Geschäftsnummer:
6 U 15/11
3 O 13/10
Landgericht
Mosbach

-sfertigung -

F 4 1076/08

Verkündet am
27. Juni 2012

Köhler, JHS'in
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

6. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte D.

gegen

Teilgemeinschaftspraxis Dres. med. S , K , V & Kollegen Partnergesellschaft
vertreten durch d. Geschäftsführer Dr. R
N M

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B

wegen Unterlassung

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe im schriftlichen Verfahren nach dem Sach- und Streitstand vom 20. Juni 2012 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Schmukle

Richter am Oberlandesgericht Dr. Deichfuß

Richter am Oberlandesgericht Dr. Zülch

für **Recht** erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Mosbach vom 22.12.2010 - 3 O 13/10 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt geändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gemäß § 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Partner der ärztlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft hinausgeht.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger ¼ und die Beklagte ¾.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer I. 1 (Unterlassung) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000,- Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheit in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Die Beklagte ist eine Partnerschaftsgesellschaft von Ärzten. Der Partnerschaft gehören derzeit dreißig Ärzte an, darunter vier Radiologen.

Der Vertrag über die Errichtung der Partnerschaft enthält u.a. folgende Regelungen:

> § 2
>
> 1. Die Gesellschafter verbinden sich außerhalb ihrer bisherigen Praxis zusätzlich zur gemeinsamen standortübergreifenden privatärztlichen Tätigkeit. Gegenstand der Gesellschaft ist die gemeinsame Erbringung privatärztlicher Leistungen (...)
>
> 4. Die Gesellschafter erbringen die Leistungen nach den jeweiligen Normen der privatärztlichen Abrechnungen (GOÄ). Gemeinsamer Leistungsinhalt sind alle dem jeweiligen Fachgebiet und Beruf vorbehaltenen privatmedizinischen Leistungsmöglichkeiten. Diese Leistungen werden im Namen der Gesellschaft abgerechnet.
>
> (...)
>
> § 6
>
> 2. (...) Die Partner vereinbaren bis auf weiteres folgende Gewinnverteilung:
>
> - Ein Prozent des Gewinns wird vorab nach Köpfen verteilt.
> - Der verbleibende Gewinn wird an die Partner jeweils entsprechend ihres persönlich erbrachten Anteils an den gemeinschaftlichen Leistungen verteilt. Die Anordnung einer Leistung, insbesondere aus den Bereichen der Laboratoriumsmedizin, der Pathologie und der bildgebenden Verfahren stellt keinen Leistungsanteil in diesem Sinne dar.
> - Mögliche Verluste werden getragen im Verhältnis der Gewinnbeteiligung.

Mit Schreiben vom 28.07.2009 hat sich der Kläger an die Partnerschaft gewandt und die Auffassung vertreten, die Beteiligung der Radiologen an der Partnerschaft sei durch § 18 Abs. 1 der Berufsordnung für Ärzte der Landesärztekammer Baden-Württemberg (im Folgenden: BO) nicht gedeckt, die Beteiligung müsse daher beendet werden. Auf Anlage K 3 wird Bezug genommen. Die Partnerschaft ist dem mit Schreiben vom 13.08.2009 (Anlage K 4) entgegen getreten.

Bereits zuvor hatte die Bezirksärztekammer beim Amtsgericht M Registergericht – beantragt, die Eintragung der Radiologen im Partnerschaftsregister zu löschen. Das Amtsgericht hat daraufhin zunächst eine Androhungsverfügung erlassen, diese jedoch nach einer umfangreichen Eingabe der Partnerschaft vom 28.10.2008, auf die verwiesen wird, mit Beschluss vom 18.11.2008 aufgehoben (siehe Anlagen zur Anlage K 4).

Der Kläger hat im ersten Rechtszug die Auffassung vertreten, die Beteiligung der Radiologen an der Partnerschaft sei unzulässig. Sie diene der Umgehung des § 31 BO, wonach es Ärzten nicht gestattet ist, für die Zuweisungen von Patienten sich Vorteile versprechen zu lassen oder solche zu gewähren. Die Zusammenarbeit in der Teilberufsausübungsgemeinschaft beschränke sich auf privatärztlich abzurechnende Leistungen. Das seien bei Radiologen typischerweise medizinisch-technische Leistungen i.S. von § 18 Abs. 1 BO. Der zuweisende Allgemeinarzt habe typischerweise keinen Anteil an der Erbringung dieser Leistungen durch den Radiologen. Gleichwohl partizipiere er am Erlös des Radiologen, so dass letztlich nur die Zuweisung honoriert werde. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Regelung über die Gewinnbeteiligung biete keine Gewähr dafür, dass § 31 BO nicht umgangen werde. Es fehle an einer Konkretisierung der „persönlich erbrachten Leistungen", so dass es möglich sei, dass der zuweisende Arzt eine wie auch immer geartete „Beratungsleistung" geltend mache und dadurch auf unverhältnismäßige Weise an den Einnahmen partizipiere, die durch die Leistung der Radiologen generiert werden. Für die von ihm für richtig gehaltene Auslegung des § 18 BO spreche auch die Regelung in § 33 Abs. 2 Satz 3 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV). Die Regelung in § 18 BO sei als bloße Berufsausübungsregelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie finde eine ausreichende gesetzliche Grundlage in § 31 Abs. 2 Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg. Der Verstoß gegen § 18 BO begründe zugleich einen Wettbewerbsverstoß.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes i.H. v. bis zu € 250.000,- ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Mona-

ten, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gemäß § 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen

hilfsweise hierzu:

mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gemäß § 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Partner der ärztlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft hinausgeht,

hilfsweise hierzu:

mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gemäß § 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über die Durchführung von Knochendichtemessungen und/oder Koronar-Computertomographien und/oder Implantat-Computertomographien und/oder Magnetresonanztomographien des Herzens und/oder Mamma-Magnetresonanztomographien auf Veranlassung der übrigen Partner der ärztlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft hinausgeht.

2. an den Kläger € 208,65 nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Nach den vertraglichen Vereinbarungen und der tatsächlichen Praxis liege kein Fall der Umgehung des § 31 BO vor. Damit sei die Teilberufsausübungsgemeinschaft nach § 18 BO zulässig. Verstünde man § 18 BO als abstrakt-generelles Verbot von Teilberufsausübungsgemeinschaften, genügte also schon die bloße Möglichkeit des Missbrauchs, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für einen solchen Missbrauch erforderlich seien, läge darin ein Verstoß gegen Art. 12 GG. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Kooperation mit Radiologen innerhalb eines Medizinischen Versorgungszentrums zulässig, in einer Teilberufsausübungsgemeinschaft dagegen unzulässig sein solle.

Das zunächst angerufene LG Karlsruhe hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 02.07.2010 an das LG Mosbach verwiesen. Das LG Mosbach hat die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil, auf das wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine Anträge erster Instanz weiter verfolgt. Der Kläger stellt zudem folgende weiteren Hilfsanträge:
hilfsweise zum ersten Hilfsantrag:

> Die Beklagte wird kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar verurteilt,
> es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes i.H. v. bis zu € 250.000,- ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gem.§ 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Partner der ärztlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft hinausgeht und/oder der Gewinn ohne Grund in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der von ihnen persönlich erbrachten Leistungen entspricht;

hilfsweise zum zweiten Hilfsantrag:

> Die Beklagte wird kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar verurteilt,
> es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes i.H. v. bis zu € 250.000,- ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit Radiologen eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft gem.§ 18 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über die Durchführung von Knochendichte-Messungen und/oder Koronar-Computertomographien und/oder Implantat-Computertomographien und/oder Magnetresonanztomographien des Herzens und/oder Mamma-Magnetresonanztomographien hinausgeht und/oder der Gewinn ohne Grund in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der von ihnen persönlich erbrachten Leistungen entspricht.

Der Kläger ist der Ansicht, § 31 Abs. 2 Nr. 7 Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg stelle eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO dar. Die Regelung sei auch mit Art. 12 GG vereinbar. Die Einbeziehung der Erbringer medizinisch-technischer Leistungen in Teilberufsausübungsge-

meinschaften berge die erhöhte Gefahr der Umgehung von § 31 BO. Die Beklagte verstoße zudem gegen § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 BO und gegen § 31 BO.

Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze und die Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie hat auch hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens mit dem ersten Hilfsantrag Erfolg. Die weitergehende Berufung des Klägers bleibt erfolglos.

1. Der mit der Berufung verfolgte Hauptantrag des Klägers ist allerdings unbegründet. Mit diesem Antrag erstrebt der Kläger ein uneingeschränktes Verbot, eine ärztliche Teilberufsausübungsgemeinschaft mit Radiologen zu betreiben. Eine rechtliche Grundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg (im Folgenden: BO) dürfen sich Ärztinnen und Ärzte zu Berufsausübungsgemeinschaften zusammenschließen. Auch ein auf einzelne Leistungen beschränkter Zusammenschluss zur gemeinsamen Ausübung des Arztberufs (Teilberufsausübungsgemeinschaft) ist, wie sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 BO ergibt, nicht generell ausgeschlossen, sondern nur dann, wenn er lediglich einer Umgehung des in § 31 BO geregelten Verbots der Zuweisung von Patientinnen und Patienten gegen Entgelt dient. Für das Kassenarztrecht enthielt allerdings § 33 Abs. 2 der ZulassungsVO für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) in der bis zum 31.12.2011 geltenden Fassung eine weitergehende Regelung, nach der die gemeinsame Berufsausübung, bezogen auf einzelne Leistungen, generell unzulässig war, sofern die Berufsausübungsgemeinschaft zur Erbringung überweisungsgebundener medizinisch-technischer Leistungen mit überweisungsberechtigten Leistungserbringern gebildet wurde. Abgesehen davon, dass diese Regelung mit Wirkung zum 01.01.2012 geändert wurde, enthält jedenfalls § 18 Abs. 1 BO kein solches generelles Verbot des Zusammenschlusses zu einer Teilberufsausübungsgemeinschaft zur Erbringung überweisungsgebundener medizinisch-technischer Leistungen mit überweisungsberechtigten Leistungserbringern (vgl. Wigge/Kaiser/Fischer/Loose, MedR

2010, 700 [708]; Wigge, NZS 2007, 393 [398, 400]; Ratzel/Möller/Michels, MedR 2006, 377 [380f.]).

2. Dagegen erweist sich die Berufung hinsichtlich des ersten Hilfsantrags als begründet. Die Beklagte verstößt gegen § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO, weil sich der Beitrag der Radiologen auf die Erbringung medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Gesellschafter beschränkt.

a) Bei der Beklagten handelt es sich um eine Teilberufsausübungsgemeinschaft. Nach § 2 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags haben sich die beteiligten Ärztinnen und Ärzte außerhalb ihrer bisherigen Praxis zusätzlich zur gemeinsamen standortübergreifenden privatärztlichen Tätigkeit verbunden. Gegenstand der Gesellschaft soll die gemeinsame Erbringung privatärztlicher Leistungen sein.

b) Nach § 18 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Alt. 1 BO ist der Zusammenschluss zur gemeinsamen Ausübung des Arztberufs zum Erbringen einzelner Leistungen als Umgehung des § 31 BO unzulässig, wenn sich der Beitrag eines beteiligten Arztes oder mehrerer beteiligter Ärzte auf das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Mitglieder der Teilberufsausübungsgemeinschaft beschränkt. So verhält es sich bei der Beklagten. Der Beitrag der an ihr beteiligten Radiologen beschränkt sich nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung (§ 286 ZPO) auf die Erbringung bestimmter medizinisch-technischer Leistungen - nämlich auf Knochendichtemessungen (Osteodensitometrie) - auf Anordnung der übrigen Gesellschafter der Beklagten.

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers kann das allerdings nicht schon deshalb angenommen werden, weil das Landgericht es als unstreitig angesehen hat. Das Landgericht hat im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausgeführt: „Derzeit beschränkt sich die Tätigkeit der Radiologen auf medizinisch-technische Leistungen im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 Berufsordnung Ärzte Baden-Württemberg" (LGU 4 oben). Die besondere Beweiskraft des Tatbestands nach § 314 ZPO greift im Streitfall jedoch nicht ein, weil der Tatbestand des angefochtenen Urteils insoweit widersprüchlich ist (vgl. Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 314 Rn. 5). Das Landgericht hat das Vorbringen der Beklagten zum Gegenstand der Partnerschaftsgesellschaft dahin wiedergegeben, dass es den Gesellschaftern u.a. um den „Austausch bei diagnostisch schwieri-

gen Fällen und die Einholung kompetenter Zweitmeinungen" gehe (LGU S. 8 Mitte). Das steht im Widerspruch zu der Angabe, es sei zwischen den Parteien unstreitig, dass sich der Beitrag der Radiologen auf medizinisch-technische Leistungen beschränke.

bb) Gleichwohl ist im derzeit erreichen Sach- und Streitstand zugrunde zu legen, dass sich der Beitrag der Radiologen auf die Erbringung bestimmter medizinisch-technischer Leistungen auf Anordnung der übrigen Gesellschafter der Beklagten beschränkt.

Eine Teilberufsausübungsgemeinschaft ist, wie sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 BO ergibt, dadurch gekennzeichnet, dass der Zusammenschluss lediglich zur Erbringung einzelner Leistungen erfolgt. Unzulässig ist ein solcher Zusammenschluss nach § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO, wenn der Beitrag einzelner Gesellschafter auf die Erbringung medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Gesellschafter beschränkt ist. Die Berufsordnung sieht darin eine Umgehung der Regelung in § 31 BO. Daraus ergibt sich im Gegenschluss, dass eine Teilberufsausübungsgemeinschaft unter Einbeziehung von Angehörigen sogenannter Methodenfächer - etwa von Radiologen - zulässig ist, wenn ihr Beitrag nicht auf die Erbringung medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Gesellschafter beschränkt ist, sondern sie im Rahmen der Teilberufsausübungsgemeinschaft darüber hinaus weitere Leistungen erbringen. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass die Zusammenarbeit nicht aus anderen Gründen gegen § 31 BO verstößt. Zugleich ergibt sich daraus, dass es sich bei den eine Zulässigkeit der Teilberufsausübungsgemeinschaft begründenden weiteren Beiträgen nicht um beliebige Aktivitäten handeln kann, sondern dass es sich um (ärztliche) *Leistungen*, also um grundsätzlich abrechenbare Maßnahmen handeln muss. Daher haben Gespräche, wie sie unter ärztlichen Kollegen vor dem Hintergrund einer beruflichen Bekanntschaft oder Zusammenarbeit stattfinden mögen, die aber nicht als Beratung bzw. Konsil abrechenbar sind, rechtlich außer Betracht zu bleiben.

Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die die Unzulässigkeit der von der Beklagten betriebenen Teilberufsausübungsgemeinschaft begründen, liegt grundsätzlich bei der Klägerin. Nachdem das Landgericht das anders gesehen hatte (vgl. Ziffer III des Hinweises vom 19.10.2010, Bl. I 185 d.A.), hat der Vorsitzende den Kläger hierauf mit Verfügung vom 19.01.2012 hingewiesen. Die Beklagte trifft aber, wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 08.02.2012 erörtert worden ist, eine sekundäre Darle-

gungs- und Beweislast. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Kläger keine näheren Kenntnisse über die Beiträge der einzelnen Gesellschafter der Beklagten hat und solche - schon aus Gründen des Schutzes der Daten der betroffenen Patienten - auch nicht haben kann. Es wäre daher Sache der Beklagten, im Einzelnen anhand von konkreten Beispielen darzulegen, welche abrechenbaren ärztlichen Leistungen die an ihr beteiligten Radiologen erbringen, die über medizinisch-technische Leistungen auf Veranlassung der übrigen Gesellschafter, aber auch über nicht abrechenbare Vorgänge, wie etwa kollegiale Gespräche, hinausgehen. Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher Vortrag der Beklagten ohne Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht möglich wäre, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Die Beklagte hat vorgerichtlich mit Schreiben ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 28.10.2008 (Anlage K 4) geltend gemacht, die Radiologen erbrächten - über die Erbringung von medizinisch-technischen Leistungen hinaus - weitere Leistungen in der Weise, dass sie in Zusammenarbeit mit Gynäkologen und Hausärzten beratend und diagnostisch tätig seien. Entsprechendes hat sie auch in der Klageerwiderung (dort S. 8f.) und im Schriftsatz vom 04.11.2010 (dort S. 1-3) vorgetragen. Nach Auffassung des Senats ist bereits zweifelhaft, ob dieser Vortrag zum damaligen Zeitpunkt als hinreichend substantiiert angesehen werden konnte. Dies kann jedenfalls im jetzt erreichten Sach- und Streitstand nicht angenommen werden. Die Beklagte hat nach der ersten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug mit Schriftsatz vom 29.02.2012 eine Stellungnahme eines an der Beklagten beteiligten Radiologen, Herrn Dr. med. H „ vorgelegt und sie zum Gegenstand ihres Vorbringens gemacht. In dieser Stellungnahme heißt es, die bisherigen Leistungen der Radiologen innerhalb der Beklagten hätten sich „im Wesentlichen auf die Osteodensitometrie beschränkt". Vor dem Hintergrund der eingehenden Erörterung der Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BO sowie der Darlegungslasten der Parteien in der vorangegangenen mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist dieser Vortrag dahin zu verstehen, dass die Beklagte einräumt, dass sich die Leistungen der Radiologen innerhalb der Teilberufsausübungsgemeinschaft auf medizinisch-technische Leistungen beschränken, die auf Veranlassung der übrigen Gesellschafter erfolgen.

Dieser Würdigung des Vortrags der Beklagten stehen der Schriftsatz der Beklagten vom 11.04.2012 und das mit ihm vorgelegte weitere Schreiben von Herrn Dr. med. H

nicht entgegen. Allerdings ist diesem Schreiben, dessen Inhalt durch die Bezugnahme im Schriftsatz vom 11.04.2012 als Teil des Parteivorbringens anzusehen ist, die Behauptung zu entnehmen, der überwiegende Teil der Tätigkeit der Radiologen innerhalb der Beklagten bestehe darin, den anderen Ärzten beratend zur Seite zu stehen und Meinungen zu Fremdbefunden und Fremdbildern zu äußern, die Erbringung medizinisch-technischer Leistungen sei nur „zweitrangig". Der Vortrag ist jedoch unerheblich. Dieser Vortrag der Beklagten steht in Widerspruch zu ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 29.02.2012. Die Äußerung, bei der Tätigkeit der Radiologen sei die Erbringung von medizinisch-technischen Leistungen - der Osteodensitometrie - gegenüber der Beratung und Befundung von Fremdbildern zweitrangig, lässt sich mit der kurz zuvor erfolgten Aussage, die Tätigkeit der Radiologen sei „im Wesentlichen auf die Osteodensitometrie beschränkt" - andere Tätigkeiten werden dort nicht einmal erwähnt - nicht vereinbaren. Eine Erläuterung der Beklagten, mit der dieser Widerspruch aufgelöst werden könnte, ist nicht erfolgt, auch nicht im Schriftsatz der Beklagten vom 20.06.2012. Hinzu kommt, dass sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen lässt, dass es sich bei den behaupteten sonstigen Tätigkeiten - Beratung und Meinungsäußerung zu Fremdbefunden/-bildern - um abrechenbare Leistungen handelt. Nur solche aber sind - wie ausgeführt - im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BO erheblich.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass dem Beweisangebot der Beklagten im Schriftsatz vom 11.04.2012 nicht nachzugehen ist. Eine Vernehmung solcher Gesellschafter der Beklagten, die nicht zur organschaftlichen Vertretung berufen sind, als Zeugen ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine Beweisaufnahme scheidet aber schon deshalb aus, weil der Vortrag der Beklagten, wie dargelegt, rechtlich nicht erheblich ist.

c) Die in § 18 Abs. 1 Satz 2 und 3 Alt. 1 BO enthaltene Regelung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung ist Art. 12 Abs. 1 GG, der die Freiheit der beruflichen Betätigung gewährleistet. Die Berufsfreiheit wird durch Regelungen berührt, die die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsre-

gelnde Tendenz haben. Die hier in Rede stehende Regelung sieht vor, dass ein Zusammenschluss von Ärztinnen und Ärzten zur gemeinsamen Ausübung des Arztberufs zur Erbringung einzelner Leistungen nicht zulässig ist, wenn sich der Beitrag (mindestens) eines Arztes, der dem Zusammenschluss angehört, auf das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Mitglieder des Zusammenschlusses beschränkt. Sie beschränkt damit die Ärztinnen und Ärzte in der Freiheit der Berufsausübung.

Berufsausübungsregelungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig, wenn sie durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind. Nach dieser Maßgabe ist die Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO nicht zu beanstanden.

Für den Bereich des Gesundheitswesens gilt der Grundsatz, dass Maßnahmen gegenüber dem Patienten allein daran auszurichten sind, was medizinisch sinnvoll ist, nicht aber daran, was demjenigen, der die Maßnahme trifft oder anordnet, Vorteile, insbesondere wirtschaftlicher Art, verschafft. Ausprägungen dieses Grundsatzes findet sich insbesondere in § 73 Abs. 7 SGB V - für den Bereich des Kassenarztrechts - und in § 31 BO, wonach es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet ist, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren, aber auch in §§ 33, 34 und 35 BO. Die Zuweisung des Patienten an einen anderen Arzt, eine Klinik oder dergleichen soll mithin nur an den Interessen des Patienten, nicht aber an den wirtschaftlichen Interessen des Arztes oder der Klinik ausgerichtet sein. Die Beachtung dieses Grundsatzes ist gefährdet, weil nach der Organisation des Gesundheitswesens in Deutschland einige Beteiligte - etwa Kliniken, Apotheken, Sanitätshäuser, Optiker, aber auch Ärzte, insbesondere solche, die den sogenannten methodenorientierten Fächern angehören - in mehr oder minder großem Umfang davon abhängig sind, dass andere Beteiligte - insbesondere Ärzte, die in den sogenannten therapieorientierten Fächern tätig sind - ihnen Patienten zuführen. Bei dieser Sachlage kann kein Zweifel daran bestehen, dass Regelungen, die dazu dienen, die Ausrichtung ärztlicher Maßnahmen am Wohle des Patienten zu sichern, auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen.

Auch die Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO ist danach gerechtfertigt. Nach den erwähnten Regelung in § 73 Abs. 7 SGB V und § 31 BO, deren Bestand die Beklagte nicht in Zweifel zieht, wäre es berufsrechtswidrig, wenn ein Arzt eines therapieorientierten Fachs für die Überweisung von Patienten an einen Arzt eines methodenorientierten Fachs, etwa eines Radiologen, ein Entgelt fordert oder sich gewähren lässt. Die Vergütungen des überweisenden Arztes und des Radiologen für ihre jeweiligen Leistungen gegenüber dem Patienten müssen also klar getrennt sein. Ein gesellschaftsrechtlicher Zusammenschluss von Ärzten beider Fachrichtungen bietet zahlreiche Möglichkeiten, die erforderliche klare Trennung der beiderseitigen Vergütungen für die jeweils erbrachten ärztlichen Leistungen zu verwischen und damit letztlich die Regelung in § 31 BO zu umgehen. Daher ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Satzungsgeber einen solchen gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss generell untersagt. In der Anfälligkeit gerade der gesellschaftrechtlichen Zusammenarbeit für Missbräuche liegt auch die sachliche Rechtfertigung dafür, warum eine solche Verbindung untersagt ist, während die Zusammenarbeit von Ärzten therapieorientierter und methodenorientierter Fächer in medizinischen Versorgungszentren grundsätzlich nicht beanstandet wird.

Für den Bereich des Kassenarztrechts wird dieser Gefahr durch die Regelung in § 33 Abs. 2 Satz 3 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) i.d.F vom 22.12.2011 begegnet, die mit der hier in Rede stehenden Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 BO inhaltlich übereinstimmt. In der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VStG, BT-Drucks. 17/6906) wird zu § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV ausgeführt, durch die Regelung werde klargestellt, dass eine Berufsausübungsgemeinschaft nicht eingesetzt werden dürfe, um unzulässige Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und anderen Leistungserbringern zu verschleiern. Insbesondere die Verteilung von Gewinnen aus der gemeinsamen Berufsausübung in Abhängigkeit von Zuweisungszahlen verstößt nach Auffassung des Verordnungsgebers gegen das Verbot der Zuweisung von Versicherten gegen Entgelt nach § 73 Abs. 7 SGB V (BT-Drucks. 17/6906, S. 105f.).

Die dem zugrundeliegende Einschätzung des Verordnungsgebers, dass das Risiko einer Umgehung des Verbots der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt bei Teilberufsausübungsgemeinschaften besonders hoch ist, wenn der Beitrag (mindestens) eines Gesellschafters auf die Erbringung medizinisch-technischer Leistungen beschränkt ist,

ist nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden. Gerade bei einer bloßen Teilberufsausübungsgemeinschaft wie der hier in Rede stehenden, bei der die beteiligten Ärzte ihre ansonsten bestehende Praxis beibehalten und sich überörtlich nur hinsichtlich einzelner Leistungen zusammenschließen, besteht ein erhöhtes Risiko, dass die Zusammenarbeit in der Gesellschaft bewirkt, dass die nach dem Gesetz erforderliche klare Trennung der beiderseitigen Vergütungen für die jeweils erbrachten ärztlichen Leistungen nicht aufrechterhalten wird. Insoweit ist zudem zu berücksichtigen, dass eine Kontrolle der innerhalb der Gesellschaft erfolgenden finanziellen Leistungen darauf, ob § 31 BO beachtet oder umgangen wird, auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stößt. Ein generelles Verbot einer solchen Form der Zusammenarbeit ist im Übrigen deshalb gerechtfertigt, weil ein gesteigertes Interesse der Ärzteschaft gerade hier nicht ersichtlich ist. Der Verweis der Beklagten auf die Konkurrenz von medizinischen Versorgungszentren genügt hierfür nicht. Bei dieser Sachlage muss sich der Satzungsgeber nach Auffassung des Senats nicht darauf verweisen lassen, eine solche Teilberufsausübungsgemeinschaft im Grundsatz zu gestatten und sich auf eine nachträgliche Missbrauchskontrolle zu beschränken. Nach alledem ist die Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO nach Auffassung des Senats von sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen und damit auch unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes der Berufsausübungsfreiheit nicht zu beanstanden.

d) Die Regelung ist auch nicht aus formellen Gründen zu beanstanden. Bei der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg handelt es sich um eine berufsrechtliche Regelung in Gestalt einer Satzung, gegen die grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Die Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie ermöglichen es gesellschaftlichen Gruppen, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mit zu gestalten. In funktionaler Selbstverwaltung können daher öffentlich-rechtliche Körperschaften für Berufsangehörige deren Berufspflichten näher festlegen. Die Einrichtung funktionaler Selbstverwaltung als Ausprägung des Demokratieprinzips darf nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung entäußert. Er darf daher öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten als Trägern funktionaler Selbstverwaltung die Rechtssetzungsbefugnis nicht zur völlig freien Verfügung überlassen. Das gilt insbesondere für Regelungen, die - wie die hier in Rede stehende Bestimmung des § 18 Abs. 1 BO - mit Grundrechtseingriffen verbunden sind. Der Gesetzesvorbehalt weist die Entscheidung

darüber, welche Gemeinschaftsinteressen so wichtig sind, dass Freiheitsrechte des Einzelnen zurücktreten müssen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu (vgl. im Einzelnen BVerfGE 111, 191).

Diesen Maßstäben wird die Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO gerecht. Die Befugnis der Landesärztekammer, Regelungen über die Berufspflichten von Ärzten in einer Berufsordnung zu regeln, ergibt sich aus § 31 HeilBKG Baden-Württemberg. Nach § 31 Abs. 2 Nr. 7 HeilBKG kann die Berufsordnung insbesondere Regelungen über die gemeinsame Ausübung der Berufstätigkeit von Ärzten enthalten. Die konkret in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO geregelte Einschränkung der Möglichkeit beruflicher Zusammenarbeit von Ärzten ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Das ist jedenfalls deshalb unschädlich, weil diese Regelung, wie dargelegt, letztlich eine Konkretisierung der in § 31 BO getroffenen Regelung und damit eines übergeordneten und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Grundsatzes enthält, der, wie etwa § 73 Abs. 7 SGB V zeigt, auch in förmlichen Gesetzen seinen Niederschlag gefunden hat.

e) Der Verstoß gegen § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO rechtfertigt das beantragte Unterlassungsgebot entsprechend dem ersten Hilfsantrag des Klägers. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S. von § 4 Nr. 11 UWG. Eine Marktverhaltensregelung ist anzunehmen, wenn die Vorschrift zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Wie sich aus den Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung in § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO ergibt, soll die Regelung gewährleisten, dass die Zuweisung von Patienten von Ärzten therapieorientierter Fächer an Ärzte methodenorientierter Fächer nicht von wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Ärzte beeinflusst wird, sondern allein aufgrund medizinischer Erwägungen erfolgt. Sie dient damit dem Interessen der Verbraucher.

Da es sich bei § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO um eine nationale Regelung für reglementierte Berufe i.S. von Art. 2 Buchstabe l der UGP-Richtlinie handelt, ist deren Anwendungsbereich gem. Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie nicht berührt.

f) Ein Verbotsausspruch entsprechend dem ersten Hilfsantrag des Klägers geht auch nicht zu weit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die von einer konkreten Verletzungshandlung ausgehende Wiederholungsgefahr einen

Unterlassungsanspruch nicht nur für die identische Verletzungsform, sondern für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen. Dementsprechend sind bei der Formulierung des Klageantrags und der Fassung des gerichtlichen Verbots gewisse Verallgemeinerungen zulässig, sofern darin das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. Danach ist die Fassung des ersten Hilfsantrags des Klägers nicht zu beanstanden. Der Verstoß gegen § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BO durch die Bildung einer Teilberufsausübungsgemeinschaft mit Radiologen, deren Leistungen für die Gemeinschaft sich auf Knochendichtemessungen beschränkt, rechtfertigt eine Verallgemeinerung dahin, dass es der Beklagten untersagt wird, eine Teilberufsausübungsgemeinschaft mit Radiologen zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, soweit deren Beitrag nicht über das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Partner hinausgeht.

3. Der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten ist nicht begründet. Das vom Kläger hierzu vorgelegte Schreiben vom 28.07.2009 (Anlage K 3) stellt rechtlich keine Abmahnung dar. Eine solche setzte voraus, dass der Kläger die Beklagte zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auffordert und ihr für den Fall, dass sie nicht bereit ist, eine solche innerhalb der gesetzten Frist abzugeben, gerichtliche Schritte androht. An beidem fehlt es bei dem als Anlage K 3 vorgelegten Schreiben des Klägers. Der Kläger vertritt dort lediglich eine bestimmte Rechtsauffassung und erklärt gegenüber der Beklagten, er sehe deren Stellungnahme hierzu entgegen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.

Schmukle
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Zülch
Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Deichfuß
Richter am
Oberlandesgericht

Ausgefertigt:

Köhler, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE