



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 46/15

Verkündet am:  
16. Juni 2016  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Orthopädietechniker

UWG § 3a; HwO § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Anlage A Nr. 35, § 2 Nr. 3, § 3 Abs. 1, § 7 Abs. 1 und 1a; Berufsordnung für die Ärzte Bayerns § 31 Abs. 2

- a) Erbringt ein Unternehmen sowohl an einem Ort in einem Sanitätshaus als auch an einem anderen Ort innerhalb einer von Fachärzten für Orthopädie betriebenen Arztpraxis Leistungen des Orthopädietechnikerhandwerks, stellt die Raumnutzung in der Arztpraxis keinen Nebenbetrieb im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO dar, die bei einem nur unerheblichen Umfang der handwerksmäßigen Tätigkeit vom Gebot der Meisterpräsenz befreit wäre. Die Raumnutzung in der Arztpraxis ist vielmehr als Zweig- oder Außenstelle des Hauptbetriebs anzusehen, die dem Gebot der Meisterpräsenz unterliegt, wenn dort wesentliche Tätigkeiten des Orthopädietechnikerhandwerks erbracht werden.
- b) Überlässt ein Arzt einem Unternehmen in seiner Praxis für die Tätigkeit eines Orthopädietechnikers einen Raum und duldet er in der Praxis Schilder, die den Weg zu diesem Raum weisen, spricht er damit gegenüber seinen Patienten eine Empfehlung aus, die ihm nach § 31 Abs. 2 BayBOÄ nicht gestattet ist.

BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - I ZR 46/15 - OLG Nürnberg  
LG Regensburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg - 3. Zivilsenat - vom 27. Januar 2015 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 betreiben Sanitätshäuser, in denen sie auch Leistungen des Orthopädietechnikerhandwerks anbieten. Der Sitz der Beklagten befindet sich in S. . Der Sitz des Unternehmens des Klägers liegt in R. in einem Ärztehaus. In diesem Ärztehaus ist eine als Sp. bezeichnete Facharztpraxis für Orthopädie ansässig.
- 2 Der Kläger behauptet, der Beklagten stehe in dieser Facharztpraxis ein Raum zur Verfügung, in welchem sie ohne Anwesenheit eines Meisters orthopädietechnische Leistungen und Leistungen eines Sanitätshauses erbringe.

3 In diesem Verhalten sieht der Kläger einen Verstoß gegen das in der Handwerksordnung enthaltene Gebot der Meisterpräsenz. Zudem verleite die Beklagte die Ärzte der Facharztpraxis zum Verstoß gegen die Regeln des ärztlichen Berufsrechts, indem sie sich von diesen Patienten direkt zuweisen lasse.

4 Der Kläger hat im Berufungsverfahren beantragt,

1. ...
2. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, innerhalb der Facharztpraxis für Orthopädie, Sp. , R. , H. -Str. 1, orthopädiotechnische Leistungen aufgrund ärztlicher Verordnung in Form von Konstruktionen zur Unterstützung von Beinen (Kniegelenksorthesen, Sprunggelenksorthesen) abzugeben oder solche anzupassen, sowie Abdrücke für Schuheinlagen zu fertigen, ohne während der Ausführung der vorgenannten Arbeiten über einen Handwerksmeister vor Ort zu verfügen bzw. ohne Präsenz eines solchen.
3. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, Zuweisungen von Patienten der Facharztpraxis Dres. med. J. E. und Kollegen, H. -Str. 1, R. , betreffend orthopädiotechnischer Leistungen aufgrund ärztlicher Verordnungen hinsichtlich Abgabe oder Anpassung von Konstruktionen zur Unterstützung von Beinen (Kniegelenksorthesen, Sprunggelenksorthesen), sowie die Fertigung von Abdrücken für Schuheinlagen entgegenzunehmen, sofern dafür kein hinreichender Grund vorliegt und/oder Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen orthopädiotechnischen und schuhorthopädischen Betriebe erbracht werden könnte.
4. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, welche orthopädiotechnische Hilfsmittel in Form von Beinorthesen (Kniegelenksorthesen, Sprunggelenksorthesen) ab dem Zeitpunkt 01.01.2010 von ihr in der Arztpraxis Sp. , R. , H. -Str. 1, an Patienten abgegeben wurden sowie wie viele Abdrücke zur Anfertigung von Schuheinlagen, innerhalb des vorstehenden Zeitraums an Patienten nach ärztlicher Verordnung der vorstehend genannten Arztpraxis gefertigt wurden.

5 Er hat außerdem die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt (Berufungsantrag zu 5).

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die  
Berufung des Klägers zurückgewiesen.

7 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Be-  
klagte beantragt, verfolgt der Kläger seine im Berufungsverfahren gestellten  
Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

8 A. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers verneint. Zur Be-  
gründung hat es ausgeführt:

9 Die mit dem Berufungsantrag zu 2 beanstandete fehlende Meisterprä-  
senz in der Arztpraxis stelle keinen Verstoß gegen die Handwerksordnung dar.  
Bei der Raumnutzung der Beklagten in der Facharztpraxis handele es sich al-  
lenfalls um Tätigkeiten von unerheblichem Umfang im Rahmen eines hand-  
werklichen Nebenbetriebs im Sinne von § 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 1 und 2 HwO, für  
den die Vorschriften über den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichti-  
gen Handwerks nicht gälten. Der Unterlassungsantrag sei auch nicht unter dem  
Gesichtspunkt der Irreführung begründet.

10 Der mit dem Berufungsantrag zu 3 geltend gemachte Anspruch auf Un-  
terlassung der Entgegennahme von Patientenzuweisungen sei mangels Be-  
stimmtheit unzulässig. Ein Hinweis auf die Unzulässigkeit des Antrags sei ent-  
behrlich, weil auszuschließen sei, dass dem Kläger der geltend gemachte An-  
spruch zustehen könnte. Der Kläger habe eine wegen Verstoßes gegen ärztli-  
che Berufspflichten unerlaubte Zuweisung von Patienten nicht nachgewiesen.

11 Da die Unterlassungsansprüche nicht bestünden, sei die Klage auch wegen der mit den Berufungsanträgen zu 4 und 5 geltend gemachten Folgeansprüche unbegründet.

12 B. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können weder die auf fehlende Meisterpräsenz gestützten Klageansprüche abgewiesen (dazu B I) noch die Klageansprüche wegen unerlaubter Zuweisung von Patienten verneint werden (dazu B II).

13 I. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht das Bestehen eines den Berufungsantrag zu 2 rechtfertigenden Unterlassungsanspruchs des Klägers verneint.

14 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Landgericht habe über den wegen fehlender Meisterpräsenz geltend gemachten Unterlassungsanspruch teilweise keine Entscheidung getroffen. Der nicht beschiedene Teil des Klageantrags sei allein Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Kläger habe keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte es unterlasse, Kniegelenks- und Sprunggelenksorthesen anzupassen und abzugeben. Zwar stellten die Vorschriften der Handwerksordnung, soweit sie eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der hergestellten Waren oder angebotenen Dienstleistung gewährleisten sollen, Marktverhaltensregelungen dar. Auch sei bei Gesundheitshandwerken für jede Betriebsstätte ständige Meisterpräsenz zu verlangen. Im Streitfall griffen die Vorschriften der Handwerksordnung jedoch nicht ein, weil es sich bei der Raumnutzung der Beklagten allenfalls um Tätigkeiten von unerheblichem Umfang im Rahmen eines handwerklichen Nebenbetriebs im Sinne von § 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 1 und 2 HwO handele, für den die Vor-

schriften über den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks nicht gälten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Beklagte Leistungen in der orthopädischen Facharztpraxis nur an bestimmten Tagen und jedenfalls nicht in einem Umfang erbracht, der die Erheblichkeitsgrenze des § 3 Abs. 2 HwO übersteige.

15                    2. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg.

16                    a) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger im Hinblick auf den vom Landgericht nicht beschiedenen Unterlassungsanspruch, der Gegenstand des Berufungsantrags zu 2 ist, in zulässiger Weise Berufung eingelegt hat und dass hierüber im Berufungsverfahren eine Entscheidung zu treffen war.

17                    aa) Nach § 321 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil, wenn der von einer Partei geltend gemachte Haupt- oder Nebenanspruch oder wenn der Kostenpunkt bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist, auf Antrag durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen. Die nachträgliche Entscheidung muss binnen einer zweiwöchigen Frist beantragt werden (§ 321 Abs. 2 ZPO). Wird die Frist versäumt, erlischt die Rechtshängigkeit. Ein in erster Instanz übergangener Antrag, dessen Rechtshängigkeit durch Ablauf der Frist nach § 321 Abs. 2 ZPO entfallen ist, kann in der zweiten Instanz durch Klageerweiterung wieder in den Prozess eingeführt werden, wenn der Rechtsstreit wegen anderer Teile des Prozessstoffs noch in der Berufungsinstanz anhängig ist (BGH, Urteil vom 29. November 1990 - I ZR 45/89, NJW 1991, 1683, 1684; Urteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 133/04, NJW-RR 2005, 790, 791; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 321 Rn. 8). Das Rechtsmittelziel einer Berufung kann sich jedoch nicht auf die Wiedereinführung eines erstinstanzlich nicht beschiedenen Klageantrags beschränken.

18           bb) Im Streitfall war für den Unterlassungsanspruch, den der Kläger im Berufungsverfahren weiter verfolgt hat, die Rechtshängigkeit entfallen, weil der Kläger trotz unterbliebener Entscheidung über diesen Antrag in erster Instanz keinen Antrag auf Urteilsergänzung gestellt hat. Der Kläger hat jedoch in zweiter Instanz die Klage insoweit neu erhoben. Diese zweitinstanzliche Klageerweiterung ist zulässig, weil es sich dabei nicht um das alleinige Rechtsschutzbegehren des Klägers handelt. Der Kläger hat neben den vom Landgericht übergangenen Teilen des erstinstanzlichen, die fehlende Meisterpräsenz betreffenden Unterlassungsanspruchs einschließlich der darauf basierenden Folgeansprüche den vom Landgericht abgewiesenen Klageantrag zur beanstandeten Zuweisung von Patienten weiterverfolgt.

19           b) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Vorschriften der Handwerksordnung, soweit sie eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der hergestellten Waren oder angebotenen Dienstleistungen gewährleisten sollen, Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG in der Fassung vom 3. Juli 2004 darstellen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 222/11, GRUR 2013, 1056 Rn. 15 = WRP 2013, 1336 - Meisterpräsenz). Entsprechendes gilt für § 3a UWG in der Fassung vom 2. Dezember 2015. Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen vergleichbaren Verbotstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) nach ihrem Artikel 4 eine vollständige Harmonisierung bezweckt, steht der Anwendung der nationalen Vorschriften im Streitfall nicht entgegen. Bei den hier in Rede stehenden §§ 1 und 7 HwO handelt es sich um Bestimmungen, die einerseits einen Sicherheits- und - jedenfalls bei Gesundheitshandwerken (§ 1 Abs. 2 HwO in Verbindung mit Anlage A zur Handwerksordnung Nr. 33 bis 37) wie dem des Orthopädietechnikers oder Orthopädieschuhmachers - einen Gesundheitsbezug im Sinne von

Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 Satz 2 und 3 der Richtlinie 2005/29/EG aufweisen und andererseits auch berufsrechtliche Bestimmungen im Sinne von Art. 3 Abs. 8 dieser Richtlinie darstellen (BGH, GRUR 2013, 1056 Rn. 15 - Meisterpräsenz).

20 c) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann das Erfordernis der Meisterpräsenz für die Tätigkeit der Beklagten in der Facharztpraxis nicht verneint werden.

21 aa) Der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ist nach § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1a Fall 1 HwO nur gestattet, wenn der Betriebsleiter die Meisterprüfung bestanden hat und wenn dieser in die Handwerksrolle eingetragen ist. Grundvoraussetzung der materiellen Betriebsleiterschaft ist die Präsenz des Betriebsleiters (sog. Meisterpräsenz). Ein Betriebsleiter braucht nicht in jedem Fall ständig in dem von ihm geleiteten Betrieb anwesend zu sein. Die Funktion des Betriebsleiters kann auch nebenberuflich von nach § 7 Abs. 1 a bis 9 HwO qualifizierten Inhabern anderer Handwerksbetriebe und von Personen, die in einem anderen abhängigen Arbeitsverhältnis beschäftigt sind, ausgeübt werden. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass zwei Betriebe von einem Betriebsleiter geführt werden. Der Betriebsleiter muss aber binnen weniger Minuten vor Ort sein können (Detterbeck, HwO, 2. Aufl., § 7 Rn. 5). Bei Gesundheitshandwerken, bei denen eine unzureichende Handwerkstätigkeit weitreichende Folgen haben kann, ist allerdings - von ganz engen Ausnahmefällen abgesehen (vgl. dazu VG Schleswig, GewArch 2000, 426, 427) - für jede Betriebsstätte ständige Meisterpräsenz zu verlangen (BGH, GRUR 2013, 1056 Rn. 16 - Meisterpräsenz; vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. Aufl., § 7 Rn. 39; Karsten in Schwannecke, HwO, 50. Lfg. III/16, § 7 Rn. 41, 45; Detterbeck aaO § 7 Rn. 21; Wiemers, DVBl 2012, 942, 944 f., jeweils mwN). Der sich aus diesem Erfordernis ergebende Eingriff in die durch

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Berufsausübung ist im Hinblick auf die dadurch geschützten Gesundheitsinteressen der Bevölkerung gerechtfertigt (BSGE 77, 108, 113). Ist das Geschäftslokal geöffnet, können - auch ohne Anwesenheit des Meisters - Leistungen erbracht werden, bei denen eine Gefährdung der Gesundheit der Kunden ausgeschlossen ist (BGH, GRUR 2013, 1056 Rn. 17 - Meisterpräsenz, krit. Detterbeck, GewArch 2014, 147, 149; Hüpers, GewArch 2014, 190, 195). Dem Erfordernis der Meisterpräsenz wäre allerdings nicht genügt, wenn ein Meister nur ganz gelegentlich in dem fraglichen Betrieb zur Verfügung stünde, etwa weil er eine Vielzahl von Betrieben oder weit voneinander entfernt liegende Betriebe zu betreuen hätte (BGH, GRUR 2013, 1056 Rn. 18 - Meisterpräsenz).

22           bb) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass ein Orthopädietechnikermeister in der Facharztpraxis anwesend ist. Dafür ist auch nichts ersichtlich. Von einer Meisterpräsenz kann nicht im Hinblick darauf ausgegangen werden, dass am Sitz der Beklagten in S.       ein Meister anwesend wäre. Die in R.       befindliche Facharztpraxis liegt nicht so nah an der Hauptniederlassung der Beklagten in S.       , dass Patienten im Bedarfsfall nur wenige Minuten auf den Betriebsleiter warten müssten. Dass sie dem Erfordernis der Meisterpräsenz genügt, macht die Beklagte im Übrigen selbst nicht geltend. Die Beklagte hat sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, eine Anwesenheit des Meisters in der Facharztpraxis sei generell nicht erforderlich.

23           cc) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte unterhalte in der Facharztpraxis einen vom Gebot der Meisterpräsenz befreiten Nebenbetrieb im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO, in dem eine handwerksmäßige Tätigkeit in nur unerheblichem Umfang ausgeübt werde.

24 (1) Nach § 2 Nr. 3 HwO gelten die Vorschriften der Handwerksordnung auch für handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Unternehmen eines zulassungspflichtigen Handwerks, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige verbunden sind. Ein handwerklicher Nebenbetrieb liegt nach § 3 Abs. 1 HwO vor, wenn in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, dass eine solche Tätigkeit nur in unerheblichem Umfang ausgeübt wird, oder dass es sich um einen Hilfsbetrieb handelt. Nach § 3 Abs. 2 HwO ist eine Tätigkeit unerheblich, wenn sie während eines Jahres die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte Vollzeit arbeitenden Betriebs des betreffenden Handwerkszweigs nicht übersteigt.

25 Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 HwO definiert den handwerklichen Nebenbetrieb nicht abschließend. Aus einer Zusammenschau dieser Vorschrift mit § 2 Nr. 2 und 3 HwO ergibt sich, dass der handwerkliche Nebenbetrieb immer mit einem anderen Unternehmen verbunden sein muss. Dabei müssen die Inhaber beider Betriebe zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht identisch sein und die Betriebe in einer bestimmten wirtschaftlichen, organisatorischen und fachlichen Beziehung zueinander stehen (NdsOVG, GewArch 1993, 422; VGH Bad.-Württ., GewArch 1993, 74; BayObLG, GewArch 1993, 424). Kennzeichnend für einen handwerklichen Nebenbetrieb ist, dass er mit einem anderen Betrieb, dem Hauptbetrieb, verbunden ist. Der zu fordernde wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenbetrieb liegt vor, wenn der Nebenbetrieb den wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecken des Hauptunternehmens dient und seine Erzeugnisse oder Leistungen dazu beitragen, die Wirtschaftlichkeit und den Gewinn des Hauptbetriebes zu steigern (BGH, Urteil vom 11. Juli 1991, GRUR 1992, 123, 125 = WRP 1991, 785 - Kachelofenbauer II). Ferner wird eine gewisse Selbständigkeit vorausgesetzt (BVerwG, Beschluss vom 6. August 1996 - 1 B 38/96, Buchholz 451.45 § 2 HwO Nr. 9). Beispielsweise können die

für Dritte bewirkten Leistungen einer Kfz-Reparaturwerkstatt die für das Vorliegen eines handwerklichen Nebenbetriebes erforderliche fachliche Verbundenheit mit einer Tankstelle erfüllen, wenn diese Leistungen vom wirtschaftlichen Standpunkt und vom Interesse der Kunden her gesehen eine sinnvolle Ergänzung und Erweiterung des Leistungsangebots der Tankstelle darstellen (BVerwG, Urteil vom 19. August 1986 - BVerwG 1 C 2.84, Buchholz 451.45 § 2 HwO Nr. 7).

26           (2) Die Tätigkeit der Beklagten in der Facharztpraxis in R. ist eine nebenbetriebliche Tätigkeit weder im Verhältnis zu ihrer Hauptniederlassung in S. noch im Verhältnis zu den Ärzten, die die Facharztpraxis betreiben.

27           Zwar dient die Tätigkeit der Beklagten in der Facharztpraxis wirtschaftlich ihrer Niederlassung in S. . Allerdings steht der Umstand, dass die Beklagte in der Facharztpraxis identische Leistungen erbringt wie an ihrem Unternehmenssitz in S. , der Annahme entgegen, sie unterhalte in R. einen zu ihrem Unternehmenssitz in S. gehörigen Nebenbetrieb. Dabei kann offen bleiben, ob es für die Annahme eines Nebenbetriebs erforderlich ist, dass eine räumliche Verbindung zum Hauptbetrieb besteht (vgl. dazu Honig/Knörr aaO § 3 Rn. 2 mwN). In einem Nebenbetrieb werden jedenfalls nicht dieselben Leistungen wie im Hauptbetrieb erbracht, sondern Tätigkeiten, die die Leistungen des Hauptbetriebs sinnvoll ergänzen und erweitern (BVerwG, Buchholz 451.45 § 2 HwO Nr. 7; BayObLG, NVwZ 1983, 701; OLG Düsseldorf, GewArch 1983, 269).

28           Die Tätigkeit der Beklagten in der Facharztpraxis stellt sich auch nicht im Verhältnis zu den Leistungen der Fachärzte für Orthopädie, in deren Räumlichkeiten sie tätig wird, als Nebenbetrieb dar. Zwar ergänzen orthopädietechnische

Leistungen und Leistungen eines Sanitätshauses die Leistungen eines Facharztes für Orthopädie. Die Annahme eines Nebenbetriebes im Sinne von § 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 2 HwO setzt jedoch eine wirtschaftliche Verbundenheit zwischen Haupt- und Nebenbetrieb voraus, die darin besteht, dass der Nebenbetrieb den wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecken des Hauptunternehmens dient. Diese Voraussetzung liegt im Streitfall im Verhältnis der Beklagten zu den die Facharztpraxis betreibenden Ärzten nicht vor. Die Beklagte ist kein Gesundheitshandwerker, der in abhängiger Stellung für Ärzte orthopädietechnische Dienstleistungen in einer Arztpraxis erbringt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14. Dezember 1979 - I ZR 36/78, GRUR 1980, 246 - Praxiseigenes Zahnersatzlabor; Detterbeck aaO § 2 Rn. 9), sondern ein in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiertes Unternehmen, das selbständig und im eigenen wirtschaftlichen Interesse tätig wird.

29            dd) Danach kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei dem von der Beklagten genutzten Raum in der Facharztpraxis um eine handwerkliche Betriebsstätte in Form einer Zweig- oder Außenstelle handelt, die dem Gebot der Meisterpräsenz unterliegt.

30            (1) Die Handwerksordnung schließt nicht aus, dass ein Handwerk an mehreren Orten betrieben wird. Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Handwerker in derartigen Fällen dem Gebot der Meisterpräsenz unterliegt. Voraussetzung hierfür ist, dass die Zweigstelle für sich betrachtet einen Handwerksbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO darstellt und dort oder von dort aus Aufträge für handwerkliche Arbeiten entgegengenommen und ausgeführt sowie die fertiggestellten Werke ausgeliefert werden (vgl. BVerwGE 95, 363, 366). Andererseits sind ein bloßes Materiallager, eine Auftragsannahmestelle, eine Stelle zur Organisation des Arbeitseinsatzes und eine reine Verkaufsstelle nicht als hinreichend

eigenständig in diesem Sinne anzusehen, weil solche Organisationsteile nicht - für sich betrachtet - die Merkmale eines Handwerksbetriebes erfüllen (BVerwGE 95, 363, 366).

31           (2) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist bei der Prüfung, ob eine handwerkliche Zweigstelle vorliegt, nicht darauf abzustellen, ob die weitere Betriebsstätte die Voraussetzungen einer Zweigniederlassung im Sinne des § 14 GewO erfüllt. Auch die übrige innere Organisation des Unternehmens mit Zweigstellen ist nicht ausschlaggebend. Deswegen hindern die wirtschaftliche Abhängigkeit sowie die Erledigung der kaufmännischen und personellen Angelegenheiten durch den Hauptbetrieb die erforderliche Eigenständigkeit der Zweigstelle nicht. Weiter kommt es nicht darauf an, ob die Zweigstelle bei Fortfall des Hauptbetriebes ohne die vom Hauptbetrieb erledigten Tätigkeiten als eigener Handwerksbetrieb fortbestehen könnte, insbesondere ob sie über eine ausreichende wirtschaftliche Grundlage verfügen würde. Unerheblich ist schließlich, ob die Zweigstelle aufgrund von Verträgen, die die Zentrale geschlossen hat, nur für bestimmte Kunden tätig wird (BVerwGE 95, 363, 367). Der Umstand, dass der von der Beklagten in der Facharztpraxis genutzte Raum nicht den Eindruck eines voll ausgestatteten Geschäftslokals vermittelt, ist daher ohne Bedeutung.

32           (3) Es kommt auch nicht darauf an, ob sich die Niederlassung der Beklagten in S.       und die Facharztpraxis im Bezirk derselben Handwerkskammer oder in Bezirken unterschiedlicher Handwerkskammern befinden. Entscheidend ist, ob der Betriebsleiter innerhalb weniger Minuten vor Ort sein kann. Das ist im Streitfall angesichts der räumlichen Entfernung der Hauptniederlassung der Beklagten von der Facharztpraxis nicht möglich. Dem Erfordernis der Meisterpräsenz wird nicht genügt, wenn ein Meister eine Vielzahl von Betrieben oder weit voneinander entfernt liegende Betriebe zu betreuen hat und

nur ganz gelegentlich in dem fraglichen Betrieb oder - wie im Streitfall - überhaupt nicht zur Verfügung steht (vgl. BGH, GRUR 2013, 1056 Rn. 18 - Meisterpräsenz).

33           (4) Bei der Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Tätigkeit der Beklagten in der Facharztpraxis um einen Handwerksbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO handelt, für den das Gebot der Meisterpräsenz gilt, kommt es maßgeblich auf die tatsächlichen Umstände an, insbesondere darauf, ob die Beklagte dort wesentliche Tätigkeiten des in Nr. 35 der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbes der Orthopädietechnik erbringt. Das Berufungsgericht hat diese Frage offen gelassen. Es wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren die hierfür erforderlichen Feststellungen zu treffen und sich dabei insbesondere mit der Auskunft der Handwerkskammer Niederbayern-Oberpfalz vom 7. Mai 2013 auseinanderzusetzen haben, nach der es sich bei den im Berufungsantrag zu 2 genannten orthopädietechnischen Leistungen um derartige für das Handwerk der Orthopädietechnik wesentliche Leistungen handelt.

34           II. Das angefochtene Urteil kann des Weiteren keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht den Berufungsantrag zu 3 abgewiesen hat, mit dem der Beklagten eine Mitwirkung an einer unerlaubten Zuweisung von Patienten durch die in der Facharztpraxis tätigen Ärzte untersagt werden soll.

35           1. Zu Recht hat allerdings das Berufungsgericht den von dem Kläger gestellten Unterlassungsantrag als nicht hinreichend bestimmt angesehen.

36           a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der

Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 - I ZR 259/00, BGHZ 156, 1, 8 f. - Paperboy; Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Rn. 21 = WRP 2009, 1076 - Brillenversorgung; Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 21 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet). Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999 - I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 = WRP 2000, 389 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urteil vom 12. Juli 2001 - I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 = WRP 2002, 85 - Rechenzentrum; BGH, GRUR 2007, 607 Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"). Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (BGH, GRUR 2007, 607 Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; BGH, Urteil vom 4. Oktober 2007 - I ZR 22/05, GRUR 2008, 532 Rn. 16 = WRP 2008, 782 - Umsatzsteuerhinweis; BGH, GRUR 2011, 936 Rn. 16 - Double-opt-in-Verfahren). Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt (BGH, Urteil vom 19. April 2007 - I ZR 35/04, GRUR 2007, 708 Rn. 50 = WRP 2007,

964 - Internet-Versteigerung II; BGH, GRUR 2010, 749 Rn. 21 - Erinnerungswerbung im Internet; BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 196/13, GRUR 2015, 1235 Rn. 10 = WRP 2015, 1461 - Rückkehrpflicht V).

37            b) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Unterlassungsantrag, der die Worte "ohne hinreichenden Grund" enthält, wie dies dem Wortlaut der Bestimmungen der Berufsordnungen für Ärzte entspricht, die Ärzten eine Empfehlung von Ärzten, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringern oder sonstigen Anbietern gesundheitlicher Leistungen oder eine Verweisung an diese grundsätzlich untersagt, den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügt, wenn er - soweit möglich - auf die konkrete Verletzungsform Bezug nimmt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Rn. 20 ff. = WRP 2009, 1076 - Brillenversorgung I; Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 Rn. 18 = WRP 2011, 451 - Hörgeräteversorgung II; Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 68/13, GRUR 2015, 283 Rn. 19 = WRP 2015, 344 - Hörgeräteversorgung III). Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass es im Streitfall dem Berufungsantrag zu 3 an der hinreichenden Bestimmtheit fehlt, weil der Kläger das beanstandete Verhalten der Beklagten nicht hinreichend deutlich konkretisiert hat.

38            c) Die Unbestimmtheit des Klageantrags führt jedoch nicht zur Zurückweisung der Revision im Hinblick auf den Berufungsantrag zu 3. Das Berufungsgericht hätte diesen Antrag nicht als unzulässig abweisen dürfen, ohne zuvor gemäß § 139 ZPO auf diesen vom Kläger übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - I ZR 13/95, BGHZ 135, 1, 8 - Betreibervergütung; Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 112/08, MPR 2011, 88 Rn. 22).

39            2. Ein Hinweis auf die Unzulässigkeit des Berufungsantrags zu 3 war nicht entbehrlich. Auf der Grundlage des festgestellten und des unstrittigen Sachverhalts kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Kläger ein seinem Begehren entsprechender Anspruch zusteht.

40            a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe eine unerlaubte Verweisung von Patienten durch die die Facharztpraxis betreibenden Ärzte nicht nachgewiesen. Der Kläger habe schon nicht substantiiert vorgetragen, wann, in welcher Form und durch wen eine unzulässige ärztliche Empfehlung der Beklagten für die Abgabe oder Anpassung von Beinorthesen oder die Fertigung von Abdrücken für Schuheinlagen erteilt worden sei. Im Übrigen habe keiner der vom Landgericht vernommenen Zeugen bekundet, dass einer der behandelnden Ärzte oder das Praxispersonal von sich aus die Versorgung durch die Beklagte empfohlen hätten. Ob die Raumnutzung in der orthopädischen Praxis und die entsprechende Beschilderung eine unzulässige Verweisung darstellten, könne offen bleiben, weil der Kläger dieses Verhalten im Berufungsverfahren nicht mehr zum Gegenstand seines Unterlassungsantrags gemacht habe. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg.

41            b) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die für die Entscheidung des Streitfalls maßgebliche Vorschrift des § 31 Abs. 2 BayBO eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG aF (jetzt: § 3a UWG nF) ist. Diese Bestimmung hat durch die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keine Änderung erfahren und ist auf berufsrechtliche Bestimmungen, die Marktverhalten in unionsrechtskonformer Weise regeln, weiterhin anzuwenden (BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 12 - Brillenversorgung I; GRUR 2011, 345 Rn. 24 - Hörgeräteversorgung II).

- 42 c) Gemäß § 31 Abs. 2 BayBOÄ ist eine Verweisung an bestimmte Hilfsmittelerbringer untersagt, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt. Der Begriff der Verweisung ist nicht auf Fälle einer den Patienten bindenden Überweisung beschränkt. Schon nach Wortlaut und Überschrift erfasst die Norm grundsätzlich auch Empfehlungen. Dabei ist aber der Zweck der Regelung zu beachten. Die Vorschrift soll die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleisten. Diese Wahlfreiheit ist schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt dem Patienten von sich aus einen bestimmten Erbringer gesundheitlicher Leistungen nahelegt oder auch nur empfiehlt. Anders verhält es sich, wenn der Patient - weil er keinen geeigneten Leistungserbringer kennt oder weil er eine Alternative sucht - den Arzt um eine Empfehlung bittet (BGH, GRUR 2011, 345 Rn. 27 f. - Hörgeräteversorgung II). Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen.
- 43 d) Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen könne als Teilnehmer eines Verstoßes gegen ärztliches Berufsrecht wettbewerbsrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, weist ebenfalls keine Rechtsfehler auf. Die Beklagte, die nicht selbst Adressatin des berufsrechtlichen Zuweisungsverbots ist, kann zwar nicht als Täterin, wohl aber als Teilnehmerin (Anstifter oder Gehilfe) nach den im allgemeinen Deliktsrecht und im Lauterkeitsrecht entsprechend geltenden strafrechtlichen Bestimmungen haften (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 279/03, NJW-RR 2005, 556, 557; Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 84/14, GRUR 2015, 1025 Rn. 16 = WRP 2015, 1085 - TV-Wartezimmer).
- 44 e) Die Revision wendet sich nicht dagegen, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme davon ausgegangen ist, dass der Kläger eine aus eigener Initiative ausgesprochene

Empfehlung der Beklagten durch die Ärzte oder das Praxispersonal der Facharztpraxis nicht bewiesen hat.

- 45 f) Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Raumsituation in der Facharztpraxis in zweiter Instanz nicht mehr unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der unerlaubten Zuweisung von Patienten beanstanden wollen. Mit seiner entsprechenden Annahme hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz nur unzureichend erfasst.
- 46 aa) Der Kläger hat in der Berufungsbegründung unter Hinweis auf die Aussage der vom Landgericht vernommenen Zeugin G. und vorgelegte Lichtbilder geltend gemacht, dass die Überlassung eines mit einem Firmenschild versehenen Behandlungsraums und die Anbringung von Wegweisern in der orthopädischen Praxis zu diesem Behandlungsraum den Tatbestand einer unerlaubten Patientenzuweisung durch die dort ansässigen Ärzte erfüllt.
- 47 bb) Angesichts dieser Darlegungen des Klägers im Berufungsverfahren entbehrt die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe wegen der Neuformulierung des mit dem Berufungsantrag zu 3 geltend gemachten Klageantrags die Raumnutzung in der orthopädischen Praxis und die auf diesen Raum hinweisende Beschilderung nicht mehr unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der unerlaubten Zuweisung von Patienten beanstanden wollen, einer tragfähigen Grundlage.
- 48 cc) Hat der Kläger die Raumnutzung und die Beschilderung in der Facharztpraxis zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht, kann dem Berufungsantrag zu 3 die Erfolgsaussicht nicht abgesprochen werden. Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme ist die vom

Kläger vorgetragene Raumgestaltung durch entsprechende Fotos und Aussagen von Zeugen bewiesen. Eine derartige Gestaltung stellt einen Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BayBOÄ dar. Ein Arzt, der in seiner Praxis einen Raum für die Tätigkeit eines Orthopädietechnikers bereithält und Schilder duldet, die den Weg dorthin weisen, spricht damit gegenüber seinen Patienten eine entsprechende Empfehlung aus.

49 III. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 3, Abs. 1 Satz 1 ZPO).

50 1. Soweit es den Berufungsantrag zu 2 angeht, bedarf dieser einer sprachlichen Korrektur. Erkennbar geht es dem Kläger darum, der Beklagten untersagen zu lassen, orthopädietechnische Leistungen in der Facharztpraxis zu erbringen, wobei er dies durch Benennung der entsprechenden Leistungen konkretisieren will. Dies kommt allerdings sprachlich nur unzureichend zum Ausdruck. Der Kläger muss Gelegenheit erhalten, den Antrag entsprechend zu präzisieren. Im Übrigen wird das Berufungsgericht Feststellungen dazu zu treffen haben, ob die Beklagte in dem ihr zur Verfügung stehenden Raum der Facharztpraxis wesentliche Tätigkeiten des Orthopädietechnikerhandwerks erbringt und ob deshalb von einem Handwerksbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO auszugehen ist, für den das Gebot der Meisterpräsenz gilt.

51

2. Der Kläger muss zudem Gelegenheit erhalten, einen dem Bestimmtheiterfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden Berufungsantrag zu 3 zu formulieren. Sollte der Kläger einen zulässigen Klageantrag stellen, wird das Berufungsgericht Feststellungen dazu zu treffen haben, ob bei der Beklagten im Hinblick auf eine rechtswidrige Zuweisung von Patienten durch die in der Facharztpraxis tätigen Fachärzte von einem für eine Haftung als Anstifterin oder Gehilfin erforderlichen Vorsatz auszugehen ist.

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Regensburg, Entscheidung vom 27.08.2013 - 1 HKO 46/13 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 27.01.2015 - 3 U 2001/13 -