



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 7/2017 Februar 2017

**Zur Verfassungsbeschwerde des RA Dr. B.
wegen Verstoßes gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO**

1 BvR 1312/16

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher
RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla
RA Prof. Dr. Christofer Lenz
RA Dr. Michael Moeskes
RA Prof. Dr. Michael Quaas
RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer spricht vieles dafür, dass die Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet ist (nachfolgend in Abschnitt II dargestellt). Allerdings ist auch die Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde vertretbar (nachfolgend in Abschnitt III dargestellt).

I. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Beschluss des BGH vom 22.04.2016 (AnwSt (B) 2/16), das Urteil des Anwaltsgerichtshofs für das Land NRW vom 11.09.2015 und das Urteil des BGH vom 03.11.2014 (AnwSt (R) 4/14). Ihm wurde wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO eine Geldbuße in Höhe von 2.000 Euro auferlegt.

1. Der Beschwerdeführer Rechtsanwalt Dr. B. war seit Anfang 2004 unparteiischer Vorsitzender des Beschwerdeausschusses der Ärzte und Krankenkassen in Nordrhein i.S.v. § 106 Abs. 4 Satz 2 SGB V (seit 01.01.2017 § 106c Abs. 1 Satz 2 SGB V). Sein Sozius, Rechtsanwalt Dr. W., war mindestens in einem Fall stellvertretender Vorsitzender dieses Beschwerdeausschusses gewesen. Die Tätigkeit ist ehrenamtlich. Im Jahre 2004 wurde dem Beschwerdeführer vorgeschlagen, dass seine Kanzlei die Prozessvertretung für den Beschwerdeausschuss übernehme. Das wurde sozietätsintern 2005 und 2006 besprochen und aus Gründen der geringen wirtschaftlichen Attraktivität zunächst abgelehnt. Nach Treffen mit und Mitteilungen von Mitarbeitern des Bundesgesundheitsministeriums, eines Mitglieds der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf und Einsicht in ein Schreiben des Landesgesundheitsministeriums, die eine solche Mandatsübernahme jeweils berufsrechtlich als unproblematisch zulässig erachteten, vertrat die Sozietät des Beschwerdeführers seit 2008 bis 2013 den Beschwerdeausschuss der Ärzte und Krankenkassen Düsseldorf in sozialgerichtlichen Verfahren, in denen die betroffenen Ärzte gegen die Entscheidung des Beschwerdeausschusses vorgingen. Die Mandate wurden innerhalb der Sozietät nicht vom Beschwerdeführer, sondern von dem dort als freier Mitarbeiter beschäftigten Rechtsanwalt F. bearbeitet. Der Beschwerdeführer hinterlegte dazu als Ausschussvorsitzender bei Gericht eine Generalvollmacht für seine Sozietät.

Im Ausgangsverfahren teilte die Rechtsanwaltskammer mit Schreiben vom 17.9.2009 zunächst mit, gegen die Übernahme der Mandate durch die Kanzlei des Beschwerdeführers bestehe im Hinblick auf § 45 BRAO keine Bedenken. Zwischenzeitlich nimmt die Sozietät nach Angaben des Beschwerdeführers keine solchen Mandate mehr an; sämtliche Altverfahren sind abgeschlossen.

Seit 2008 vertrat die Rechtsanwaltssozietät Dr. B. und Partner, der auch Rechtsanwalt Dr. W. und Rechtsanwalt F. angehörten, auf Wunsch der kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen ständig den Beschwerdeausschuss in den sozialgerichtlichen Verfahren, in welchen die betroffenen Ärzte gegen die Entscheidung des Beschwerdeausschusses vorgingen (AGH NRW, Ur. v. 10.01.2014 – 2 AGH 6/13 S. 3). Vom Beschwerdeausschuss – unter dem Vorsitz des Beschwerdeführers oder in einem Fall seines Sozius Rechtsanwalt Dr. W. – wurde

ausschließlich die Sozietät mandatiert, wobei Rechtsanwalt F., der dem Beschwerdeausschuss nicht angehörte, für diese tätig wurde.

2. Ursprünglich wurden alle drei Rechtsanwälte – der Beschwerdeführer Dr. B., sein Sozius Dr. W. und sein weiterer Sozius Rechtsanwalt F. – vor dem Anwaltsgericht Düsseldorf angeschuldigt, gegen § 45 BRAO verstoßen zu haben. Das Anwaltsgericht Düsseldorf hat alle drei Angeschuldigten freigesprochen (Urt. v. 13.12.2012 – 3 EV 259/10). Die dagegen eingelegte Berufung der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf richtete sich nur noch gegen die Angeschuldigten Rechtsanwalt Dr. B. – den Beschwerdeführer – und seinen Sozius Rechtsanwalt Dr. W. (AGH NRW, Urt. v. 10.01.2014 – 2 AGH 6/13), nicht jedoch gegen Rechtsanwalt F.. Der Anwaltsgerichtshof verwarf die Berufung der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf.

Auf die Revision der Generalstaatsanwaltschaft Hamm hob der Anwaltssenat das Urteil des Anwaltsgerichtshofs des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.01.2014 mit den Feststellungen auf (BGH, Urt. v. 03.11.2014 – AnwSt (R) 4/14). Zur Begründung hat der BGH ausgeführt: Der Beschwerdeführer sei als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses in dieser Sache Angehöriger des öffentlichen Dienstes und unparteiisch insoweit, als er weder der Seite der Krankenkassen noch der Kassenärztlichen Vereinigung angehöre. Der Beschwerdeausschuss sei eine öffentlich-rechtliche Behörde und werde bei der Erledigung von Verwaltungsaufgaben hoheitlich tätig. Nach der Rechtsprechung des BSG beschränke sich bei Entscheidungen in Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung die gerichtliche Kontrolle grundsätzlich auf den das Verfahren abschließenden Bescheid des Beschwerdeausschusses. Bei dem Beschwerdeverfahren vor dem Ausschuss und der Anfechtung des von diesem erlassenen Bescheids handele es sich um dieselbe Rechtssache.

Der Gesetzgeber habe durch die Unvereinbarkeitsvorschriften beim rechtsuchenden Publikum dem Eindruck einer zu großen Staatsnähe und der Gefahr von Interessenkollisionen abstrakt vorbeugen wollen (BT-Drs. 12/4993, S. 29). Auf das Bestehen einer konkreten Interessenkollision komme es daher nicht an. Der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses sei Organ des Beschwerdeausschusses und dürfe gem. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO für diesen als Prozessvertreter nicht anwaltlich tätig werden. Das für den konkret befassen Rechtsanwalt geltende Verbot werde in § 45 Abs. 3 BRAO auf sämtliche Sozietätsmitglieder erstreckt. Der Umstand, dass Rechtsanwalt F. die Sache als Sachbearbeiter übernommen habe, sei unerheblich. Der Vorteil der Organisation und der Arbeitsteilung innerhalb einer Sozietät gehe mit der Erstreckung des Vertretungsverbotes auf sämtliche Sozietätsmitglieder einher. Das Einverständnis der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen mit der Mandatserteilung lasse das Vertretungsverbot auch im Falle seiner Erstreckung nach § 45 Abs. 3 BRAO nicht entfallen. Die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 BORA sei auf § 45 Abs. 3 BRAO nicht anwendbar.

3. Nach Zurückverweisung an den Anwaltsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen verurteilte dieser den Beschwerdeführer Rechtsanwalt Dr. B. wegen vorsätzlicher Verletzung der Berufspflicht nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zu einer Geldbuße von 2.000 Euro, während es den weiteren angeschuldigten Rechtsanwalt Dr. W. aus tatsächlichen Gründen freisprach (AGH NRW, Urt. v. 11.09.2015 – 1 AGH 2/15, S. 9). Zur Begründung hat der AGH Hamm ausgeführt: Ein Rechtsanwalt, der die Funktion des Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses der kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen innehat und den Beschwerdeausschuss gleichzeitig in einem sozialgerichtlichen Verfahren vertritt, das die Aufhebung eines Bescheides dieses Beschwerdeausschusses zum Ziel habe, verstoße damit gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO. Das Verbot beziehe sich zugleich auf alle Mitglieder der Sozietät (§ 45 Abs. 3 BRAO). Verfassungsrechtliche Bedenken bestünden nicht. Denn § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO wolle beim rechtsuchenden Publikum dem Eindruck einer zu großen Staatsnähe und der Gefahr von

Interessenkollisionen abstrakt vorbeugen. Auf die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit konkreter Interessenkollisionen komme es hier nicht an; der AGH Hamm verweist insoweit auf BGH, Urt. vom 03.11.2014 – AnwSt R 4/14 -. Der Beschwerdeführer habe sich auch nicht in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden, weil der Irrtum vermeidbar gewesen sei.

Eine Revision gegen den Freispruch von Rechtsanwalt Dr. W. wurde von der Generalstaatsanwaltschaft Hamm offenbar nicht eingelegt. Die Revision des verurteilten Beschwerdeführers Rechtsanwalt Dr. B. wurde vom Anwaltssenat verworfen (BGH, B. v. 22.04.2016 – AnwSt (B) 2/16). Ergänzend hat der BGH bemerkt, dass der Irrtum des Rechtsanwalts im berufsrechtlichen Verfahren wie im allgemeinen Strafrecht zu bewerten sei, für das aufgrund gesetzlicher Regelung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte.

Der Beschwerdeführer macht mit seiner rechtzeitig erhobenen Verfassungsbeschwerde eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG geltend und beantragt, die vorgenannten Entscheidungen aufzuheben, hilfsweise die Sache unter Aufhebung der vorgenannten Entscheidungen an den Anwaltsgerichtshof des Landes NRW zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zurückzuverweisen.

II.

Rechtliche Würdigung

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet. Der Berichterstatter hat in der Verfügung vom 21.07.2016 verschiedene Fragen gestellt. Diese werden im Rahmen der nachfolgenden Erörterungen beantwortet.

1. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ist dem Rechtsanwalt die Übernahme des Mandats verboten, wenn er in derselben Sache bereits zuvor als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar oder Notariatsverwalter tätig geworden ist. Hierdurch soll verhindert werden, dass nicht dieselben Personen auf unterschiedlichen Seiten für unterschiedliche Interessen tätig werden. Eine konkrete Gefahr einer Interessenkollision wird danach nicht verlangt. Sie muss aber zumindest abstrakt bestehen (BT-Drs. 12/4993, S. 29).

Die **Frage 1**, ob es für das Tätigkeitsverbot aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO auf das Vorliegen einer abstrakten oder konkreten Interessenkollision ankommt, ist daher dahingehend zu beantworten, dass dies zunächst eine Frage der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts ist. Der BGH und ihm folgend der AGH Hamm haben dazu die Auffassung vertreten, dass auch das Vorliegen einer *abstrakten Interessenkollision* ausreicht und eine konkrete Interessenkollision nicht erforderlich ist. Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber kann anwaltliche Tätigkeitsverbote auch dann anordnen, wenn eine konkrete Interessenkollision nicht besteht, sondern diese nur abstrakt vorliegt. Wie die jeweiligen gesetzlichen Regelungen auszulegen sind, können die Instanzgerichte eigenverantwortlich entscheiden. Verfassungsrechtliche Hürden auch aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit im Sinne einer Ausübungsregelung ergeben sich hier nicht. Sollte allerdings eine abstrakte Interessenkollision nicht vorliegen und gleichwohl ein Tätigkeitsverbot von den Instanzgerichten angenommen werden, wäre zugleich der verfassungsrechtliche Rahmen nicht eingehalten, den das Grundrecht der Berufsfreiheit setzt.

2. Der einzuhaltende verfassungsrechtliche Rahmen in der Auslegung des einfachen Rechts ist daher überschritten, wenn auch eine abstrakte Interessenkollision in der Vertretung der Interessen nicht mehr besteht. Das BVerfG (B. v. 30.06.2009 – 1 BvR 893/09 – BRAK-Mitt. 2009, 235 = NJW 2009, 3710) hat dazu ausgeführt:

„Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit wegen einer Gefährdung der Interessen der Rechtspflege ist nur dann zulässig, wenn die Tätigkeit im öffentlichen Dienst im Einzelfall mit dem Anwaltsberuf unvereinbar ist oder die parallele Ausübung beider Berufe das Entstehen von Interessenkollisionen befürchten lässt. Um eine Unvereinbarkeit zu bejahen, muss daher zumindest die Möglichkeit bestehen, dass aus der Sicht des rechtsuchenden Publikums durch die Staatsnähe die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts durch Bindungen an den Staat beeinträchtigt ist“.

Tätigkeiten eines Rechtsanwalts, die nicht zu einer auch nur abstrakten Interessenkollision führen können, dürfen vor dem Hintergrund der anwaltlichen Berufsfreiheit des Art. 12 GG nicht unter Hinweis auf ein Tätigkeitsverbot ausgeschlossen werden. So liegt der Fall aber hier.

- a) Es geht um das Tätigkeitsverbot des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO. Dieses ist gerechtfertigt, wenn der Adressat in einer Rechtssache, die zwei oder mehrere Beteiligte betrifft, zunächst mit „Äquidistanz“ zu diesen *gestaltend, schlichtend oder richtend* tätig war (Richter, Schiedsrichter, Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter); schließe er sich dann nach einer Vortätigkeit in seiner späteren Funktion als Rechtsanwalt „auf eine Seite“, so drohte jedenfalls eine abstrakte Interessenkollision. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfasst ferner die Fälle, in denen der Adressat zunächst in einer Sache klar „in einem Lager stand“, dort aber *hierarchisch eingebunden* war und seine Aufgabe nicht in der Unabhängigkeit des § 1 BRAO wahrnehmen konnte (Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes). Hier schützt das Tätigkeitsverbot den Rechtsanwalt davor, dass er sich bei einer nachfolgenden anwaltlichen Interessenvertretung von alten Bindungen beeinflussen lässt.
- b) Der Vorsitzende eines Beschwerdeausschusses gem. § 106 Abs. 4 Satz 2 SGB V (seit 01.01.2017 § 106c Abs. 1 Satz 2 SGB V) kann keiner dieser beiden Fallgruppen zugeordnet werden. Der Beschwerdeausschuss wird von den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen gebildet. Er besteht aus Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden (§ 106 Abs. 4 Satz 2 SGB V, seit 01.01.2017 § 106c Abs. 1 Satz 2 SGB V).
- aa) Unter diesem Aspekt geht es tendenziell um die erste von § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfasste Fallgruppe (Richter, Schlichter etc.). Insoweit droht aber durch eine nach der Entscheidung des Beschwerdeausschusses getroffene Entscheidung keine Interessenkollision, wenn diese Entscheidung nunmehr anwaltlich vor Gericht verteidigt wird, denn der Rechtsanwalt schlägt sich nicht auf eine Seite, sondern verteidigt die von Rechts wegen getroffene Entscheidung. Das gehört auch zu den gesetzlichen Aufgaben des Vorsitzenden, denn der Beschwerdeausschuss ist Beklagter des Klageverfahrens. Er wird durch den unabhängigen Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses vertreten, der auch die laufenden Geschäfte des Ausschusses führt und ihn gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 2 WiPrüfVO). Selbst eine abstrakte Interessenkollision ist daher ausgeschlossen. Der unabhängige Vorsitzende des Beschwerdeausschusses vertritt

daher in seiner Vorsitzendenfunktion dieselben Interessen, die auch ein von ihm mandatierter Anwalt zu vertreten hätte.

bb) Der BGH hat den Tatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO bejaht, weil der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses dem öffentlichen Dienst angehöre. Das ist staatsorganisatorisch zutreffend. Es verkennt aber, dass der Vorsitzende kraft Gesetzes seine Aufgabe mit einer Unabhängigkeit wahrnimmt, die dem typischerweise hierarchisch (weisungs-)gebundenen öffentlichen Dienstnehmer nicht eigen ist. Zwar bezieht sich die Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses auf sein Verhältnis zu den Organisationen („den Bänken“), von denen der Beschwerdeausschuss gebildet wird. Die Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts als Vertreter des Beschwerdeausschusses bezieht sich dagegen auf das Verhältnis zum Beschwerdeausschuss. Diese Unabhängigkeit hat also teilweise einen anderen Inhalt, als die Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses als Vertreter desselben Gremiums. Gleichwohl ist keine Konstellation vorstellbar, in der es deswegen zu einer abstrakten Interessenskollision kommen könnte.

- c) Die Auffassung des BGH-Senats für Anwaltssachen, dass § 73 Abs. 1 SGG dem Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses nur gestatte, den Rechtsstreit vor den Sozialgerichten und dem Landessozialgericht *selbst* zu führen, verstößt daher in dieser engen Auslegung gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 GG. Wenn der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses den Rechtsstreit vor den Sozialgerichten und den Landessozialgerichten nach § 73 Abs. 1 SGG für den Beschwerdeausschuss selbst führen kann, dann kann es ihm berufsrechtlich nicht verboten sein, dies auch als Anwalt zu tun. Ein Rechtsanwalt, der das Verfahren selbst führen kann, befindet sich nicht deshalb in einer Interessenskollision, weil er gleichgerichtete Interessen als Anwalt wahrnimmt. Dies wird aus der Sicht des rechtssuchenden Publikums auch nicht durch eine gewisse Staatsnähe eines Rechtsanwalts in Frage gestellt.

Die gestellte **Frage 2** ist daher dahingehend zu beantworten, dass eine Gefährdung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts durch die Bindung an den Staat und eine mögliche Staatsnähe nicht deshalb besteht, weil ein Rechtsanwalt Interessen vertritt, die er als unabhängiges Mitglied eines Gremiums der Selbstverwaltung gesetzlich zu vertreten hat. Auch bei einer Staatsnähe des Anwalts ist eine abstrakte Interessenskollision hierdurch nicht gegeben, solange der Rechtsanwalt denselben Interessen verpflichtet ist.

Der Beschwerdeführer - sowie im Falle einer Beauftragung eines Mitglieds seiner Sozietät – nimmt daher im Vergleich zur vorherigen Befassung ausschließlich gleichgerichtete Interessen wahr. Die Interessenwahrnehmung wird nicht deshalb zu einer Vertretung gegenläufiger Interessen, weil der Anwalt in der einen Fallgestaltung als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses und in der anderen Fallgestaltung (zusätzlich) als Anwalt tätig wird. Das begründet keine abstrakte Interessenskollision. Denn in beiden Fällen ist der Anwalt identischen Interessen verpflichtet. Eine Vertretung gegenläufiger Interessen ist auch bei einer abstrakten Betrachtung nicht gegeben. Vertritt der Anwalt jedoch in seinen früheren und späteren Funktionen ausschließlich gleichgerichtete Interessen, unterliegt er nicht dem Vertretungsverbot des § 45 Abs. 1 BRAO.

3. Diese Beurteilung ergibt sich damit unabhängig von der Beantwortung der **Fragen 3 und 4**.
- a) Wird nicht der vorbefasste Anwalt, sondern ein Mitglied seiner Sozietät in derselben Rechtssache tätig, ergeben sich daraus selbständig tragende Gründe dafür, dass eine Interessenkollision nicht besteht. § 45 Abs. 3 BRAO ist entsprechend einschränkend auszulegen. Eine ausnahmslose Sozietäterstreckung des Tätigkeitsverbots nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ist mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Denn ein solches Vertretungsverbot wird nicht durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Selbst eine abstrakte Gefahr, dass ein anderes Mitglied der Sozietät widerstreitende Interessen wahrnimmt, besteht aus den dargestellten Gründen nicht. Die Sozietäterstreckung gilt jedenfalls in derartigen Fällen nicht, sodass eine Ausnahme von § 45 Abs. 3 BRAO hiervon verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Wie der Beschwerdeführer zutreffend darlegt, hat das BVerfG in seiner sog. „Sozietätswechselentscheidung“ (B. v. 03.07.2003 – 1 BvR 238/01 – NJW 2003, 2520) die frühere Regelung des § 3 Abs. 2 BRAO a.F. für nichtig erklärt. Ein generelles Vertretungsverbot im Falle eines Sozietätswechsels sei mit Art. 12 GG nicht vereinbar. Das Gericht hat dazu ausgeführt.

„3a. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen dient zunächst dem Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses zum Mandanten sowie der Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts.

Im verfahrensgegenständlichen Fall sahen die vom Kanzleiwechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen Rechtsanwälten nicht als gestört an und waren mit einer Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden. Bei einer derartigen Fallgestaltung können der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten nicht als Gemeinwohlgründe angeführt werden.

3b. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen dient darüber hinaus aber auch der im Interesse der Rechtspflege gebotenen Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung, also dem Ziel, dass ein Anwalt nur einer Seite dient. Hinsichtlich dieses Gemeinwohlbelangs gelten folgende Grundsätze:

Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt - für den Mandanten unverfügbar - den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus. Diese Eigenschaften stehen nicht zur Disposition der Mandanten. Der Rechtsverkehr muss sich darauf verlassen können, dass der Pflichtenkanon des § 43a BRAO befolgt wird, damit die angestrebte Chancen- und Waffengleichheit der Bürger untereinander und gegenüber dem Staat gewahrt wird und die Rechtspflege funktionsfähig bleibt (vgl. BVerfG, B. v. 09.08.1995 - 1 BvR 2263/94 - BVerfGE 93, 213 <236>).

Gleichwohl dürfen weder Rechtsanwaltskammern noch Gerichte abstrakt und verbindlich festlegen, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient. In erster Linie ist es Sache der Mandanten beider Kanzleien einzuschätzen, ob in Folge eines Sozietätswechsels eine Beeinträchtigung konkret

droht. Sie sind deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren. Daneben kann ein eigenverantwortlicher Umgang des Rechtsanwalts mit einer solchen Situation ebenso erwartet werden wie von einem Richter bei der Offenlegung von Gründen zur Selbstablehnung (vgl. hierzu BVerfG, B. v. 05.10.1977 - 2 BvL 10/75 - BVerfGE 46, 34 <41f>). Er muss verantwortlich einschätzen, ob im konkreten Fall die Mandatsniederlegung geboten ist. Rechtsanwälte sind unabhängige Organe der Rechtspflege. Auf deren Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit ist die Rechtspflege angewiesen, ohne dass es dazu der Einzelkontrolle oder der Mittel des Strafrechts bedürfte.

3c. In tatsächlicher Hinsicht können vielfältige Umstände, etwa die Arbeitsteilung oder Organisation innerhalb der Sozietät sicherstellen, dass der wechselnde Rechtsanwalt von vornherein über keine geheimhaltungsbedürftigen Informationen verfügt. Selbst wenn dies jedoch der Fall ist, kann ein Mandant solche Kenntnisse im konkreten Fall für unschädlich halten, sofern der wechselnde Rechtsanwalt in der aufnehmenden Kanzlei von jeder Rechtsbesorgung ferngehalten wird.“

Frage 3 ist dahingehend zu beantworten, dass eine Interessenkollision in dem hier zu behandelnden Fall auch dann nicht vorliegt, wenn nicht der vorbefasste Anwalt, sondern ein Mitglied seiner Sozietät in derselben Rechtssache im gleichgerichteten Interesse tätig wird.

- b) § 45 Abs. 3 BRAO ist jedenfalls im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungskonform auszulegen, wenn die Verfahrensbeteiligten in Kenntnis aller Umstände ihr Einverständnis mit der Mandatserteilung erklärt haben und der Beschwerdeführer die nachfolgenden Mandate nicht persönlich geführt hat (so Deckenbrock, AnwBl. 2009, 16; ders., NJW 2015, 522; Redaktionsanmerkung AnwBl. 2015, 271; Kleine-Cosack, § 45 BRAO Rdn. 45). Es wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass die gemeinsame Berufsausübung auch in derartigen Fällen zu einem Vertretungsverbot für alle Mitglieder der Sozietät führt (Träger, in: Feurich/Weyland § 45 BRAO Rdn. 38; Bormann in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2014, § 45 BRAO Rdn. 46)). Der BGH hat dazu bereits selbst in seinem Urteil vom 03.11.2014 (NJW 2015, 567) auf die seiner Beurteilung entgegenstehenden Stimmen in der Literatur hingewiesen:

„Das Einverständnis der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen mit der Mandatserteilung schließt auch im Falle der Erstreckung des Vertretungsverbotes nach § 45 Abs. 3 BRAO einen Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot nicht aus (a.A. Kilian, in Henssler/Prütting, § 45 BRAO Rdn. 45b). Die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 2 BORA ist auf § 45 Abs. 3 BRAO nicht anwendbar (a.A. Saenger/Riße, BRAK-Mitt. 2007, 97, 100). ... Eine einschränkende Auslegung des § 45 Abs. 3 BRAO in den Fällen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO aus verfassungsrechtlichen Gründen ist nicht geboten (a.A. Henssler in Henssler/Prütting, § 3 BORA Rdn. 29).“

Da das Tätigkeitsverbot eine abstrakte Interessenkollision voraussetzt, kann es sich jedenfalls nicht auf eine Fallgestaltung beziehen, in der nach den Umständen des Einzelfalls eine solche abstrakte Interessenkollision ausgeschlossen ist.

Frage 4 ist dahingehend zu beantworten, dass eine Gefahr für die durch § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zu schützenden Interessen jedenfalls bei einem Einverständnis der mittelbar betroffenen Parteien mit der Tätigkeit des Rechtsanwalts ausgeschlossen werden.

Gründe des Gemeinwohls, die ein Vertretungsverbot rechtfertigen, müssen in wenn auch abstrakt gefassten widerstreitenden Interessen ihre Rechtfertigung finden. Sind diese wegen der dargestellten völlig gleichgerichteten Interessen nicht erkennbar, scheidet eine auch nur abstrakte Interessenkollision sowie ein Tätigkeit- oder Vertretungsverbot aus verfassungsrechtlichen Gründen aus. Das muss insbesondere dann gelten, wenn der Rechtsanwalt die weiteren Verfahren nicht selbst bearbeitet hat und die mittelbaren Verfahrensbeteiligten sich mit der Mandatsübernahme einverstanden erklärt haben. Der BGH hat sich mit diesem verfassungsrechtlichen Fragenkreis - soweit ersichtlich - nicht näher befasst.

Ob ein solches Einverständnis der Parteien vorliegt, kann allerdings hier zweifelhaft sein. Zwar haben die Kassenärztliche Vereinigung und die Krankenkassen ihr Einverständnis erklärt. Dies sind allerdings nur Organisationen, die die anderen Mitglieder des Beschwerdeausschusses stellen. Die beschwerdeführende Gemeinschaftspraxis hat sich ausweislich des Urteils des Anwaltsgerichtshofs Hamm vom 11.09.2015 offenbar nicht in diesem Sinne geäußert (S. 6). Das wäre aber aus den vorgenannten Gründen unerheblich, da es auf das Einverständnis der Parteien (Frage 4) angesichts der auch abstrakt nicht bestehenden Interessenkollision (Fragen 1-3) nicht ankommt.

III.

Abweichende Position

Eine abweichende Meinung vertritt die Auffassung, dass hier sehr wohl eine abstrakte Interessenkollisionslage bestand.

Ausgangspunkt der abweichenden Meinung ist die Frage, ob der Beschwerdeführer Rechtsanwalt Dr. B. als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses diesen selbst **als Rechtsanwalt** hätte vertreten dürfen – sei es, weil weder § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO ihn daran hindert noch § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO – der weder in den angegriffenen Entscheidungen noch in der Stellungnahme der Mehrheit thematisiert wird – entgegensteht. Besteht ein solches Vertretungsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 4 BRAO für den Beschwerdeführer selbst, gilt dies nach § 45 Abs. 3 BRAO auch für seine Sozien.

Die von der Erstmeinung angeführte Sozietätswechslerentscheidung (BVerfG NJW 2003, 2520) ist nicht einschlägig. Es geht hier nicht darum, ob Parteien mit widerstreitenden Interessen sich mit einem Sozietätswechsel des – nicht bearbeitenden – Rechtsanwalt einverstanden erklären, sondern darum, ob innerhalb eines aus mehreren Personen bestehenden Gremiums der Vorsitzende darüber mitentscheiden darf, ob mögliche Interessenkollisionen innerhalb dieses Gremiums dadurch „aufgelöst“ werden können, dass der Vorsitzende selbst für die Beauftragung eines ihm nahestehenden Rechtsanwalts stimmt. Ein solcher „Binnenkonflikt“, bei dem häufig die Autorität des Vorsitzenden den Ausschlag gibt, wird von der Sozietätswechslerentscheidung gar nicht erfasst.

Entgegen der Erstmeinung gibt es durchaus abstrakte Interessenkollisionslagen, die keineswegs fernliegend sind:

Wenn der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses in rechtswidriger Weise beim Zustandekommen der angefochtenen Entscheidung mitwirkte, etwa, wenn er eine bestehende Befangenheit nicht offenbarte oder in rechtswidriger Weise Einfluss auf die Entscheidung des Beschwerdeausschusses nahm, liegen Interessenkollisionen sowohl beim Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses als auch bei dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt der Sozietät vor, der bestrebt sein könnte, Fehlentscheidungen seines Sozios in dessen anderer Funktion als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses zu vertuschen. Auch wenn der Vorsitzende Fehler bei der Ausfertigung

einer Entscheidung begeht oder wenn er im Beschwerdeausschuss überstimmt worden ist, bestehen abstrakte Interessenkollisionslagen, wenn er selbst die anwaltliche Vertretung und Verteidigung der Entscheidung des Beschwerdeausschusses übernimmt oder dies einem Partner seiner Kanzlei überträgt. Derartige abstrakte Interessenkollisionslagen sind auch der Grund für das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO, der weder in den angegriffenen Entscheidungen noch in der Mehrheitsmeinung thematisiert wird.

Wenn der Geschäftsführer einer gewerblich tätigen GmbH, der zugleich Rechtsanwalt ist, eine Entscheidung als Geschäftsführer für die GmbH trifft, kann er diese nicht anschließend außergerichtlich und gerichtlich vertreten, weil ihn das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO daran hindert. Die Personenidentität zwischen dem Vertretungsorgan der GmbH einerseits und dem sie vertretenden Rechtsanwalt andererseits kann zu einer abstrakten Interessenkollisionslage führen, wenn der GmbH-Geschäftsführer in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Rechtsanwalt der GmbH ein größeres Interesse daran haben kann, seine eigenen Fehlentscheidungen zu verteidigen als die Interessen der von ihm vertretenen juristischen Person, also seines Mandanten, wahrzunehmen. Die gleichen abstrakten Interessenkollisionslagen bestehen auch dann, wenn der Rechtsanwalt nicht selbst sich „zwei Hüte aufsetzt“, sondern mit der anwaltlichen Vertretung seinen Sozius beauftragt. Das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 3 BRAO bezweckt gerade, diesen Loyalitätskonflikt auch beim Sozius zu vermeiden.

Das Selbstvertretungsrecht des Vorsitzenden des Beschwerdeausschusses für diesen vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht nach § 73 Abs. 1 SGG führt zu keinem anderen Ergebnis. Es besagt nur, dass diese Verfahren keinem Anwaltszwang unterliegen und auch der nichtanwaltliche Vorsitzende des Beschwerdeausschusses diesen selbst vor Sozialgerichten und Landessozialgerichten vertreten kann; zu möglichen abstrakten Interessenkollisionslagen bei Doppelfunktion als Beschwerdeausschussvorsitzender einerseits und Rechtsanwalt andererseits verhält sich § 73 Abs. 1 SGG nicht. Es ist ein Unterschied, ob jemand sein Gremium und damit auch seine eigene Person selbst vertreten darf oder ob er dies in Doppelfunktion und Personenidentität als Rechtsanwalt einerseits und als Partei andererseits tun darf. Der Beschwerdeausschussvorsitzende, der *in dieser Eigenschaft* den Beschwerdeausschuss vertritt, darf als Partei eigene Fehlentscheidungen vertuschen. Der Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege muss hingegen mit professioneller Distanziertheit zu den Interessen und Zielen des Mandanten beraten und vertreten, wobei er ausschließlich die Interessen seines Mandanten berücksichtigen darf (Gaier/Wolff/Göcken, § 1 BRAO Rn. 73). Sein Mandant ist aber gerade der Beschwerdeausschuss als Gremium und nicht dessen Vorsitzender. Der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses, der zugleich Rechtsanwalt ist, darf den Beschwerdeausschuss nach § 73 Abs. 1 SGG *als Parteivertreter* vor Gericht vertreten, nicht aber in seiner Eigenschaft als unabhängiges Organ der Rechtspflege.

Schließlich darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses eine Aufwandsentschädigung nach § 106c Abs. 2 Satz 8 SGB V i.V.m. § 2 Abs. 3 WiPrüfVO für diese Tätigkeit erhält und bei Mandatierung seine eigene Kanzlei eine weitere Vergütung nach RVG beanspruchen kann. Typisch für einen Gesellschaftsvertrag einer Anwaltssozietät ist die Regelung, dass jeder Gesellschafter seinen Beitrag durch seine Tätigkeit als Rechtsanwalt erbringt, einschließlich der in diesem Zusammenhang erteilten Mandate in Aufsichtsräten, Gremien, Schiedsgerichten etc.. Dazu gehört dann auch typischerweise die Vergütung für die Tätigkeit als Vorsitzender des Beschwerdeausschusses. Diese flösse dann der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu wie auch die Vergütung für die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung des Beschwerdeausschusses. Auch dies spricht für eine abstrakte Gefahr einer Interessenkollision, auch wenn im konkreten Fall über die sozietätsinterne Regelung nichts bekannt ist.

Zwar ist der Beschwerdeführer Rechtsanwalt B. *nicht selbst* für den Beschwerdeausschuss *anwaltschaftlich tätig* geworden, sondern hat lediglich das Mandat an seine Kanzlei erteilt. Damit hat er seinen Sozius Rechtsanwalt F. – im strafrechtlichen Sinn – zu einer Berufspflichtverletzung nach § 45 Abs. 3 BRAO *angestiftet*. Das anwaltliche Disziplinarrecht kennt jedoch bei Berufspflichtverletzungen keine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme wie im Allgemeinen Teil des StGB (Feuerich/Weyland/Reelsen, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 113 BRAO Rn. 6 m.w.N.). Auch die Anstiftung zu einer Berufspflichtverletzung durch einen anderen Rechtsanwalt ist danach eine Berufspflichtverletzung

- - -