



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 68/03

vom

29. September 2005

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

am 29. September 2005

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Grundurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Februar 2003 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Der Gegenstandwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 953.770,02 € festgesetzt.

#### Gründe:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig (§ 544 ZPO), hat aber keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

1. a) Die von der Beschwerde aufgeworfene Rechtsfrage, ob der Beweis des ersten Anscheins für ein aufklärungsrichtiges Verhalten auch dann zum Tragen kommt, wenn hierfür die Mitwirkung Dritter erforderlich ist, stellt sich

nicht. Hätte der Kläger, wofür nach der Auffassung des Berufungsgerichts der Anscheinsbeweis streitet, bei pflichtgemäßer Beratung den Sitzverlegungsantrag nach Wesel zurückgenommen und den Betrieb der Arztpraxis nicht im vollen Umfang dort aufgenommen, wäre für eine Fortführung seiner Tätigkeit in M. eine Mitwirkung der dort tätigen Ärzte ebenso wenig erforderlich gewesen wie eine Genehmigung der gemeinsamen Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit durch den Zulassungsausschuss gemäß § 33 Abs. 2 Zulassungsverordnung für Kassenärzte (später bezeichnet als Zulassungsverordnung für Vertragsärzte).

b) Die von der Beschwerde als grundsätzlich angesehene Rechtsfrage, ob sich aus einem wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtigen Gesellschaftsvertrag gesellschaftsrechtliche Treuepflichten ergeben, hat das Berufungsgericht zugunsten des Beschwerdeführers entschieden, indem es insoweit ein Mitverschulden des Klägers dem Grunde nach in Erwägung gezogen hat. Das Berufungsgericht hat insoweit keine abschließende Entscheidung getroffen, sondern den Parteien ausdrücklich weiteren Vortrag dazu vorbehalten, wie sich ein etwaiges Vorgehen des Klägers gegen die in M. ansässigen Ärzte auf die Auseinandersetzung der Altgesellschaft hätte auswirken können.

2. Die Revision ist auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO). Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beweis des ersten Anscheins aufklärungsgerechten Verhaltens erschüttert werden kann, wenn es dem Rechtsberater gelingt, die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Verhaltens darzutun und gegebenenfalls zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 5. Oktober

2004 - XI ZR 210/03, NJW 2004, 3623, 3624, zVb in BGHZ 160, 308 ff). Dabei hat es ernsthafte ("gewichtige") Schwierigkeiten des Klägers, sich vom bestehenden Vertrag mit dem Krankenhaus zu lösen, verneint. Dies lässt einen Rechtsfehler, der eine Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr in sich birgt, nicht erkennen.

Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO).

Ganter

Raebel

Kayser

Cierniak

Lohmann