

(Schein-)Lösung zur Praxisnachfolge: Scheinsozietät ?

- zum BGH-Urteil v. 13. 6. 2001 - VIII ZR 176/00 -
Dipl.-Kfm. Wirt.-Ing. Wolfgang Wehmeier, Berlin

Rund 10 Jahre sind vergangen seitdem der BGH entschieden hat, das bei der Veräußerung einer Arzt-, Anwalts- oder Steuerberatungskanzlei für den Verkäufer die Verpflichtung besteht, das so genannte informationelle Selbstbestimmungsrecht der Mandanten zu beachten¹. Das bedeutet, dass ohne schriftliche Einwilligung der betroffenen Mandanten weder ihre EDV-gespeicherten Daten noch ihre Mandantenakten an den Käufer übergeben werden dürfen. Der BGH hat seine Rechtsauffassung mehrfach bestätigt, dass durch die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit eines solchen Vertrages (§ 134 BGB) die Mandanten vor einer unbefugten Weitergabe von "Geheimnissen", die sie einem Angehörigen der genannten Berufsgruppe anvertraut haben, ohne Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung geschützt werden sollen². Auch in der Literatur wurde auf die Gefahren und Konsequenzen eines nichtigen Vertrages verwiesen³. Trotz bekannter Rechtsprechung wird in der Praxis immer wieder versucht, das Problem der Einholung von Zustimmungserklärungen zu umgehen und mit praktischen Schwierigkeiten begründet⁴.

Rechtsprechung zur „Scheinsozietät“...

Eine Lockerung der Rechtsprechung könnte in einem neuen BGH-Urteil⁵ zu sehen sein, in dem der Vertrag über den Verkauf einer Rechtsanwaltskanzlei, nicht wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist, wenn der Erwerber in die bisher bestehende (Außen-)Sozietät eintritt, während der Verkäufer als freier Mitarbeiter für eine Übergangszeit weiterhin tätig sein ist. Freiberufler die ihre Praxis verkaufen wollen und eine „praktikable Gestaltung“⁶ suchen, sollten aber die Umstände des entschiedenen Falles genau betrachten, um keinem Irrtum zu unterliegen.

Aus dem Tatbestand:

Der Verkäufer betrieb bis Ende 1998 in München unter dem Namen "B. & Colleges" als Alleininhaber eine Anwaltskanzlei, in der er als freie Mitarbeiter die ganztags arbeitenden Rechtsanwälte V. und T., die halbtags arbeitende Rechtsanwältin F. sowie die Rechtsanwältin C.-S. geringfügig beschäftigte; die Kanzleiräume waren angemietet. Da der Verkäufer seine Kanzlei bis zum 31. Dezember 1998 veräußern wollte, um den Veräußerungsgewinn vor der Gesetzesänderung zum 1. Januar 1999 noch zum halben Steuersatz versteuern zu können, der Käufer hingegen zu expandieren beabsichtigte, schlossen die Parteien einen auf den 20. November 1998 datierten "Kaufvertrag über eine Anwaltskanzlei". In dem Vertrag war unter anderem bestimmt:

"§ 1 Kaufgegenstand

Der Verkäufer verkauft und überträgt an den Erwerber seine vorgenannte Anwaltskanzlei mit folgenden materiellen und immateriellen Vermögensgegenständen:

...

¹BGH v. 11.12.1991 - VIII ZR 4/91, Stbg 1992, 205.

²BGH v. 17.5.1995 - VIII ZR 94/94, WM 1995, 1357 unter 2 a aa; v. 11.10.1995 - VIII ZR 25/94, WM 1996, 22 unter 112 a; v. 22.5.1996 - VIII ZR 194/95, DStR 1996, 1576; siehe auch BGH v. 3.2.1999 - VIII ZR 14/98, WM 1999, 1034 unter 1111; OLG Koblenz v. 23.7.1999 - 8 U 2086/98 - Rev. BGH Az VIII ZR 201/99 durch Beschluss v. 3.5.2000 nicht angenommen.

³ Die Zielsetzung des Erfüllungsgeschäft (gegen ein Verbotsgesetz) führt auch zur Nichtigkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft. Vgl. z.B. Kamps, Der Verkauf der Patientenkartei und die ärztliche Schweigepflicht, NJW 1992, 1545, Taupitz, Das ärztliche Berufsgeheimnis in der Praxis: Möglichkeiten einer Umsetzung der verschärften Anforderungen des BGH, Arztrecht 1992, 141 f; Hülsmann, Zur Verschwiegenheitspflicht des Steuerberaters bei Übertragung oder Einbringung seiner Kanzlei, INF 1998, 727; Wehmeier, Praxisverkauf: Nichtigkeit des Kaufvertrages, Stbg 1996, 345.

⁴Häufig z.B. mit Zeitproblemen. Zum Teil wird aber auch lapidar ausgeführt, man wolle die Mandanten „nicht beunruhigen“.

⁵BGH v. 13.6.2001 - VIII ZR 176/00 n.n.v.

⁶Im Grunde zur Umgehung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit.

b) den mit der Kanzlei verbundenen so genannten good will, insbesondere den Mandantenstamm.

§ 2 Kaufpreis

1. Der Kaufpreis für die Kanzlei beträgt DM 1.050.000 (später geändert auf DM 1.140.000).

2. Der Kaufpreis setzt sich wie folgt zusammen:

a) DM 150.000 (später geändert auf DM 240.000) für die ... materiellen Vermögensgegenstände

b) DM 900.000 für die ... immateriellen Vermögensgegenstände.

2. Der Kaufpreis ist wie folgt zur Zahlung fällig:

a) DM 787.500 bis spätestens 22.12.1998 ...

b) DM 262.000 bis spätestens 30.06.1999 ...

§ 3 Außenverhältnis und Innenverhältnis

1. Die Parteien sind sich darüber einig, daß ab 01.01.1999 bis 31.03.1999 im Außenverhältnis nur deswegen eine Außensozietät begründet wird, um den Mandantenstamm auf den Erwerber überzuleiten. Die Außensozietät führt auf Wunsch des Erwerbers bis auf dessen Widerruf auf Kanzleibögen, Kanzleischildern etc. den Namen "Rechtsanwälte B., S. & Kollegen" und nachfolgend (sollen) wie bisher die als freie Mitarbeiter tätigen Rechtsanwälte/innen genannt werden.

2. Im Innenverhältnis ist jedoch ab dem Stichtag der Übergabe der Erwerber Alleininhaber der Kanzlei mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten.

3. Vom 01.01.1999 bis 31.03.1999 (später abgeändert auf 31.12.1999) wird der Veräußerer dem Erwerber weiterhin in uneingeschränktem Umfang als anwaltlicher freier Mitarbeiter zur Verfügung stehen, und zwar mit dem Ziel der Mandatsüberleitung auf den Erwerber.

§ 4 Übergabe

1. Die Übergabe der Kanzlei erfolgt am und mit Wirkung zum 31.12.1998, 24.00 Uhr.

§ 8 Mandantendaten

...

2. Da die Parteien im Außenverhältnis vorübergehend eine Außensozietät begründen, gehen sie davon aus, daß eine Zustimmung der Mandanten zur Übertragung der Mandatsverhältnisse und zu dem Zugriff des Erwerbers auf die Mandantendaten und Mandatsakten nicht erforderlich ist.

3. Im Innenverhältnis wird der Erwerber jedoch mit dem Stichtag der Übergabe Eigentümer der Mandantendaten und Mandatsakten.

4. Soweit sich die Zustimmung der Mandanten zur Verwendung der Mandantendaten und Mandatsakten als erforderlich erweisen sollte, wird das Eigentum hieran vom Veräußerer lediglich aufschiebend bedingt an den Erwerber übertragen. ..."

Vereinbarungsgemäß schieden zum 31. Dezember 1998 die Rechtsanwälte V., T. und C.-S. aus der Kanzlei aus, während Rechtsanwältin F., wie vorgesehen, in der Kanzlei verblieb. Der Käufer⁷ zahlte die erste Kaufpreisrate fristgerecht zum 22. Dezember 1998. Wegen der Feiertage wurde die Kanzlei erst am 4. Januar 1999 an den Käufer einschließlich aller Mandantenakten übergeben, ohne daß die Mandanten hiervon Kenntnis hatten. Mit Anwaltschreiben vom 13. Juli 1999 berief sich der Käufer, der von Anfang an mit Verlust gearbeitet hatte, auf die Nichtigkeit des Kaufvertrages, focht diesen ferner wegen arglistiger Täuschung und Irrtums an und verlangte Rückzahlung des bereits geleisteten Teilkaufpreises; dieser Aufforderung kam der Verkäufer nicht nach. In der Folgezeit kündigten alle Mitarbeiter der Kanzlei bis auf eine Auszubildende ihre Verträge. Der Aufforderung des Käufers vom 10. Dezember 1999, die Kanzlei zurückzunehmen und bis zum 17. Dezember 1999 einen Termin zur Rücknahme zu nennen, kam der Verkäufer nicht nach, sondern verließ die Kanzlei unter Mitnahme seiner persönlichen Sachen am 18.119. Dezember 1999.

⁷ Zur leichteren Lesbarkeit wurde die Begriffe „Kläger“ durch „Käufer“ und „Beklagter“ durch „Verkäufer“ ersetzt.

Auf Antrag des Käufers hat das Landgericht die Nichtigkeit des Praxiskaufvertrages festgestellt und den Verkäufer verurteilt, an den Käufer 787.500 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Rechtsanwaltskanzlei zu zahlen. Auf die Rechtsmittel der Parteien hat das Berufungsgericht die Verurteilung des Verkäufers zur Zahlung von 787.500 DM nebst Zinsen aufrechterhalten, die Zug-um-Zug-Einschränkung durch Beifügung einer Liste konkretisiert und auf die Rückgabe von Fremdgeldern in Höhe von 157.730 DM erweitert, hingegen die Rückgabe des Goodwills entfallen lassen. Ferner hat es auf Antrag des Käufers festgestellt, daß sich der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Verpflichtung, die Rechtsanwaltskanzlei zurückzunehmen, in Annahmeverzug befinde.

Mit seiner Revision verfolgt der Verkäufer seinen Antrag auf Abweisung der Klage in vollem Umfang weiter, der Käufer erstrebt mit seiner Anschlußrevision seinerseits, den Verkäufer einschränkungslos zur Zahlung zu verurteilen.

Aus den Entscheidungsgründen:

I. Zur Begründung hat das Berufungsgericht, dessen Urteil in NJW 2000, 2592 ff veröffentlicht ist, ausgeführt: Der zwischen den Parteien geschlossene Praxiskaufvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Verbindung mit § 134 BGB nichtig, da eine ausdrückliche Einwilligung der Mandanten des Verkäufers in die Aktenübergabe weder bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts noch bei der faktischen Übergabe der Kanzlei am 4. Januar 1999 vorgelegen habe. Der Nichtigkeit des Kaufvertrages stehe nicht die vertragliche Regelung entgegen, daß der Verkäufer als freier Mitarbeiter zum Zwecke der Mandatsüberleitung in der Kanzlei des Käufers weiter habe mitarbeiten sollen; aus der Neuregelung des § 49 b Abs. 4 Satz 1 BRAO sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

Salvatorische Klausel hat keinen Bestand...

Die salvatorische Klausel des § 12 Nr. 4 des Vertrages führe hier nicht zur Wirksamkeit des restlichen Vertrages; der Verkäufer könne der Rückabwicklung des Kaufvertrages auch nicht § 242 BGB entgegenhalten. Der Bereicherungsanspruch des Käufers sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Kanzlei in dem Zustand, in welchem sie ihm am 4. Januar 1999 übergeben worden sei, nicht mehr existiere; § 817 Satz 2 BGB, der eine Rückforderung bei beiderseitigem Gesetzesverstoß grundsätzlich ausschließe, stehe der Rückabwicklung nicht entgegen.

Der Verkäufer sei allerdings zur Ausübung seines ihm zustehenden Zurückbehaltungsrechts bis zur Rückgabe der zur Kanzlei gehörenden Gegenstände berechtigt, weil der Käufer insoweit, auch wenn die Gegenstände nicht mehr vorhanden sein sollten, gemäß § 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 BGB verschärft hafte. Auf eine Entreicherung könne sich der Käufer nach § 818 Abs. 3 BGB nicht berufen, da er bereits im Juli 1999 von der Unwirksamkeit des Kaufvertrages ausgegangen sei; insoweit sei der Tenor des landgerichtlichen Urteils neu gefaßt worden.

Der Verkäufer befinde sich ferner mit seiner Verpflichtung, die Rechtsanwaltskanzlei zurückzunehmen, seit dem 17. Dezember 1999 in Annahmeverzug, der auch nicht durch § 297 BGB ausgeschlossen sei.

II. Die Revision des Verkäufers hat Erfolg. Das angefochtene Urteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen verstößt der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vom 20. November 1998 nicht gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, so daß er nicht gemäß § 134 BGB unwirksam ist.

Verschwiegenheitsverpflichtung bei Sozietäten...

1. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats, von der auch das Berufungsgericht ausgeht, verletzt ein Vertrag über die Veräußerung einer Anwalts- oder Steuerberatungskanzlei, in der sich der Veräußerer zur Übergabe der Mandantenakten ohne Einwilligung der betroffenen Mandanten verpflichtet, deren informationelles Selbstbestimmungsrecht und die dem Veräußerer nach § 203 StGB auferlegte Schweigepflicht. Durch die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit eines solchen Vertrages (§ 134 BGB) sollen die Mandanten vor einer

Weitergabe von "Geheimnissen", die sie einem Angehörigen der genannten Berufsgruppe anvertraut haben, ohne Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung geschützt werden.

2. Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, darf allerdings ein Rechtsanwalt einen rechtskundigen Mitarbeiter mit der Besorgung der ihm übertragenen Rechtsangelegenheiten betrauen, ohne damit ein Mandantengeheimnis unbefugt zu offenbaren. Auch erstreckt sich das einer Anwaltssozietät erteilte Mandat in der Regel auf alle Sozietätsmitglieder, selbst wenn diese erst später in die Sozietät eintreten; denn bei einer Mandatserteilung an eine Sozietät haben wegen der mit einer Sozietät verbundenen Vorteile hinsichtlich der Organisation und Arbeitsteilung (BGHZ 56, 355, 360) Im Zweifel sowohl der Mandant als auch die Sozietät den Willen, im Falle einer Sozietätserweiterung das hinzutretende Mitglied von diesem Zeitpunkt an - sein vermutetes Einverständnis vorausgesetzt - in das Auftragsverhältnis einzubeziehen, Ob der betreffende Rechtsanwalt nur als freier Mitarbeiter in die Sozietät aufgenommen wird, ist dabei unerheblich; für die Einbeziehung in das Mandatsverhältnis kommt es allein darauf an, daß er nach außen als Mitglied der Sozietät in Erscheinung tritt (BGHZ 124, 47, 48 ff m.w.Nachw.; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Februar 2000 - IX ZR 50/98, WM 2000, 1342 unter II 1). Da somit alle Sozietätsmitglieder aufgrund des bestehenden Mandatsverhältnisses zur Einsichtnahme in die Mandantenakten berechtigt sind und von Anfang an der anwaltlichen Schweigepflicht unterliegen, scheidet ein unbefugtes Offenbaren eines Geheimnisses im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB ihnen gegenüber seitens der bisherigen Sozietätsmitglieder aus. Dementsprechend sind auch - vor Inkrafttreten der Neuregelung in § 49 b Abs. 4 Satz 1 BRAO erfolgte - Abtretungen von Honorarforderungen eines Rechtsanwalts an einen früheren Mitarbeiter bzw. Kanzleiabwickler, der die Angelegenheiten des Mandanten bereits zuvor umfassend kennengelernt hatte, nicht als Geheimnisverletzung und damit als wirksam angesehen worden (BGH, Urteil vom 10. August 1995 aaO; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - IX ZR 37/96, WM 1996, 2244 unter 1).

Keine Wichtigkeit des Übertragungsvertrages...

3. Nach diesen Grundsätzen ist der zwischen den Parteien geschlossene Kanzleiveräußerungsvertrag nicht wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Verbindung mit § 134 BGB als nichtig anzusehen.

a) Die von den Mandanten vor dem Übergabezeitpunkt der Kanzlei erteilten Mandate bezogen sich auf sämtliche Mitglieder der unter dem Namen "B. & Kollegen" aufgetretenen Anwaltskanzlei, auch wenn diese lediglich als so genannte Außensozietät ausgestaltet war, ohne daß dies dem Innenverhältnis entsprach (vgl. BGHZ 124, 47, 51). Diese Kanzlei bestand nach der Übernahme durch den Käufer - wenn auch mit geringfügig verändertem Briefkopf - fort, wobei die Anwälte V. und T. sowie C.-S. ausgeschieden waren, der Käufer hingegen in die Kanzlei eingetreten war; Rechtsanwältin F. sowie der Verkäufer, Letzterer für eine Übergangszeit, waren weiterhin Mitglieder der Außensozietät. Damit erstreckten sich die der früheren Kanzlei erteilten Mandate zugleich auf den Käufer. Daß dieser nach den intern getroffenen vertraglichen Vereinbarungen nunmehr Alleininhaber der Kanzlei war, während der Verkäufer neben Rechtsanwältin F. lediglich als freier Mitarbeiter nur noch für einen gewissen Zeitraum tätig sein sollte, ändert an der eingetretenen Erweiterung der Mandatsverhältnisse auf den Käufer nichts. Der mutmaßliche Wille der Mandanten, welche die als Sozietät auftretende Kanzlei des Verkäufers beauftragt hatten, umfaßte auch in diesem Fall die Einbeziehung des hinzugetretenen Käufers in die bestehenden Mandatsverhältnisse mit der Folge, daß vorhandene Mandantenakten an diesen herausgegeben werden durften.

Keine Verschwiegenheitsverpflichtung bei (Außen-)Sozietätserweiterung...

b) Soweit das Berufungsgericht für den hier vorliegenden Fall einer Kanzleiveräußerung darauf abstellen will, daß der Verkäufer als ursprünglich Verantwortlicher aus der Kanzlei nach einer Übergangszeit ausscheiden sollte, demgemäß die alleinige Verfügungsbefugnis über die Mandantenakten auf Dauer nicht mehr ausüben konnte, so daß auch der Mandantenschutz nicht mehr gewährleistet sei, kann dies nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Ein solcher Schutz der Mandanten besteht auch in den Fällen einer Sozietätserweiterung oder

Kanzleifusion nicht, Vielmehr haben sämtliche Mitglieder einer Kanzlei, wenn sich die erteilten Mandate auf sie erstrecken, ungehinderten Zugang zu den Mandantenakten, so daß ein unbefugtes Offenbaren von "Geheimnissen" durch die bisherigen Sozietätsmitglieder nicht erfolgt. Das Gleiche muß für den Fall gelten, daß der bisherige Kanzleiihaber - unter Fortbestand der (Außen-)Sozietät- aus der Kanzlei ausscheidet und an seiner Stelle ein neuer Inhaber eintritt. Auch mit einer solchen, nicht ungewöhnlichen Veränderung innerhalb der beauftragten Sozietät muß der Mandant, der im Regelfall keinen Einblick in die internen Verhältnisse der Kanzlei hat, rechnen. Schutzwürdige Interessen des Mandanten werden ebenso wie im Falle einer Sozietätserweiterung durch die Veränderung der Eigentumsverhältnisse an der Kanzlei im Regelfall nicht berührt. Deshalb ist auch in einem solchen Fall grundsätzlich nicht nur von der Erstreckung des Mandatsverhältnis auf den neuen Kanzleiihaber, sondern auch von einer Einwilligung der Mandanten in die Aktenherausgabe an diesen auszugehen⁸.

4. Ist danach der zwischen den Parteien geschlossene Kanzleikaufvertrag ohne Verstoß gegen ein Verbotsgesetz abgeschlossen, kommt es auf die Frage der Erstreckung des Rechtsgedankens aus § 49 b Abs. 4 Satz 1 BRAO auf die mit einer Kanzleiveräußerung verbundenen Übergabe von Mandantenakten (vgl. LG Baden-Baden aaO; ablehnend Lauda, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 17. Mai 1995, LM § 134 BGB Nr. 149) wie auf die Auswirkung der in § 12 Nr. 4 des Vertrages enthaltenen salvatorischen Klausel nicht an.

III. Mit der Aufhebung der Verurteilung des Verkäufers entfällt auch die Zug-um-Zug-Einschränkung, so daß die Anschlußrevision gegenstandslos ist. Das angefochtene Urteil kann insgesamt nicht bestehenbleiben und war die Sache zur weiteren Klärung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Zur Frage des Durchgreifens der vom Käufer mit Schreiben vom 13. Juli 1999 erklärten Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung, hatte das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine abschließenden Feststellungen getroffen.

Anmerkungen

Die Parteien (Rechtsanwälte) hatten in Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung bewußt eine Vereinbarung getroffen, bei der sie davon ausgingen, „daß eine Zustimmung der Mandanten zur Übertragung der Mandatsverhältnisse und zu dem Zugriff des Erwerbers auf die Mandantendaten und Mandatsakten nicht erforderlich ist“.

Hierbei ist zu beachten, dass der Verkäufer **vor** der Veräußerung eine Einzelpraxis betrieb. Seine als vier als freie Mitarbeiter arbeitenden Rechtsanwälte/innen waren zwar auf dem Kanzleischild und Briefkopf aufgeführt, gesellschaftsrechtlich aber nicht beteiligt. Die Einzelpraxis war damit unter der geführten Bezeichnung „**B. & Colleges**“ eine so genannte Außen- oder Scheinsozietät. Die Parteien hatten den Weg des so genannten **sanften Überganges** gewählt und nur deswegen eine Außensozietät begründet, um den Mandantenstamm auf den Erwerber überzuleiten. Auf Wunsch des Erwerbers sollte bis auf dessen Widerruf **nach** der Veräußerung der Name "**Rechtsanwälte B., S. & Collegen**" und nachfolgend wie bisher die als freie Mitarbeiter tätigen Rechtsanwälte/innen genannt werden. Insoweit war nur der Name des Käufers hinzugekommen. Nach der Rechtsprechung erfasst aber der mutmaßliche Wille der Mandanten, welche eine als Sozietät auftretende Kanzlei beauftragen, auch die Einbeziehung eines hinzutretenden Sozius in die bestehenden Mandatsverhältnisse mit der Folge, dass vorhandene Mandantenakten an diesen herausgegeben werden dürfen. Schutzwürdige Interessen des Mandanten sieht der BGH im Falle einer Sozie-

⁸ LG Baden-Baden, Beschl. V. 29.11.1996 – 1 O 397/96, NJW-RR 1998, 202: Die frühere Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH ist nach Inkrafttreten des neuen § 49 b IV BRAO nicht mehr anzuwenden. Im Falle des Bestehens einer (Außen-)Sozietät ist grundsätzlich vom Vorliegen einer stillschweigenden oder mutmaßlichen Einwilligung des Mandanten mit der Sachbearbeitung durch einen anderen als den konkrete beauftragten Sozius auszugehen. Sofern aus persönlichen Gründen von den betroffenen Mandanten Einwände erhoben werden, weil die betreffenden Mandanten dem Veräußerer als Person ihres Vertrauens das Mandat erteilt haben, hat diese Motivation keinen Zusammenhang mit der Wahrung der beruflichen Geheimhaltungspflicht..

tätserweiterung durch die Veränderung der Eigentumsverhältnisse an der Kanzlei im Regelfall nicht als berührt an.

Die Entscheidung des BGH wirft aber Fragen auf, wie die Verschwiegenheitsverpflichtung praktisch „abgemildert“ werden kann? Zur Gestaltung der Veräußerung einer Einzelpraxis reicht es nicht aus, lediglich den bisherigen Praxisnamen „Steuerberater X“ um die Bezeichnung „& Kollegen“, „Sozietät“ oder „GbR“ zu erweitern, ohne konkreten Personen auf dem Briefkopf, Praxisschild u.ä. zu benennen. Das heißt selbst der falsche Eindruck einer Schein- oder Außensozietät, muss tatsächlich gegeben sein.

Zu unterscheiden sind drei Fälle:

1. Der (potentielle) Käufer gehört bereits zum Kreis von Scheinsozii.
2. Der (potentielle) Käufer kommt nachträglich zum Kreis der Scheinsozii.
3. Der (potentielle) Käufer wird zunächst als einziger „Scheinsozius“ aufgeführt, dann die Praxis an ihn veräußert (z.B. unter Weiterführung des Namens).

Zu 1.) Die Beschäftigung Freier Mitarbeiter ist zulässig⁹. Ein Lösungsweg wäre die „Sozietäts-Vorratsgründung“, in dem der potentielle Erwerber neben den anderen Freien Mitarbeiter auf dem Kanzleischild usw. aufgeführt wird, also eine Außensozietät bekundet wird. In diesen Fällen wird die „Sozietät“, wenn auch als Scheinsozietät, von den Mandanten beauftragt. Diese „Scheinsozien“ sind zu fragen, welches Interesse ihrerseits für eine solche Gestaltung vorliegen soll. Einerseits tragen sie das Risiko einer gesamtschuldnerischen Haftung, andererseits wird das Bewußtsein gegeben sein, mangels Angebot seitens des Einzelpraxisinhabers als Käufer der Einzelpraxis oder echter Sozius offenkundig nicht in Betracht zu kommen. Insbesondere die letzteren Umstände werden bei unternehmerisch denkend und handelnde „Scheinsozien“ Probleme hinsichtlich ihrer weiteren Mitarbeit aufwerfen. Das besondere Risiko für die Vertragsparteien liegt neben einer Vertragsnichtigkeit, in den wirtschaftlichen Risiken nach der Praxisübernahme. Explizit aber aus den Gründen – Umsatzrückgang wegen Mandantenabwanderung oder Mitarbeiterkündigungen etc. – werden die Übernahmeverträge angefochten, dann allerdings mit der Begründung Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die Verschwiegenheit.

Zu 2) Dieser Fall ist explizit durch den BGH v. 13.6.2001 entschieden. Hinsichtlich der anderen Risiken gilt das vorgesagte. Der Erwerber muss – wie auch im entschiedenen Fall – damit rechnen, dass die anderen bisherigen Scheinsozien die Tätigkeit aufkündigen und ggfs. Mandanten mitnehmen.

Zu 3) Diese Gestaltung ist vom zitierten BGH-Urteil nicht erfasst und zumindest bei einer kurzfristig nachfolgenden Veräußerung rechtlich fragwürdig. Der Name des Freien Mitarbeiters (und potentiellen Erwerbers) würde neben dem Praxisinhaber ohne Hinweis auf seine gesellschaftsrechtliche Stellung auf dem Briefkopf und Kanzleischild erscheinen. Für die bisherigen Mandanten entspricht dieser Sachverhalt der Gründung einer echten Sozietät. Dann ist aber ihre Zustimmung zur Übertragung auf den neuen Sozius erforderlich, da sie bewußt nur den Einzelpraxisinhaber beauftragt haben, keine Sozietät. Bei der Gründung einer Sozietät gibt es aber keine Vermutung, dass die Mandanten der Einzelpraxis mit der Ausdehnung auf eine Sozietät einverstanden sind¹⁰. Mit der Gestaltung über eine rein deklaratorische Aufnahme eines Scheinsozius wären die Rechte gem. § 203 Abs. 1 StBG der Mandanten leicht „auszuhebeln“ und würde gegen § 242 BGB verstoßen. Allenfalls bei einer längerfristig ausgeübten Scheinsozietät könnte durch fehlenden Widerspruch bzw. konkludente Fortsetzung des Mandatsverhältnisses von einer heilenden Sanktion auszugehen sein. Dieser Zeitraum dürfte in jedem Fall mit der Dauer von mehr als einem Veranlagungszeitraum zu be-

⁹ BGH v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94, WM 1995, 1841. Auf die ungelöste Problematik, ob dies zur Hilfeleistung in Steuersachen befugte Personen i.S.d. § 3 StBerG sein müssen (gemäß § 7 BOSTB) oder auch Steuerfachangestellte (vgl. BMF-Schr. 4.3.1998, IV A 3 - S 0850 - 4/98, BStBl 1998 I S. 262; v. 18.6.99, IV A 4 - S 0850 - 17/99 n.v.), wird nicht eingegangen.

¹⁰ BGH v. 4.2.1988 – IX ZR 20/87, NJW 1988, 1973, v. 17.10.1989 – XI ZR 158/88, NJW 1990, 827

messen sein, da allenfalls danach die konkrete Befassung mit allen Mandanten, insbesondere auch den so genannten Jahresmandaten, möglich sein kann.

Unklar ist, was der BGH neben der (unschädlichen) Sozietätserweiterung unter einer „Kanzleifusion“ versteht, bei der kein besonderer Mandantenschutz hinsichtlich der Verschwiegenheit bestehen soll, bzw. von einer Einwilligung der Mandanten in die Aktenherausgabe auszugehen ist. Nach dem Wortlaut könnte die Fusion von zwei Einzelpraxen gemeint sein (Kanzlei = Praxis). Dieser Fall schließt aber eine Einverständnis der Mandanten zur Herausgabe der Akten und Daten nicht ein. Der Urteilsbegründung folgend kann darunter deshalb nur die Fusion von Mehrpersonenpraxen oder zumindest einer Mehrpersonenzkanzlei (= Sozietät) mit einer Einzelpraxis zu verstehen sein, was einer Sozietätserweiterung gleichkommt.

Rückabwicklung des Vertrages...

Die Vorinstanz¹¹ hatte den Verkäufer gegen Zug-um-Zug-Leistung verurteilt, gem. § 812 Abs.1 1. Alternative BGB den angezahlten Kaufpreis zurückzubezahlen. Der Käufer sollte gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten, soweit er nicht in der Lage war, die Kanzlei und die damit verbundenen Gegenständen zurückzugeben. Die Rückabwicklung sollte entgegen der Ansicht des Käufers nicht nach der Saldotheorie erfolgen, sondern die Rückabwicklung in Natur nach der Zwei-Konditionen-Theorie¹². Die Saldo-Theorie hätte bedeutet, dass im Endergebnis der gesetzwidrige Zustand beibehalten würde, nämlich der Käufer die ihm ohne Zustimmung der Mandanten überlassenen Mandantenakten weiter behalten und nur der überschießende Betrag nach einer Gesamtverrechnung vom Verkäufer zurückfordern könnte. Dieses Ergebnis würde dem Gesetzeszweck, dem Schutz der Dritten, den am Prozeß nicht beteiligten Mandanten, zuwiderlaufen. Die Rückabwicklung sei gem. § 817 S. 2 BGB nicht ausgeschlossen, da **beide** Parteien gegen das gesetzliche Verbot verstoßen hätten.

Das Revisionsurteil verweist die Sache zu weiteren Klärung an die Vorinstanz zurück, das das angefochtene Urteil insgesamt nicht bestehenbleiben konnte.

Unabhängig davon, nach welcher zivilrechtlichen Theorie der Übertragungsvertrag letztlich rückabzuwickeln ist, der Sachverhalt ist eindeutig: Dem Käufer sind nur ein Bruchteil der Mandanten verblieben, die Mitarbeiter sind verschwunden, zurückbleiben häufig nur noch vertragliche Verpflichtungen (Miete etc.). Der Käufer wird evtl. nur noch über einen Teilbetrag des Kaufpreises liquide verfügen (können), außerdem in nicht seltenen Fällen nicht einmal mehr über eine Bestellung als Berufsangehöriger verfügen, insofern eine Rücknahme des Mandantenstammes nicht in Betracht kommen. Weitere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien sind fast zwangsläufig, das Ergebnis für beide Seiten weder zeitlich noch wirtschaftlich nicht annähernd abschätzbar ist. Und alles nur, weil aus Vereinfachungsgründen (?), „...die Parteien davon ausgehen, daß eine Zustimmung der Mandanten zur Übertragung nicht erforderlich ist...“?

¹¹ OLG München v. 5.5.2000 – 23 U 6086/99, NJW 2000, 2592

¹² Für Saldo-Theorie: OLG Koblenz 23.7.1999, 8 U 2086/98 SIS 00 04 25, GI 2000 S. 39; Rev. BGH Az VIII ZR 201/99 durch Beschluss v. 3.5.2000 nicht angenommen.