. Sofern dies nicht der Fall sein sollte und damit auch ein weiteres Aufsuchen der Praxis unwahrscheinlich ist, muss, zumindest im Bereich der Ärzteschaft, sichergestellt werden, dass die *Patientenunterlagen für den im Endeffekt weiterbehandelnden Arzt aufbewahrt werden*²⁰⁰[200]. Einsichtnahme ist dann jedoch aus den genannten Gründen nicht gestattet. Eine solche Art der Aufbewahrung sollte daher durch die Ärztekammer oder ein privates Archivunternehmen geschehen, um mögliche Differenzen und Nachweisschwierigkeiten zu vermeiden. Auf die dort aufbewahrten Unterlagen könnte dann auch zurückgegriffen werden, falls sich ein Patient oder Mandant, der zunächst keine Zustimmung zu der Weitergabe der Unterlagen erteilt hat, doch noch entschließen sollte, den Praxisnachfolger zu konsultieren²⁰¹[201].

fff. Zwischenergebnis für den Bereich der möglichen Rechtfertigungsgründe

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird zunächst ersichtlich, dass eine generelle Rechtfertigung der Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen aus Gründen der „sozialen Adäquanz“ ausscheidet. Auch der Tatsache, dass der Weitergabe der Unterlagen widersprochen wird, kann keine Bedeutung beigemessen werden. Anerkannt ist dagegen, die *Zustimmung durch schlüssiges Verhalten*, wie beispielsweise durch Konsultation des Praxisnachfolgers, zuzulassen. Falls ein solches allerdings nicht erkennbar ist, muss eine *ausdrückliche Einwilligung* in die Überlassung der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen an den Praxisnachfolger vorliegen. Eine mutmaßliche Einwilligung, die aus dem objektiven Interesse gefolgert wird, kann dagegen in der gegebenen Konstellation nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, *da eine ausdrückliche Befragung der Patienten bzw. Mandanten nicht als unzumutbar einzustufen ist*.

¹⁹⁹ Dazu Kern in MedR 1994, 252 (252).

²⁰⁰ Weiterführend, DÄBl. 1985, Seite 646.

²⁰¹ Siehe dazu auch BGHZ 116, 268 (275 f.).

d. Folgerungen für den Bereich der Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen

aa. Zulässige Übergabe der Unterlagen

Zunächst ist die Übergabe der Mandanten – bzw. Patientenunterlagen rechtlich dann zulässig, wenn der zukünftige Erwerber der zu veräußernden Praxis, im Rahmen einer Tätigkeit in derselben von den Inhalten der zu übergebenden Karteien Kenntnis genommen hat. Es empfiehlt sich daher vor der eigentlichen Veräußerung einer Praxis mit dem Erwerber eine *Gemeinschaftspraxis bzw.*

*Sozietät*²⁰²[202] zu gründen oder diesen zumindest als Mitarbeiter anzustellen. Damit gehört er nämlich zum „Kreis der zum Wissen Berufenen“. Es muss dabei allerdings darauf geachtet werden, dass der Erwerber tatsächlich mit möglichst vielen Akten in Kontakt kommt. Insoweit besteht auch *kein Unterschied zwischen dem Verkauf einer Anwaltskanzlei und einer Arztpraxis*. Falls die soeben angesprochene Vorgehensweise aus irgendwelchen Gründen nicht möglich ist, muss nach anderen Wegen die Weitergabe zu rechtfertigen, gesucht werden.

aaa. Einwilligung bzw. schlüssiges Verhalten

Gerechtfertigt ist die Weitergabe der Patienten – bzw. Mandantenunterlagen auf jeden Fall dann, wenn eine *ausdrückliche Einwilligung* des Betroffenen vorliegt, oder dieser durch *schlüssiges Verhalten* seine Zustimmung kund tut. Nicht ausreichend ist es dagegen, auf eine mutmaßliche Einwilligung abzustellen. Falls im Endeffekt keine Zustimmung zur Weitergabe der Unterlagen seitens der Betroffenen vorliegt, muss allerdings in irgendeiner Weise gewährleistet werden, dass auch deren Kartei aufbewahrt bzw. zugänglich gemacht wird. Am sachgerechtesten scheint dabei, auf das für den Bereich der Ärzteschaft entwickelte Zwei-Schrank-Modell zurückzugreifen²⁰³[203] und dies auch auf die Veräußerung einer Anwaltskanzlei zu übertragen, auch wenn hier keine explizite Aufbewahrungspflicht besteht.

bbb. Das Zwei-Schrank-Modell

Grundlage des Zwei-Schrank-Modells von *Kamps* ist ein doppeltes Karteischranksystem. Dabei wird folgenden Vorgehensweise nahe gelegt. Zunächst werden die Patienten, soweit dies möglich ist, befragt ob sie mit der Weitergabe ihrer Unterlagen an den Praxisnachfolger einverstanden sind. Soweit sich daraus positive Antworten ergeben, werden die Unterlagen der zustimmenden Patienten im Rahmen des Praxisverkaufs sofort mit veräußert. Die danach übrigbleibenden Karteien werden in einem *verschlossenen Karteischrank* in der veräußerten Praxis zurückgelassen. An diesen behält der *bisherige Praxisinhaber Eigentum*.²⁰⁴[204] Dieser verpflichtet sich jedoch, immer dann das Eigentum an einer bestimmten Karteikarte an den Praxiserwerber zu übertragen, wenn der betreffende Patient zur erneuten Behandlung in die Praxis kommt oder schriftlich seine Zustimmung zur Überlassung erteilt²⁰⁵[205]. Diese Verpflichtung hat innerhalb des Praxisübernahmevertrages zu geschehen. Weiterhin ist darin zu regeln, dass ein Praxisangestellter des bisherigen Inhabers, der bereits zuvor

²⁰² Für den Bereich der Anwaltschaft, siehe dazu BGH in NJW 2001, 2462 (2463).

²⁰³ Siehe Kamps in NJW 1992, 1546 (1547).

²⁰⁴ Siehe Kersten / Bühling S. 408, Rn. 21.

²⁰⁵ Zustimmung Laufs in NJW 1993, 1505 ff.

Einblick in die Karteien hatte, den Schlüssel zu dem besagten Karteischrank erhält. Die Ausgabe der Patientenunterlagen hat auch durch diesen zu erfolgen²⁰⁶[206].

ccc. Modifizierung des Zwei-Schrank- Modells

Die genaue Durchführung des Zwei-Schrank-Modells von *Kamps* führt jedoch nicht zu dem gewünschten Ergebnis. Es muss nämlich beachtet werden, dass der Praxiserwerber gem. § 613 a BGB in die Arbeitsverträge mit dem bisherigen Praxispersonal eintritt. Demnach unterliegen diese auch der *Weisungsbefugnis des Praxiserwerbers* und sind dessen Direktionen ausgesetzt. Somit hat jedoch der neue Praxisinhaber faktisch bereits bei Übergabe der Praxis die Verfügungsmacht über sämtliche Patientenunterlagen. Die eine Möglichkeit zur Modifizierung des Zwei-Schrank Modell besteht darin, dass der Praxiserwerber innerhalb des Praxisübernahmevertrages *explizit auf seine Weisungsbefugnis gegenüber dem Angestellten verzichtet*, der die besagte Kartei zu verwalten hat²⁰⁷[207]. Die andere Möglichkeit wäre, dem Erwerber *nur nach entsprechender Voranmeldung* ein eigenes Zugriffsrecht auf die Karteien zuzubilligen²⁰⁸[208] und diesem bei Missachtung vertraglich eine empfindliche Strafe aufzubürden. Die *Kontrolle läge dann bei dem Veräußerer*. Auch durch diese Vorgehensweise wäre in diesem Zusammenhang ein Verstoß gegen § 203 StGB ausgeschlossen und auch der aus dem Behandlungsvertrag mit den Patienten resultierenden Aufbewahrungspflicht ihrer Unterlagen (s. o.) entsprochen. Zudem wäre dadurch gewährleistet, dass sowohl der Erwerber jederzeit auf die Patientenunterlagen zurückgreifen kann, als auch der Patient, der seine Unterlagen ausgehändigt haben will, um dann einen anderen Arzt zu konsultieren. Weiterhin könnten dadurch sowohl die *Vorteile des Zwei-Schrank-Modells ausgenutzt, als auch dessen Nachteile vermieden* werden. Auf Grund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Veräußerung einer Arztpraxis mit der Veräußerung einer Kanzlei (s. o.), sollte dieses System ebenso für den Bereich der Anwaltschaft Anwendung finden.

bb. Konsequenzen für die vertragliche Praxis

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird ersichtlich, dass eine Klausel, die den Praxisveräußerer zur Weitergabe der Patienten- bzw. Mandantenunterlagen verpflichtet, nur gültig sein kann, wenn diese Verpflichtung auch zulässig ist²⁰⁹[209]. Bei Nichtigkeit der Bestimmung betreffend der Überlassung von Patientenunterlagen, stellt sich allerdings die Frage, was mit dem restlichen Vertrag geschieht. Dabei ist die Maßgabe des § 139 BGB zu beachten, wonach eine *Teilnichtigkeit grundsätzlich auch die Gesamtnichtigkeit* eines Rechtsgeschäfts nach sich zieht²¹⁰[210]. Da es sich bei § 139 jedoch um *dispositives Recht* handelt²¹¹[211], kann diese Bestimmung jedoch durch eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien abbedungen werden. Diese Bestimmung nennt man *salvatorische Klausel* (s. o.). Diese erhält i. d. R. sowohl eine *Erhaltungs-* als auch eine *Ersetzungsklausel*. Konsequenz wäre daher die Gültigkeit des Vertragswerkes mit einer entsprechend modifizierten Regelung, die rechtswirksam ist²¹²[212]. Haben die Vertragspartei jedoch keine solche salvatorische Klausel vereinbart, so ist von der Gesamtnichtigkeit auszugehen, sofern sich nicht aus dem hypothetischen Willen beider Beteiligten

206 Weiterführende Darstellung bei Kanps in NJW 1992, 1545 (1546 f.).

207 Vgl. Rieger in MedR 1992, 147 (149).

208 Dazu Kersten / Bühling S. 408, Rn. 21.

209 Siehe Regelungsbeispiel für eine zulässige Klausel in diesem Zusammenhang im Anhang, Nr. 16.

210 Vgl. Kropholler zu § 139, Rn. 4.

211 So MüKo – Mayer – Maly zu § 139, Rn. 4; Soergel – Hefermehl zu § 139, Rn. 2.

212 Siehe Rieger in MedR 1992, 147 (151).

etwas anderes ergibt²¹³[213]. Es würde dabei die Feststellung genügen, dass das Rechtsgeschäft auch zu diesen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn Leistung und Gegenleistung nach wie vor in einem *gleichwertigen Verhältnis* stünden²¹⁴[214]. Es muss daher untersucht werden, ob die Pflicht zur Weitergabe der Patientenunterlagen nachhaltigen Einfluss auf den Kaufpreis genommen hat. Falls dies der Fall gewesen sein sollte, ist die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nicht zu verhindern.

4. Zwischenergebnis für den Bereich der Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages

Zunächst ist festzustellen, dass der Praxisübernahmevertrag in seiner Gesamtheit *nicht mehr zu einem Verstoß gegen die guten Sitten* (vgl. § 138 BGB) führen kann. Aus den vorangegangenen Ausführungen wird auch jedoch ersichtlich, dass auf eine Vielzahl von Problemkonstellationen Rücksicht genommen werden muss, um die Wirksamkeit des Praxisübernahmevertrages nicht zu gefährden. Insbesondere ist für die vertragliche Praxis zu beachten, das *Konkurrenzverbot* und die *Überlassung von Patienten- und Mandantenunterlagen* nur in der dargestellten Form zu regeln. Dadurch kann nämlich ein möglicher Verstoß gegen *verfassungsrechtliche Vorschriften, standestypisches Berufsrecht oder strafrechtliche Bestimmungen* ausgeschlossen werden. Insoweit ist allerdings immer die neuste Rechtsprechung des BGH mit in die Überlegungen mit einzubeziehen, da diese in der Vergangenheit oft Urteile hervor brachte, die im Gegensatz zu vorhergehenden Entscheidungen standen. Dann ist auch von der Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages über den Kauf einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei auszugehen.

VI. Schlussbemerkungen

Zunächst ist festzustellen, dass bei der Veräußerung einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei eine *Sachgesamtheit nebst „Goodwill“* veräußert wird. Der dabei abgeschlossene Vertrag ist in seiner Gesamtheit als *Kaufvertrag gem. § 433 BGB* einzuordnen. Dessen Regelungen können jedoch die Besonderheiten der Praxisübernahme nur unzureichend berücksichtigen. Deswegen muss in Anlehnung an die grundsätzlich vergleichbare Situation bei Unternehmensverkäufen eine *umfassende Pflichtenstruktur* für den Verkauf einer Arztpraxis bzw. Anwaltskanzlei entwickelt werden, um den angestrebten Leistungserfolg als Ganzes zu sichern. Dadurch können viele Probleme bereits im Ansatz vermieden werden. Dennoch existieren vor allem im Bereich der *Ermittlung des Kaufpreises* einer Anwaltskanzlei bzw. Arztpraxis und in Hinblick auf die letztendliche *Wirksamkeit* des abgeschlossenen Vertrages diverse Schwierigkeiten. Diese resultieren insbesondere daraus, dass es sich bei einer Praxisveräußerung lediglich um die *Verschaffung einer Chance handelt, an die Beziehungen des Vorgängers anknüpfen zu können*. Da es jedoch im Interesse der Vertragsparteien liegt, diese Möglichkeit möglichst umfassend übergehen zu lassen, werden im Vertragswerk häufig Klauseln aufgenommen, die im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen, strafrechtlichen oder sonstigen gesetzlichen Bestimmungen stehen. Solche vertraglichen Regelungen können daher die Wirksamkeit des Vertrages im Ganzen ausschließen. Wie im Einzelfall die Wirksamkeit eines Praxisübernahmevertrages sichergestellt werden kann, wurde ausführlich erörtert. Darüber hinaus können aus einem solchen Vertrag auch Probleme hinsichtlich der *Haftung* und des *Steuerrechts* entstehen, die allerdings in der vorstehenden Bearbeitung auf Grund ihrer Komplexität nur tangiert werden konnten. Im übrigen ist auf die dargestellten *Zwischenergebnisse* innerhalb der einzelnen Problemfelder zu verweisen. Zudem soll durch die im *Anhang dargestellten Regelungen* eine Parallele

²¹³ Müko – Mayer – Maly zu § 139, Rn. 24; Soergel – Hefermehl zu § 139, Rn. 35.

²¹⁴ Vgl. Soergel – Hefermehl zu § 139, Rn. 40.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

zur Praxis gezogen und dargestellt werden, wie im Einzelfall eine vertragliche Regelung bezüglich einer bestimmten Problemkonstellation aussehen kann.

Anhang

NR. 1: Beispiel für eine INVENTARLISTE (vgl. Möller, S. 64, Rn. 7 zu § 3)

Raum	lfd.Nr.	Gegenstand	Anzahl	Anschaffungsdatum u. Preis, soweit Rechnung vorhanden	Schätzwert zum Bew.-Stichtag	bes. Bemerkungen
...

NR. 2: Regelungsbeispiel für die VERÄUßERUNG DES PRAXISINVENTARS (vgl. auch Kersten / Bühling, S. 409, § 4 zu Rn. 24)

1. Mit der Übergabe der Praxis gehen die Einrichtungsgegenstände und das Inventar, das auf der diesem Kaufvertrag als Anlage beigefügten Auflistung verzeichnet ist, in das Eigentum des Käufers über.
2. Die Übertragung des Inventars erfolgt wie besichtigt. Der Verkäufer haftet nicht für sichtbare und unsichtbare Sachmängel.
3. Der Verkäufer versichert, dass sämtliche verkauften Einrichtungsgegenstände, Instrumente und Materialien in seinem freien, unbeschränkten Eigentum stehen, sowie nicht belastet oder verpfändet sind.
4. Das Eigentum an den verkauften Gegenständen und Rechten geht mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises an den Käufer über.

NR. 3: Mögliche Regelung in Bezug auf die KASSENZULASSUNG (vgl. auch Kersten / Bühling, S. 412, § 9 zu Rn. 24)

Zum Zeitpunkt der Übergabe der Praxis wird der Verkäufer auf seine Kassenzulassung verzichten und auch seine Privatpraxis aufgeben. Der Käufer wird zu diesem Zeitpunkt seine Zulassung zur kassenärztlichen Praxis beantragen. Beide Beteiligten können von diesem Vertrag zurücktreten, wenn der Käufer nicht bis zum die Zulassung zur Kassenpraxis erhält.

NR. 4: Mögliche Regelung hinsichtlich des VERTRAGSGEGENSTANDES

1. Verkauft und veräußert wird die vom Übergeber unter der vorstehend genannten Praxisanschrift betriebene Rechtsanwaltskanzlei (bzw. Arztpraxis). Hierzu zählen zunächst die Büroeinrichtung, die Bürogeräte, die Bibliothek und die sonstigen technischen Instrumente. Die einzelnen Gegenstände ergeben sich aus der von den Parteien einvernehmlich aufgestellten Inventarliste, die diesem Vertrag als Anlage beigefügt ist.
2. Offene Forderungen, die auf Außenständen im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Veräußerers beruhen, sind nicht Gegenstände des Kaufvertrages. Diese Forderungen stehen allein dem Veräußerer zu und können nur von diesem beigetrieben werden. Dagegen stehen die Forderungen, die nach dem

Übergabestichtag durch die Tätigkeit des Erwerbers entstanden sind, ausschließlich diesem zu.

3. 3. Mitübertragen wird auch der ideelle Wert der Praxis (Goodwill).

NR. 5: Mögliche Regelung in Bezug auf das MIETVERHÄLTNIS (vgl. auch Kersten / Bühling, S. 415, § 6 zu Rn. 26)

Der Kaufvertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses eines langfristigen Mietvertrages (mindestens 5 Jahre) über die Praxisräume geschlossen. Beide Beteiligten werden gemeinsam mit dem Vermieter in Kontakt treten, um einen Eintritt des Erwerbers in den bestehenden Mietvertrag über die Praxisräume zu erreichen. Der Verkäufer wird jedenfalls sein Mietrecht aufgeben; der Käufer wird in eine Erhöhung der jetzigen Miete bis zum 25 vom Hundert einwilligen.

NR. 6: Mögliche Regelung eines WETTBEWERBSVERBOTES bei Unternehmenskäufen (vgl. auch Kersten / Bühling S. 392, Rn. 43)

1. 1. Dem Verkäufer ist im weitesten Sinne untersagt, mit dem verkauften Unternehmen unmittelbar oder mittelbar in Wettbewerb zu treten, Wettbewerber in irgendeiner Weise zu fördern, zu betreuen oder zu beraten – sei es auch in Bereichen, in denen unmittelbar kein Wettbewerb stattfindet – oder sich an einem Unternehmen, das mit dem verkauften Unternehmen in Wettbewerb steht oder künftig geraten könnte, unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen. Er hat verschuldensunabhängig dafür einzustehen, dass auch alle Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, Wettbewerb mit der Gesellschaft in diesem Sinne unterlassen.
2. 2. Das Wettbewerbsverbot gilt bis Es beschränkt sich räumlich auf die Länder Bayern und Baden – Württemberg der BRD und auf Österreich. Die Vergütung für das Wettbewerbsverbot ist im Kaufpreis enthalten.
3. 3. Sollte der Verkäufer gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen, so hat er dem Käufer ohne Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen alles herauszugeben, was er aus der verbotenen Tätigkeit erlangt hat. In der Höhe, in der Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, etwas aus der mißbilligten Wettbewerbstätigkeit erlangen, hat der Verkäufer eine Vertragsstrafe zu zahlen. In jedem Fall schuldet er auch selbst eine Vertragsstrafe in Höhe von

für jede Verletzungshandlung. Bei fortgesetzter Verletzung gilt die Wettbewerbstätigkeit in jedem Kalendermonat als Verletzungshandlung.

Nr. 7: Beispiel für die Bewertung der zu übernehmenden Vermögensgegenstände, die den Substanzwert ausmachen, und der Verbindlichkeiten zum Übernahmestichtag (siehe auch dazu Möller S. 65, Rn. 13)

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

AKTIVA	DM	PASSIVA	DM
1. Büroeinrichtung, Geräte, Bibliothek, lt. Inventarliste	18.820,00	Vom Erwerber zu übernehmende Verbindlichkeiten: 1. Bankschulden, langfristig 2. Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten (»offene Rechnungen«)	23.530,00
2. Betrieblicher PKW, vom Erwerber zu übernehmen, lt. Gutachten	12.600,00		8.220,00
3. Ausstehende Forderungen, vom Erwerber zu übernehmen	13.520,00	3. Verbindlichkeiten aus Löhnen und Gehältern, Sozialversicherungsbeiträgen, Lohn- u. Kirchensteuer	8.250,00
4. Bankguthaben, vom Erwerber zu übernehmen	15.060,00	Zwischenwert:	40.000,00
Summe:	60.000,00	Saldo Nettowert = (Netto-)Substanzwert	20.000,00
Summe Aktiva	60.000,00	Summe Passiva	60.000,00

Nr. 8: Analyse der WERTSENKENDE MEKMALE (aus Möller S. 79, Rn. 100)

Merkmal	Charakterisierung	mutmaßlicher Grund der Wertsenkung
Alter des Übergebers über 65 Jahre	personenbezogenes Merkmal des Übergebers	zu befürchtende Einnahmeverluste, wenn Mandantenstamm ebenfalls älter u. aus dem Erwerbsleben ausscheidet.
Bestehen der Praxis weniger als 10 Jahre	sachbezogenes Merkmal der Praxis	zu befürchtende Einnahmeverluste beim Anwaltswechsel wenn »Firma« noch nicht im Publikumsbewußtsein fest verwurzelt.
Einkünfte von wenigen Großklienten	sachbezogenes Merkmal der Praxis	hohe Einnahmeverluste, wenn Großklienten nicht verbleiben.
auslaufende Tätigkeiten der Praxis (Wiedergutmachung, Vertreibungsschäden)	sachbezogenes Merkmal der Praxis	Einnahmen entfallen demnächst mit Sicherheit
Übergang der Praxis nach Unterbrechung	sachbezogenes Merkmal der Praxis	Einnahmeverluste zu befürchten, weil Klienten schon zum Teil zu anderen RAen abgewandert sind
Kosten angestellter Rechtsanwälte	sachbezogenes Merkmal der Praxis	niedrigerer Gewinn durch hohe Kosten

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

Nr. 9: Gängige Regelung bezüglich des KAUFPREISES (vgl. Kersten / Bühling, S. 416, § 9 zu Rn. 26)

1. Der Kaufpreis für Inventar und Praxisgegenstände beträgt

.....
Der Kaufpreis für den Erwerber zu zahlenden „Goodwill“ beträgt

.....
Der Gesamtpreis beträgt somit

.....
Der Gesamtpreis ist wie folgt zur Zahlung fällig

2. Aufrechnung ist ausgeschlossen, soweit dem nicht zwingende Gesetzesvorschriften entgegen stehen.

3. Wenn und soweit der vorgenannte Kaufpreis bei Fälligkeit ganz oder teilweise nicht gezahlt werden sollte, ist der jeweils rückständige Teil des Kaufpreises zu verzinsen mit fünf vom Hundert über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank fürs Jahr. Die Zinsen sind fällig und zahlbar mit dem Kapital.

4. Der Erwerber unterwirft sich wegen der hiermit übernommenen Zahlungsverpflichtung dem Veräußerer gegenüber sofortiger Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Dem Veräußerer kann jederzeit ohne weitere Nachweise vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden.

NR. 10: Regelungsbeispiel bezüglich EINTRITT IN LAUFENDE VERTRÄGE (vgl. Kersten / Bühling, S. 411, § 6 zu Rn. 24)

1. 1. Der Käufer tritt in die laufenden Verträge ein, die in dem dieser Urkunde als Anlage beigefügten Verzeichnis aufgeführt sind. Die Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen hat bis zur Praxisübergabe im Innenverhältnis der Verkäufer zu tragen und ab Praxisübergabe der Käufer. Darüber hinaus geleistete Zahlungen hat der Käufer dem Verkäufer zu erstatten.
2. 2. Die Beteiligten sind wechselseitig dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Käufer auch im Außenverhältnis zu den Vertragspartnern des Verkäufers an dessen Stelle tritt. Sie haben deren Zustimmung zu dieser Vertragsübernahme einzuholen.
3. 3. Die Beteiligten sind darüber einig, dass der Käufer – soweit dies nach den Vorschriften der Telekom AG möglich ist – auch den Telefonanschluss der Praxis übernimmt. Der Verkäufer verpflichtet sich, der Telekom AG gegenüber die notwendigen Erklärungen abzugeben.

NR. 11: Vertragliche Regelung, die zur ERHALTUNG DES MANDANTENSTAMMES dient

1. 1. Veräußerer und Erwerber verpflichten sich gegenseitig, gemeinsam die Praxisübernahme den ständigen Mandanten und den Auftraggebern der noch laufenden Mandate durch mündliche Unterrichtung, persönliches Anschreiben, durch Rundschreiben und durch Zeitungsanzeigen mitzuteilen. Der Veräußerer verpflichtet sich, den Erwerber auf Verlangen bei wichtigen Klienten persönlich einzuführen.
2. 2. Der Veräußerer hat dem Erwerber sämtliche Akten und sonstige Unterlagen zu überlassen, soweit sie diejenigen Mandanten betreffen, die sich mit der Fortführung des Mandates durch den Erwerber bzw. mit der Überlassung der Unterlagen an den Erwerber einverstanden erklärt haben.

Nr. 12: Vereinbarung einer ÜBERLEITENDEN MITARBEIT in einer Kanzlei

Der Veräußerer verpflichtet sich für die Dauer von Monaten nach Übergabe der Praxis zu einer überleitenden Mitarbeit in der übertragenen Kanzlei. Der Umfang der überleitenden Mitarbeit richtet sich danach, was erforderlich ist, um eine Einarbeitung des Übernehmers in laufende / zu übernehmende Mandate zu gewährleisten und um den Übernehmer mit allen für die Kanzlei besonders wichtigen Mandanten bekanntzumachen. Der Veräußerer steht zu diesem Zweck dem Übernehmer einen vollen Arbeitstag in der Woche zur Verfügung, erforderlichenfalls mehr. Für seine Mitarbeit erhält er ein Honorar von je Zeitstunde.

Verband der Freien Berufe in Berlin e.V. VFB

Nr. 13: Gängige Regelung eines WETTBEWEBSVERBOTES bei Verkauf einer Arztpraxis

1. 1. Der Verkäufer verpflichtet sich, innerhalb von 2 Jahren im Umkreis von 15 km vom Praxissitz keine neue Arztpraxis zu gründen, zu übernehmen oder eine vergleichbare Tätigkeit auszuüben. Ausgenommen von diesem Verbot sind gelegentliche Praxisvertretungen.
2. 2. Bei Zuwiderhandlungen gegen das Konkurrenzverbot hat der Verkäufer eine Vertragsstrafe von zu zahlen. Der Anspruch auf Unterlassung bleibt daneben bestehen.

NR. 14: SALVATORISCHE KLAUSEL (vgl. Möller, S. 214, § 17 des Mustervertrages)

Die Parteien gehen davon aus, dass alle Vereinbarungen aus dem Vertrag rechtswirksam sind. Sollte eine Regelung dieses Vertrages unwirksam sein, so berührt dies die Wirksamkeit des Vertrages im übrigen nicht. Für diesen Fall verpflichten sich die Vertragsschließenden, die unwirksame Bestimmung durch eine wirksame zu ersetzen, mit welcher wirtschaftlich möglichst dasselbe erreicht wird.

NR. 15: Regelungsbeispiel für ein WETTBEWERBSVERBOT bei einem Kanzleiverkauf (vgl. auch Kersten / Bühling S. 416, § 11 zu Rn. 26)

1. 1. Dem Veräußerer ist es nicht gestattet, innerhalb einer Frist von zwei Jahren, gerechnet vom Tage des Vertragsschlusses an, für bisherige Mandanten der verkauften Praxis tätig zu werden, gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich, ob selbständig, als Sozium, als freier Mitarbeiter oder Angestellter, direkt oder über einen Mittelsmann.
2. 2. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorgeschriebene Verpflichtung hat der Veräußerer an den Erwerber eine Vertragsstrafe von zu zahlen.

NR. 16: Regelungsbeispiel bezüglich der Übergabe einer Patientenkartei (vgl. auch Kersten / Bühling, S. 409, § 4 zu Rn. 24)

1. 1. Mit der Übergabe der Praxis und der vollständigen Zahlung des Kaufpreises geht die Patientenkartei mit sämtlichen Krankenunterlagen in das Eigentum des Erwerbers über, soweit eine schriftliche Einwilligungserklärung der Patienten vorliegt.
2. 2. Im übrigen nimmt der Erwerber die Patientenkartei für den Veräußerer in Verwahrung. Auf das Verwahrungsverhältnis finden die § 688 Anwendung, soweit sich aus dem folgenden nichts anderes ergibt.
 - a. a. Der Erwerber verpflichtet sich zur Aufbewahrung der Altkartei in einem verschlossenen Aktenschrank, getrennt von der laufenden Kartei des Erwerbers.
 - b. b. Der Erwerber verpflichtet sich, auf die Altkartei nur dann Zugriff zu nehmen, wenn der Patient ihrer Nutzung durch den Erwerber oder ihrer Überlassung an einen mit – oder nachbehandelnden Arzt im Original oder in Kopie schriftlich zugestimmt hat oder wenn er durch sein Erscheinen in der Praxis des Erwerbers schlüssig zum Ausdruck bringt, dass er der Nutzung der Altkartei durch den Erwerber billigt. Erklärt der Patient auf diese Weise sein Einverständnis in die Nutzung der Altkartei, dürfen seine Unterlagen aus der Alt – Kartei entnommen und in die laufende Patientenkartei des Erwerbers eingebracht bzw. versandt werden. Die aus der Alt – Kartei entnommenen Vorgänge werden vom Erwerber in einer fortlaufenden Liste erfasst.
 - c. c. Die Aufbewahrung der Alt – Kartei erfolgt unentgeltlich. § 690 BGB findet keine Anwendung.
 - d. d. Die Aufbewahrungspflicht des Erwerbers endet mit Ablauf der in der ärztlichen Berufsordnung vorgeschriebenen Aufbewahrungsfristen, sofern nicht nach anderen Vorschriften längere Aufbewahrungsfristen bestehen. § 695 bis 697 BGB finden keine Anwendung.
 - e. e. Im Falle der Nichteinhaltung der Verpflichtungen nach Buchstaben a. und b. zahlt der Erwerber für jeden Fall der Zuwiderhandlung an den Veräußerer eine Vertragsstrafe. Diese beträgt Weitergehende Ansprüche bleiben davon unberührt.
3. Sollten Patienten dem Verbleiben ihrer Unterlagen in der Praxis des Erwerbers widersprechen, kann der Erwerber hieraus einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises nicht herleiten.