



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 103/07

Verkündet am:
17. September 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Quersubventionierung von Laborgemeinschaften II

ZPO § 379 Abs. 1; GKG § 17 Abs. 3

Wird eine Beweisaufnahme von Amts wegen angeordnet, ist die materiell beweisbelastete Partei nicht Beweisführer i.S. von § 379 Satz 1 ZPO; die Durchführung der Beweisaufnahme darf in diesem Fall nicht davon abhängig gemacht werden, dass die beweisbelastete Partei einen Auslagenvorschuss zahlt.

BGH, Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 103/07 - OLG Celle
LG Lüneburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Bergmann, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 21. Juni 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien sind Ärzte für Laboratoriumsmedizin (im Folgenden: Laborärzte). Die Kläger betreiben in H. , die Beklagten in Bremerhaven jeweils eine entsprechende Gemeinschaftspraxis. Die Beklagten sind außerdem Mitgesellschafter der Laborgemeinschaft "Arbeitsgemeinschaft Labor und Diagnostik", deren Geschäftsführer sie bis zum 1. Oktober 2000 waren. Die Kläger wenden sich gegen ein Schreiben der Beklagten vom 13. April 2000, in dem niedergelassenen Ärzten in U. laborärztliche Leistungen der Laborgemeinschaft angeboten wurden.

- 2 Ärztliche Laborleistungen werden in der gesetzlichen Krankenversicherung - wie andere ärztliche Leistungen auch - nach dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) abgerechnet, den die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen vereinbaren (§ 87 SGB V). Abschnitt O des einheitlichen Bewertungsmaßstabs regelt die Laboratoriumsuntersuchungen, und zwar unter I. und II. die allgemeinen und unter III. die speziellen Untersuchungen. Entsprechend werden O-I-, O-II- und O-III-Leistungen unterschieden. O-I- und O-II-Leistungen können auch niedergelassene Ärzte, die nicht Laborärzte sind (im Folgenden: niedergelassene Ärzte), selbst erbringen und mit der Krankenkasse abrechnen; O-III-Leistungen sind Laborärzten vorbehalten und können nur von diesen abgerechnet werden. Soweit niedergelassene Ärzte selbst Laborleistungen erbringen, geschieht dies häufig nicht in der eigenen Praxis. Vielmehr schließen sie sich Laborgemeinschaften an, die regelmäßig bei den Praxen der Laborärzte angesiedelt sind. Die Laborärzte erbringen dann O-I- und O-II-Leistungen für die der Laborgemeinschaft angeschlossenen niedergelassenen Ärzte, die letztere in eigenem Namen nach dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab gegenüber den Krankenkassen abrechnen. Sind Untersuchungen der Kategorie O III erforderlich, müssen die niedergelassenen Ärzte die Patienten an einen Laborarzt überweisen.
- 3 Die Kläger haben in der Versendung des Schreibens durch die Beklagten einen Wettbewerbsverstoß gesehen. Sie haben behauptet, die von den Beklagten angebotenen Preise für O-I- und O-II-Untersuchungen, die die Sätze des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs unterschreiten, lägen unter den Selbstkosten. Der Gewinn, der sich aus dieser Differenz ergebe, solle die niedergelassenen Ärzte dazu bewegen, den Beklagten Patienten für O-III-Untersuchungen zu überweisen.

4 Soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, haben die Kläger zuletzt beantragt, es den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs niedergelassenen Ärzten für die Überweisung von Patienten für O-III-Untersuchungen eine Zuwendung zu gewähren, die darin liegt, dass den niedergelassenen Ärzten durch die von den Beklagten betreute Laborgemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft Labor und Diagnostik) O-I- und O-II-Untersuchungen zu Preisen angeboten oder gewährt werden, die unter Selbstkosten liegen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagten dagegen antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt (OLG Celle GRUR-RR 2002, 336). Auf die Revision der Beklagten hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urt. v. 21.4.2005 - I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059 = WRP 2005, 1508 - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I). Das Berufungsgericht hat daraufhin die Klage unter Zurückweisung der Berufung der Kläger abgewiesen. Hiergegen richtet sich die (vom Senat zugelassene) Revision der Kläger, mit der sie ihr Klagbegehren weiterverfolgen. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat einen Wettbewerbsverstoß der Beklagten verneint und zur Begründung ausgeführt:

7 Die Kläger hätten die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs aus § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 1 UWG wegen einer unsachlichen Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit der niedergelassenen Ärzte nicht bewiesen. Eine unsachliche Beeinflussung setze im Streitfall voraus, dass

die von den Beklagten angebotenen Preise für Laborleistungen unter den Selbstkosten lägen und sich niedergelassene Ärzte durch die günstigen Preise für O-I- und O-II-Leistungen dazu verleiten ließen, den Beklagten Patienten für O-III-Untersuchungen zu überweisen. Um dies festzustellen, sei es erforderlich gewesen, von Amts wegen ein demoskopisches Sachverständigengutachten einzuholen.

8 Die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen der Anlockhandlung (den - unterstellt - nicht kostendeckenden Preisen für O-I- und O-II-Leistungen) und der Anlockwirkung (Überweisung von Patienten für O-III-Leistungen) obliege den Klägern. Es bestehe keine Vermutung für einen solchen Zusammenhang. Da die Kläger den für die Beweisaufnahme angeforderten Kostenvorschuss nicht geleistet hätten, habe der für einen Erfolg der Klage notwendige Kausalzusammenhang nicht festgestellt werden können.

9 Es bestehe auch kein Anspruch auf Unterlassung aus § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 31 der Berufsordnungen für Ärzte. Die Kläger hätten nicht behauptet, dass die Beklagten die günstigen Preise für O-I- und O-II-Leistungen jeweils davon abhängig gemacht hätten, dass ihnen Patienten für O-III-Leistungen überwiesen würden.

10 Mangels ausreichenden Vortrags der Kläger scheidet ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 i.V. mit § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktstörung und i.V. mit § 4 Nr. 10 UWG ebenfalls aus.

11 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Sie führen zur Aufhebung auch des zweiten Berufungsurteils und zur erneuten Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 12 1. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die Bestimmungen des am 30. Dezember 2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) anzuwenden, mit dem die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt worden ist. Der im Streitfall auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise auch schon zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 20.1.2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk; Urt. v. 28.6.2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Tz. 17 = WRP 2008, 220 - Telefonaktion).
- 13 2. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass das beanstandete Verhalten nach §§ 3, 4 Nr. 1 UWG wettbewerbswidrig ist, wenn die Beklagten die O-I- und O-II-Leistungen der Arbeitsgemeinschaft unter Selbstkosten - etwa durch Quersubventionierungen der Laborgemeinschaft - angeboten und dadurch die niedergelassenen Ärzte dazu veranlasst haben, ihnen Patienten für O-III-Untersuchungen zu überweisen. Das beanstandete Verhalten verstößt unter diesen Voraussetzungen - auch ohne eine rechtliche Kopplung zwischen Vorteilsgewährung und Patientenüberweisung - gegen das Verbot der Ausübung eines unangemessenen unsachlichen Einflusses auf das Nachfrageverhalten i.S. des § 4 Nr. 1 UWG (BGH, Urt. v. 21.4.2005 - I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059, 1060 = WRP 2005, 1508 - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I).
- 14 3. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Kläger für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen die Beweislast tragen. Entgegen der Ansicht der Revision besteht keine die Beweislast umkehrende Vermutung dafür, dass die niedergelassenen Ärzte üblicherweise Patienten für O-III-Unter-

suchungen stets an diejenigen Laborärzte überweisen, bei denen sie für O-I- und O-II-Leistungen eine Laborgemeinschaft unterhalten. Denn ebenfalls denkbar, wenn auch wenig wahrscheinlich erscheint es, dass die niedergelassenen Ärzte die Entscheidung über die Überweisung von Patienten für O-III-Untersuchungen unabhängig davon treffen, mit welchem Laborarzt sie in einer Laborgemeinschaft zusammenarbeiten (BGH GRUR 2005, 1059, 1061 - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I).

- 15 4. Entgegen der Ansicht der Revision liegt kein Verfahrensfehler darin, dass das Berufungsgericht mangels eigener Sachkunde von Amts wegen angeordnet hat, ein demoskopisches Sachverständigengutachten einzuholen. Die Beurteilung, ob eine bestimmte Tatsache kraft richterlicher Sachkunde feststellbar ist oder ob diese Feststellung einer Beweisaufnahme bedarf, ist tatrichterlicher Natur und in der Revisionsinstanz nur begrenzt darauf überprüfbar, ob der Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft und die Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denk- und Erfahrungssätzen vorgenommen worden ist (BGH, Urt. v. 5.7.1990 - I ZR 164/88, GRUR 1990, 1053, 1054 = WRP 1991, 100 - Versäumte Meinungsumfrage; Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 193/99, GRUR 2002, 550, 552 = WRP 2002, 527 - Elternbriefe; Bornkamm, WRP 2000, 830, 832 f.). Gehören die entscheidenden Richter selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen, bedarf es im Allgemeinen zwar keines durch eine Meinungs-umfrage untermauerten Sachverständigengutachtens. Dagegen ist - unabhängig von einem entsprechenden Beweisantrag (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) - die Einholung eines Sachverständigengutachtens häufig dann geboten, wenn keiner der erkennenden Richter durch die fragliche Werbung angesprochen wird (BGH, Urt. v. 2.10.2003 - I ZR 150/01, GRUR 2004, 244, 245 = WRP 2004, 339 - Marktführerschaft).

- 16 Im Streitfall bestünden zwar keinerlei Bedenken, wenn sich das Berufungsgericht in freier Würdigung des Parteivorbringens (§ 286 ZPO) und unter Zugrundelegung der allgemeinen Lebenserfahrung eine Überzeugung darüber gebildet hätte, ob niedergelassene Ärzte Patienten für O-III-Untersuchungen tendenziell eher an Laborärzte verweisen, mit denen sie ohnehin schon in einer Laborgemeinschaft zusammenarbeiten, und ob deswegen eine Quersubventionierung der Laborgemeinschaft geeignet ist, die Entscheidung dieser niedergelassenen Ärzte unsachlich zu beeinflussen. Andererseits ist von Rechts wegen nichts dagegen einzuwenden, dass das Berufungsgericht seiner Entscheidung nach der vergeblichen Anfrage bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung eine repräsentative Umfrage zugrunde legen und deswegen ein demoskopisches Sachverständigengutachten einholen wollte.
- 17 5. Die Revision beanstandet jedoch mit Recht, dass das Berufungsgericht die Berufung der Kläger ohne Durchführung einer Beweisaufnahme allein deshalb zurückgewiesen hat, weil die Kläger den ihnen auferlegten Kostenvorschuss nicht eingezahlt haben.
- 18 a) Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass der Beschluss vom 19. Februar 2007, in dem das Berufungsgericht die Zahlung des Vorschusses durch die Kläger angeordnet hat, nicht auf § 379 Satz 1, § 402 ZPO gestützt werden kann. Beweisführer i.S. von § 379 Satz 1 ZPO ist nur diejenige Partei, die den Beweis angeboten hat. Die materielle Beweislast bestimmt den Vorschussschuldner nur dann, wenn die Beweisaufnahme von beiden Parteien beantragt worden ist (BGH, Urt. v. 10.11.1999 - I ZR 183/97, NJW 2000, 743, 744 m.w.N.). Da die Kläger kein Sachverständigengutachten beantragt haben, durfte das Berufungsgericht sie auch nicht mit einem Auslagenvorschuss gemäß § 379 Satz 1 ZPO belasten.

19

b) Auch § 17 Abs. 3 GKG rechtfertigt es nicht, die Berufung mangels Vorschusszahlung zurückzuweisen. Nach dieser Vorschrift ist es zwar zulässig, für Handlungen, die von Amts wegen vorgenommen werden, einen Vorschuss zur Deckung der Auslagen zu erheben. Dies gilt aber nicht für gemäß § 144 Abs. 1 ZPO von Amts wegen angeordnete Beweisaufnahmen (BGH NJW 2000, 743, 744 zu § 68 Abs. 3 GKG a.F.; Zimmermann in Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, GKG, § 17 Rdn. 16; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 17 GKG Rdn. 21; Meyer, GKG, 10. Aufl., § 17 Rdn. 26; Oestreich/Winter/Hellstab, GKG, § 17 Rdn. 9; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 144 Rdn. 4). Denn es wäre widersprüchlich, die in § 144 Abs. 1 ZPO enthaltene Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes auf der Ebene des Kostenrechts wieder aufzuheben. Bei der Einzahlung eines nach § 17 Abs. 3 GKG verlangten Kostenvorschusses für eine von Amts wegen angeordnete Beweiserhebung durch Sachverständigen-gutachten handelt es sich mithin nicht um eine Prozesshandlung, deren Ver-säumung gemäß § 230 ZPO den Ausschluss der von der Vorschussleistung abhängig gemachten Beweisaufnahme zur Folge hat (BGH NJW 2000, 743, 744). Dahinstehen kann hier, ob Kosten eines von Amts wegen eingeholten Sachverständigengutachtens gegebenenfalls schon nach dessen Vorlage und nicht erst nach der Endentscheidung gemäß oder entsprechend § 17 Abs. 3 GKG erhoben und beigetrieben werden können (vgl. Zimmermann in Binz/Dörn-dorfer/Petzold/Zimmermann aaO § 17 Rdn. 16). Ihre Zahlung ist jedenfalls nicht Bedingung für die Durchführung der Beweisaufnahme (Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 144 Rdn. 29; MünchKomm.ZPO/Zimmermann, 3. Aufl., § 402 Rdn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 27.11.1975 - X ZR 29/75, GRUR 1976, 213, 216 - Brillengestelle, zum Patentnichtigkeitsverfahren).

20 III. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da für eine Sachentscheidung erforderliche Feststellungen fehlen.

21 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird es sich empfehlen, zunächst zu prüfen, ob die Beklagten die O-I- und O-II-Leistungen der Arbeitsgemeinschaft unter Selbstkosten angeboten haben. Nur wenn das der Fall sein sollte, kommt es nach § 4 Nr. 1 UWG auf die Eignung dieser Preismaßnahme an, niedergelassene Ärzte dazu zu veranlassen, den Beklagten Patienten für O-III-Untersuchungen zu überweisen. Da im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG die Eignung zur unangemessenen Beeinflussung des Marktverhaltens ausreicht, bedarf es keines Nachweises eines strengen Kausalzusammenhangs zwischen der möglichen Quersubventionierung der Laborgemeinschaft und dem Verweissungsverhalten der an der Laborgemeinschaft beteiligten niedergelassenen Ärzte. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Feststellung, dass die durch das beanstandete Schreiben angesprochenen niedergelassenen Ärzte - wenn sie sich an der Laborgemeinschaft beteiligen - eher geneigt sein werden, ihre Patienten wegen O-III-Untersuchungen an die beklagten Laborärzte zu verweisen. Diese Frage wird der Tatrichter aufgrund der Lebenserfahrung unter Berücksichtigung der Höhe des finanziellen Vorteils, der den angesprochenen Ärz-

ten im Falle einer Quersubventionierung der Laborgemeinschaft durch die Beklagten zufließt, im Allgemeinen auch ohne eine demoskopische Befragung niedergelassener Ärzte beantworten können.

Bornkamm

Pokrant

Bergmann

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Lüneburg, Entscheidung vom 03.05.2001 - 7 O 99/00 -
OLG Celle, Entscheidung vom 21.06.2007 - 13 U 137/01 -