BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 21/03

Verkündet am:
23. November 2006
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 249 A, 675; ZPO § 287

a) Der Anwalt verhält sich pflichtwidrig, wenn er zur Rückgabe der Kassenarztzulassung rät, aber nicht darauf hinweist, dass schon auf Grund der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Wiederzulassung des Mandanten ausgeschlossen ist.

b) Kommen für den Mandanten hinsichtlich der Entscheidung über die Rückgabe der Zulassung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (Bestätigung von BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 - IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 930).

c) Ein Schaden im Rechtssinne entsteht nicht, wenn der Arzt in einem Verfahren auf Entziehung der Zulassung als Kassenarzt auf Grund einer unvollständigen Beleh-

rung die Zulassung freiwillig zurückgibt, die er ansonsten erst nach Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens von Rechts wegen verloren hätte (Fortführung von BGH, Urt. v. 16. Dezember 2004 - IX ZR 295/00, WM 2005, 950, 951).

BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03 - OLG Bamberg
LG Würzburg

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Dr. Ganter und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 16. Dezember 2002, berichtigt durch Beschluss vom 7. April 2003, aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der am 19. März 1943 geborene Kläger war als Frauenarzt in einer auf die Durchführung künstlicher Befruchtung spezialisierten Gemeinschaftspraxis tätig. Am 7. Februar 1998 wurde er wegen des dringenden Verdachts der Steuerhinterziehung, des Betrugs und der gefährlichen Körperverletzung in Untersuchungshaft verbracht.

2 Nachdem die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns am 12. Februar 1998 den Entzug der Kassenzulassung des Klägers wegen Nichtausübung der ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

tragsärztlichen Tätigkeit beantragt hatte, riet ihm der Beklagte als sein Rechtsanwalt bei einer Besprechung in der Justizvollzugsanstalt, die Zulassung umgehend freiwillig zurückzugeben. Die vom Kläger unterzeichnete Rückgabeerklärung leitete der Beklagte am 17. Februar 1998 an den Zulassungsausschuss der Kassenärztlichen Vereinigung weiter, worauf die Zulassung des Klägers als Vertragsarzt durch Beschluss vom 18. Februar 1998 mit Wirkung für den Vortag beendet wurde.

3 Am 4. Juni 1998 wurde der Kläger aus der Untersuchungshaft entlassen. Ende 1998 verkaufte er seinen Praxisanteil an seine Mitgesellschafter. Das Amtsgericht - Schöffengericht - verurteilte den Kläger am 20. August 1999 wegen Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und einer Gesamtgeldstrafe von 720 Tagessätzen zu je 500 DM. Die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Der den Kassenarztbereich betreffende Teil des Ermittlungsverfahrens war zuvor abgetrennt und im Hinblick auf die wegen Steuerhinterziehung zu erwartende Strafe gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO eingestellt worden. Der Antrag des Klägers vom 12. November 1999 auf Wiederzulassung als Kassenarzt wurde abgelehnt.

4 Der Kläger hat die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten begehrt, ihm sämtlichen materiellen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Rückgabe der Kassenarztzulassung entstanden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte hätte dem Kläger von einer freiwilligen Rückgabe der Kassenarztzulassung abraten müssen, weil diese ungeeignet gewesen sei, die Presseberichterstattung oder die Untersuchungshaft des Klägers zu beeinflussen. Der Fortbestand der Gemeinschaftspraxis sei ohnehin gesichert gewesen. Außerdem habe der Beklagte den Kläger nicht darüber belehrt, dass es auf Grund der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers praktisch unmöglich sein werde, nach Vollendung des 55. Lebensjahrs als Vertragsarzt wieder zugelassen zu werden.

7 Der Schaden des Klägers bestehe in den ohne die kassenärztliche Zulassung geschmälerten Verdienstmöglichkeiten jedenfalls bis zu einer zwangsweisen Entziehung nach einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundessozialgerichts, welche auf Grund der dem Kläger gegebenen Rechtsbehelfe nicht vor Ablauf mehrerer Jahre zu erwarten gewesen wäre. Für die Schadensursächlichkeit spreche die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

II.

8 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

9 1. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten bejaht, weil dieser den Kläger nicht zutreffend über die Voraussetzungen einer Wiederzulassung nach Vollendung des 55. Lebensjahrs zur Vermeidung von unbilligen Härten belehrt hat.

10 a) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGHZ 89, 178, 181 ff; BGH, Urt. v. 18. März 1993 - IX ZR 120/92, WM 1993, 1376, 1377; v. 4. Juni 1996 - IX ZR 51/95, WM 1996, 1824, 1825; v. 19. Januar 2006 - IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 928).

11 b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht das Verhalten des Beklagten im Ergebnis zutreffend als pflichtwidrig gewertet.

12 aa) Den Beweis für pflichtwidriges Verhalten des Rechtsanwalts hat der Mandant zu führen, selbst soweit es dabei um negative Tatsachen geht (BGH, Urt. v. 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, 1323; v. 3. Dezember 1992 - IX ZR 61/92, NJW 1993, 1139, 1140). Der Rechtsanwalt darf sich aber nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. Vielmehr muss

er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert hat (BGHZ 126, 217, 225; Zugehör/ Fischer, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 986).

13 bb) Eine diesen Maßstäben genügende Belehrung über die Voraussetzungen der Wiederzulassung nach freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs hat der Beklagte entgegen der Ansicht der Revision nicht behauptet.

14 (1) Die Zulassung eines Arztes, der das 55. Lebensjahr vollendet hat, ist gemäß § 25 Satz 1 Ärzte-ZV ausgeschlossen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift - die mit dem Grundgesetz vereinbar ist (BVerfGE 103, 172, 182) - kann der Zulassungsausschuss hiervon in Ausnahmefällen abweichen, wenn dies zur Vermeidung von unbilligen Härten erforderlich ist. Eine unbillige Härte liegt grundsätzlich nur vor, wenn der betroffene Arzt aus wirtschaftlichen Gründen weiterhin zwingend auf die Berufsausübung als Vertragsarzt angewiesen ist (BSGE 73, 223, 233; 80, 9, 19). Unabhängig von wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann bei Ärzten, die bereits zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen waren, eine unbillige Härte gegeben sein, wenn sie ihre kassenärztliche Tätigkeit unfreiwillig, etwa wegen Krankheit oder aus anderen zwingenden persönlichen Gründen, aufgeben mussten und kürzere Zeit später, nachdem diese Umstände weggefallen sind, wieder zugelassen werden wollen (BSG USK 95115).

15 (2) Hierüber hat der Beklagte nach seinem eigenen Vorbringen den Kläger nicht belehrt. In der Klageerwiderung hat der Beklagte dargelegt, er habe mit seinem Mandanten beim Gespräch in der Justizvollzugsanstalt ausführlich Vor- und Nachteile der Zulassungsrückgabe erörtert und darauf hingewiesen,

die Wiederzulassung nach der Härtefallregelung setze eine vollständige Rehabilitierung des Klägers in Bezug auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe voraus. Eine Belehrung über die weitere Voraussetzung, dass in wirtschaftlicher Hinsicht eine Härte gegeben oder die Tätigkeit unfreiwillig aufgegeben worden sein muss, geht daraus nicht hervor.

16 Die in der Berufungserwiderung behaupteten Belehrungen vermochten den Kläger entgegen der Ansicht der Revision ebenfalls nicht in die Lage zu versetzen, die Möglichkeit einer Wiederzulassung zutreffend zu beurteilen. Die konkreten Voraussetzungen des Angewiesenseins auf die Kassenarztzulassung aus wirtschaftlichen Gründen oder des unfreiwilligen Verlusts der Zulassung werden darin nicht genannt. Eine Belehrung über den grundsätzlichen Ausschluss der Zulassung nach dem 55. Lebensjahr gemäß § 25 Satz 1 Ärzte-ZV genügte nicht, solange dem Kläger nicht erläutert wurde, dass und warum in seiner Person kein Härtefall vorliegen konnte. Auch der behauptete Hinweis, der Kläger habe bei freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs faktisch kaum eine Chance auf erneute Zulassung, war nicht geeignet, dem Kläger ein zutreffendes Bild über die konkreten Anforderungen einer Wiederzulassung zu vermitteln. Aufgabe des Beklagten wäre es gewesen, die Voraussetzungen einer unbilligen Härte nach § 25 Satz 2 Ärzte-ZV zu erläutern. Seine Behauptung, zwischen den Parteien sei als "hauchdünne Chance" die Möglichkeit eines Antrags auf Wiederzulassung zwischen freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs gesehen worden, belegt ebenfalls kein pflichtgemäßes Verhalten. Durch einen vor Vollendung des 55. Lebensjahrs gestellten Antrag auf Zulassung als Vertragsarzt wird zwar die Zugangsgrenze des § 25 Satz 1 Ärzte-ZV gewahrt (BSG USK 2001-211). Es ist jedoch nicht einmal ersichtlich, dass ein noch vor dem 19. März 1998 gestellter Antrag auf Wieder-

zulassung wenigstens dann Erfolg gehabt hätte, wenn der Beklagte bis dahin bereits aus der Untersuchungshaft entlassen gewesen wäre.

17 (3) Das Berufungsgericht hat die freiwillige Rückgabe der Kassenarztzulassung im Ergebnis zutreffend als für die Aufrechterhaltung der Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen nicht erforderlich angesehen.

18 Bei der Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Die Erteilung hängt grundsätzlich allein davon ab, ob der Arzt oder die ärztlich geleitete Einrichtung die Voraussetzungen gemäß § 121a Abs. 1, Abs. 2 SGB V erfüllt (BSG MedR 2006, 370, 371; Hohnholz in Hauck, SGB V K § 121a Rn. 10). Mit den vom zuständigen Bayerischen Staatsministerium erlassenen Bescheiden vom 16. Dezember 1991 und vom 19. April 1996 war unter Ziffer 2. die Genehmigung zur Durchführung der Maßnahmen im Rahmen der vom Kläger geleiteten und aus ihm und weiteren Ärzten bestehenden Arbeitsgruppe erteilt worden. Nach Ziffer 6. der Bescheide war ein Wechsel des verantwortlichen ärztlichen Leiters oder jede andere Änderung der tatsächlichen, für das Fortbestehen der Genehmigung bedeutsamen Verhältnisse dem Staatsministerium anzuzeigen und waren die fachlichen und persönlichen Mindestvoraussetzungen nachzuweisen. Entsprechend ging das für die Erteilung der Genehmigung gemäß § 121a SGB V nach § 2 der Verordnung zur Übertragung von Aufgaben auf dem Gebiet der Sozialversicherung vom 20. Oktober 1992 (GVBl 1992, S. 532) zuständige Staatsministerium mit Schreiben vom 25. Februar 1998 davon aus, dass auf Grund der nachgewiesenen personellen und sächlichen Voraussetzungen auch nach Ausscheiden des Klägers eine sachgerechte Durchführung der erforderlichen Leistungen in allen Teilgebieten der Arbeitsgruppe gewährleistet ist. Wie sich diesem Schreiben entnehmen lässt, hätte es genügt, wenn die Lei-

tung der Arbeitsgruppe gewechselt hätte und der Kläger ohne Rückgabe der Zulassung als Vertragsarzt aus der Arbeitsgruppe ausgeschieden wäre.

19 Auch wenn die Rückgabe, wie die Revision geltend macht, die Behörden von weiteren Nachforschungen gegenüber der Gemeinschaftspraxis bzw. der Arbeitsgruppe abgehalten haben mag, ändert dies nichts daran, dass sie nicht die allein denkbare Entscheidung war und der Beklagte den Kläger über die damit verbundenen Nachteile auf der Grundlage seiner eigenen Einlassung nicht hinreichend aufgeklärt hat.

20 2. Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur haftungsausfüllenden Kausalität, wie die Revision mit Recht rügt.

21 a) Der Ersatzpflichtige hat nach § 249 Satz 1 BGB a. F. (Art. 229 § 8 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB) den Zustand herzustellen, der ohne seine Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtmäßigem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine dementsprechende Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre. Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen (BGHZ 123, 311, 313). Die Ursächlichkeit einer von dem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten. Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, dass er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt,

die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichende greifbare Anhaltspunkte bieten. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (BGH, Urt. v. 25. November 1999 - IX ZR 332/98, WM 2000, 197, 198 f).

22 b) Das Berufungsgericht hat einen Anscheinsbeweis zu Gunsten des Klägers angenommen. Dies ist rechtsfehlerhaft, weil dem Kläger bei vertragsgerechter Belehrung mehrere Entscheidungsmöglichkeiten offen standen.

23 aa) Bei Verstößen gegen die anwaltliche Beratungspflicht spricht zu Gunsten des Mandanten der Erfahrungssatz, dieser hätte sich bei vertragsgerechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend informierten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre (BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 aaO S. 930). Ein Anscheinsbeweis kommt demnach nicht nur dann in Betracht, wenn der Rechtsanwalt eine bestimmte Empfehlung zu geben hatte. Hatte der Rechtsanwalt seinen Auftraggeber lediglich umfassend über die Rechtslage zu belehren, verblieb für den Mandanten aber bei vertragsgerechter Information nur eine sinnvolle Entscheidung, so liegt ebenfalls ein in gleicher Weise typischer Sachverhalt vor (Zugehör/Fischer, aaO Rn. 1005, 1008). Voraussetzung sind aber tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den rechtlichen Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311, 314 f). Besteht nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum

für einen Anscheinsbeweis (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 aaO).

24 bb) Da vorliegend verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht zu ziehen waren, kann dem Kläger eine solche Beweiserleichterung nicht zugute kommen.

25 (1) In den Schriftsätzen vom 14. August 2001 und vom 23. September 2001 hat der Kläger selbst es als Alternative bezeichnet, die kassenärztliche Zulassung bis zum Abschluss der Ermittlungen bzw. des Strafverfahrens ruhen zu lassen. Ohne freiwillige Rückgabe der Zulassung war die Stellung des Klägers als Vertragsarzt allerdings keineswegs gesichert. Im Februar 1998 waren die Dauer der Untersuchungshaft und die zu erwartende Strafe ungewiss. Ebenso wenig war abzusehen, ob ihm die Zulassung als Vertragsarzt nicht entzogen würde. Die Nichtrückgabe bot zwar die einzige Chance, in Anbetracht der im März 1998 bevorstehenden Vollendung des 55. Lebensjahrs die Möglichkeit einer Tätigkeit als Vertragsarzt aufrecht zu erhalten. Der Haftbefehl vom 7. Februar 1998 war indessen nicht nur auf den Straftatbestand der Steuerhinterziehung gestützt. Der Kläger wurde auch dringend verdächtigt, seit 1992 so genannte psychologische Transfers an Patientinnen durchgeführt zu haben. Dabei soll er nicht entwicklungsfähige Embryonen auf Frauen übertragen haben. Diese Transfers soll der Kläger den Patientinnen bzw. ihren Krankenversicherungen gegenüber ohne Hinweis auf die Art des Eingriffs abgerechnet und sich damit des Betruges und der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht haben.

26 (2) Zur Beantwortung der Frage, wie der Kläger sich hypothetisch verhalten hätte, kann nicht maßgeblich auf spätere Erkenntnisse, insbesondere

das Absehen von der Verfolgung wegen des Verdachts des Betrugs und der gefährlichen Köperverletzung durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 154 StPO abgestellt werden. Vielmehr ist die im Zeitpunkt der Beratung durch den Beklagten bestehende Interessenlage von Bedeutung (BGH, Urt. v. 25. November 1999, aaO S. 198; v. 19. Januar 2006, aaO S. 931).

27 (3) Darüber hinaus war für den hypothetischen Entschluss des Klägers die durch die damalige Presseberichterstattung und die Untersuchungshaft bewirkte Belastung von Bedeutung. Der Kläger hat in seinem Antrag auf Wiederzulassung vom 12. November 1999 erklärt, er habe "die ... hohe Geldstrafe ... akzeptiert, um das Verfahren abzukürzen und den Medienrummel zu beenden"; ein jahrelanges Prozessieren wäre ihm aus psychischen und finanziellen Gründen nicht möglich gewesen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob der Kläger in Anbetracht dessen bereit gewesen wäre, eine längere Auseinandersetzung mit der Kassenärztlichen Vereinigung im Rahmen eines Verfahrens auf Zulassungsentzug auf sich zu nehmen.

28 cc) Soweit der Kläger vorträgt, er habe dem Beklagten die Bedingung gestellt, dieser dürfe das die Rückgabe der Zulassung enthaltende Schreiben erst absenden, wenn er sich mit Rechtsanwalt P. ins Benehmen gesetzt und dessen Rat eingeholt habe, ändert eine etwaige Nichtbefolgung der damit vorgetragenen Weisung nichts an der den Kläger für die Kausalität treffenden Darlegungs- und Beweislast. Im ersten Rechtszug hat der Kläger ohnehin lediglich behauptet, dem Beklagten aufgegeben zu haben, vor der Rückgabe den Rat des Rechtsanwalts P. einzuholen. Soweit in der Berufungsbegründung darüber hinaus dargelegt worden ist, der Zeuge Rechtsanwalt P. hätte von einer Rückgabe abgeraten, und der Kläger hätte sich entsprechend verhalten und seine Zulassung nicht freiwillig zurückgegeben, greift in Anbetracht der

für eine Rückgabe sprechenden, von dem Beklagten seinem Mandanten ebenfalls zu erläuternden Gründe kein Anscheinsbeweis, dass der Kläger dem Rat des Zeugen gefolgt wäre.

29 c) Die nach § 287 ZPO gebotene tatrichterliche Würdigung der für das hypothetische Verhalten des Klägers maßgeblichen Umstände hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht vorgenommen.

30 3. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, der Schaden des Klägers bestehe in den ohne die kassenärztliche Zulassung geschmälerten Verdienstmöglichkeiten jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundessozialgerichts, die - wenn es überhaupt zu einer Zulassungsentziehung gekommen wäre - nicht vor Ablauf mehrerer Jahre ergangen wäre. Dies hält rechtlicher Prüfung ebenfalls nicht stand.

31 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, deren Erhalt der Geschädigte nach der Rechtsordnung nicht beanspruchen kann, keinen ersatzfähigen Schaden dar (BGHZ 72, 328, 330 ff; 124, 86, 95 f; 125, 27, 34; 145, 256, 262). Der Nachteil alsbaldiger Vollstreckung, den eine unterlegene Partei dadurch erleidet, dass ein von ihr beabsichtigtes, sachlich aussichtsloses Rechtsmittel durch ein Versehen des Prozessbevollmächtigten versäumt, nicht ordnungsgemäß eingelegt oder verspätet begründet wird, wird deshalb nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen (RGZ 162, 65, 68 f; BGH, Urt. v. 6. Juli 1989 - IX ZR 75/88, WM 1989, 1826, 1828 unter 3.; Urt. v. 16. Dezember 2004 - IX ZR 295/00, WM 2005, 950, 951).

32 Auch bei der Anfechtung eines Verwaltungsaktes hat der Kläger nur ein schützenswertes Interesse an einer richtigen, allenfalls noch an einer nicht unangemessen verzögerten Entscheidung, nicht jedoch an einer Verlängerung des Verfahrens um des bloßen Zeitgewinns Willen. Wehrt sich der Kläger im Endergebnis zu Unrecht gegen die Entziehung seiner Zulassung, sind auch die Folgen der aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsbehelfe nur ein Reflex der Prozessdauer, an deren Verlängerung kein schützenswertes Interesse besteht. Dann kann aber der Rechtsanwalt, der den ohnehin unabwendbaren Misserfolg seines Mandanten durch einen Anwaltsfehler lediglich beschleunigt hat, deswegen nicht zum Ersatz des Beschleunigungsschadens verpflichtet sein (BGH, Urt. v. 16. Dezember 2004 aaO).

33 b) Vorliegend ist die Beratung zur Rückgabe zwar vor einer Entziehung und außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Gleichwohl hätte das Berufungsgericht nicht offen lassen dürfen, ob dem Kläger ohne Rückgabe die Zulassung entzogen worden wäre. Für die Verneinung eines Schadens im Rechtssinne kommt es nicht darauf an, ob die Behörde bereits die Zulassung entzogen hat und der ohnehin unabwendbare Misserfolg für den Mandanten auf Grund eines vor- oder außergerichtlichen Verhaltens des Rechtsanwalts eingetreten ist. Wenn der Mandant infolge einer - nicht erschöpfenden und damit pflichtwidrigen - rechtlichen Beratung das in der Sache aussichtslose Begehren gar nicht erst im Prozesswege verfolgt, ist ein normativer Schaden ebenso wenig entstanden, wie wenn der Mandant erschöpfend belehrt wird und der unabwendbare Misserfolg erst durch ein pflichtwidriges Verhalten des Rechtsanwalts im Prozess beschleunigt wird.

III.

34 Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

35 Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird, nachdem die Parteien Gelegenheit erhalten haben, ihren Vortrag nach den Hinweisen dieses Urteils zu ergänzen, die dann noch erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

36 1. Zu der Frage, ob die Vertragsarztzulassung des Klägers ohne die Rückgabe entzogen worden wäre, weist der Senat auf Folgendes hin:

37 a) Da der Mandant nur das ersetzt verlangen darf, was ihm von Rechts wegen zusteht, kommt es allein darauf an, welche Entscheidung nach Auffassung des über den Schadensersatzanspruch erkennenden Gerichts richtigerweise hätte ergehen müssen. Die Feststellung, wie der Ausgangsrechtsstreit hätte entschieden werden müssen, ist nach § 287 ZPO zu treffen, weil es sich um ein Element der haftungsausfüllenden Kausalität handelt. Diese Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn im Ausgangsprozess oder dem behördlichen Verfahren die Amtsermittlungsmaxime galt (BGHZ 133, 110, 114 f; Zugehör/Fischer, aaO Rn. 1073 ff). Der Regressrichter hat für seine eigene Beurteilung von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts unterbreitet worden wäre, und dabei die Rechtslage in dem Zeitpunkt zu Grunde zu legen, in dem die hypothetische Entscheidung ergangen wäre bzw. hätte ergehen müssen (BGHZ 133, 110, 111 f; 145, 256, 264). Diese Grundsätze gelten auch bei rechtlich gebundenen Entscheidungen der Verwaltung (BGHZ 145, 256, 260).

38 Hinsichtlich der Beweislast tritt der Rechtsanwalt grundsätzlich gleichsam in die Rolle der Gegenpartei des Ausgangsrechtsstreits ein (Zugehör/ Fischer, aaO Rn. 1078).

39 b) Der Zulassungsausschuss hat gemäß § 27 Ärzte-ZV von Amts wegen über die Entziehung der Zulassung zu beschließen, wenn die Voraussetzungen nach § 95 Abs. 6 SGB V gegeben sind, d. h. der Arzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt hat (BSGE 66, 6, 7 f). Eine gröbliche Pflichtverletzung in diesem Sinne liegt vor, wenn durch das Verhalten des Arztes das Vertrauen der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen insbesondere in die ordnungsgemäße Behandlung der Versicherten so gestört ist, dass diesen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arzt nicht mehr zugemutet werden kann (BSGE 66, 6, 8; 73, 234, 237). Dabei kann die Rechtmäßigkeit der Zulassungsentziehung nicht davon abhängig sein, ob der betreffende Arzt etwa im Hinblick auf sein Alter schlechtere Chancen als andere Ärzte auf eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung hat (BSG, Beschl. v. 19. Juni 1996 - 6 BKa 52/95, juris-Dokument Nr. KSRE 049701618 Rn. 4; MedR 1997, 86, 87). Als gröbliche Verletzung vertragsärztlicher Pflichten kommen insbesondere Abrechnungsmanipulationen oder fortgesetzte Verstöße gegen das Gebot wirtschaftlicher Behandlungs- und Verordnungsweise in Betracht (BVerfGE 69, 233, 244 [zum insoweit gleichlautenden § 368a Abs. 6 RVO]; Quaas/Zuck, Medizinrecht § 18 Rn. 47). Das Vertrauen in die ordnungsgemäße Behandlung der Versicherten und in die Rechtmäßigkeit der Abrechnungen durch den Arzt ist deshalb von so entscheidender Bedeutung, weil ordnungsgemäße Leistungserbringung und peinlich genaue Abrechnung lediglich in einem beschränkten Umfang der Überprüfung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen zugänglich sind. Daher gehört vor allem die Verpflichtung zur

peinlich genauen Abrechnung zu den Grundpflichten des Arztes. Der Arzt verstößt hiergegen, wenn er Leistungen abrechnet, die er entweder nicht oder nicht vollständig oder - sofern sie sein Tätigwerden voraussetzen - nicht selbst erbracht hat. Der Verstoß gegen diese Pflicht erweist sich in der Regel als gröbliche Pflichtverletzung, die zur Entziehung der Zulassung führt (BSGE 73, 234, 237). Für die Entziehung bedarf es nicht der vorherigen Einleitung oder Durchführung eines Disziplinarverfahrens (BSGE 66, 6, 8, 11; BSG, Beschl. v. 5. November 2000 – B 6 KA 54/03 B, juris-Dokument Nr. KSRE 093921718 Rn. 21).

40 Im Streitverfahren über die Rechtmäßigkeit der Entziehung einer Zulassung kann auch das "Wohlverhalten" des betroffenen Arztes während der Dauer des Streitverfahrens gewürdigt werden (BSG, Beschl. v. 27. Juni 2001 - B 6 KA 7/01 B, juris-Dokument Nr. KSRE 101661618 Rn. 11).

41 c) Als Gründe für die Entziehung kommen hier die Entgegennahme erheblicher Provisionen durch die Apotheke, die Durchführung und Abrechnung so genannter psychologischer Transfers oder die Beschäftigung von Scheinsozien in Betracht.

42 aa) Dem Arzt ist es gemäß § 32 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns nicht gestattet, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln von dem Hersteller oder Händler eine Vergütung oder sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen zu fordern oder anzunehmen. Provisionsvereinbarungen sind unzulässig, weil der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist (Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht S. 351). Bei der Behandlung von Kassen- oder Privatpatienten können nur die tatsächlich entstandenen Kosten abgerechnet werden, da es sich materiell um Kostenerstattung handelt, die der Arzt unmittelbar gegenüber

der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. der Krankenkasse geltend macht (Heberer, aaO S. 350 f).

43 Nach den Feststellungen im Strafurteil erhielt der Kläger auf Grund unzulässiger Vereinbarungen mit einer Apotheke von 1993 bis 1996 in unregelmäßigen Abständen insgesamt 160.000 DM in bar und ohne Quittung als anteilige "Gewinnbeteiligung" für die Umsätze der Gemeinschaftspraxis in der Apotheke. Auf diese Pflichtverletzung des Klägers hat sich der Beklagte, wie auch die Revision geltend macht, bereits in der Klageerwiderung bezogen.

44 Darüber hinaus kann die Annahme umsatzbezogener Rückvergütungen durch kassenärztlich zugelassene Ärzte für die von ihnen verordneten Medikamente als Untreue (§ 266 StGB) zum Nachteil der jeweiligen Krankenkassen zu werten sein (BGH, Beschl. v. 27. April 2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569).

45 Geht es um die Entziehung der Zulassung wegen des Verdachts einer Straftat, aus der auf eine gröbliche Pflichtverletzung geschlossen werden kann, hat der Zulassungsausschuss auf der Grundlage des Strafverfahrens und des Vorbringens der Beteiligten eine eigene Aufklärung und Bewertung vorzunehmen (Großbölting/Jaklin NZS 2002, 525, 528; vgl. auch OVG des Saarlandes ZMGR 2006, 14, 22 [zur Anordnung des Ruhens der Approbation gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO]). Ist das Strafverfahren noch nicht beendet, bedarf es der Feststellung, ob eine strafrechtliche Verurteilung des Arztes mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (SG Marburg, Urt. v. 31. Mai 2006 – S 12 KA 42/06, juris-Dokument Nr. JURE060087087 Rn. 27).

46 Bei dieser Sachlage und in Anbetracht der konkreten Feststellungen im rechtskräftigen Strafurteil, auf die sich der Beklagte bezogen hat, durfte sich der Kläger im Regressprozess nicht darauf beschränken, eine vertragsärztliche Pflichtverletzung allgemein in Abrede zu stellen. Da den Feststellungen des Schöffengerichts ein - im Regressprozess nicht bestrittenes - umfassendes Geständnis des Klägers zu Grunde lag, hätte der Kläger im Einzelnen darlegen müssen, welche Feststellung aus welchen Gründen unrichtig sein soll.

47 bb) In dem Beschluss des Zulassungsausschusses vom 2. Februar 2000, auf den sich die Berufungserwiderung bezogen hat, wird ferner festgestellt, der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte sei der Vorwurf der Körperverletzung bzw. des Betrugs wegen psychologischer Transfers zu entnehmen. In dem Schreiben der Kassenärztlichen Vereinigung vom 12. Januar 2000 heißt es, der Kläger habe im Zeitraum von 1992 bis 1997 so genannte psychologische Transfers durchgeführt, mit denen die Hoffnungen der Patientinnen aufrecht erhalten werden sollten. Dass die übertragenen Embryonen in Wirklichkeit nicht entwicklungsfähig waren, wurde ihnen verheimlicht. Diese vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten, denen der Kläger im Zulassungsverfahren entgegen getreten ist, muss er im Regressprozess nicht gegen sich gelten lassen; sie stehen zur Darlegungs- und Beweislast des Beklagten.

48 Eine gröbliche Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten des Klägers setzt aber auch insoweit kein strafbares Verhalten voraus. Nach § 27a Abs. 1 SGB V umfassen die Leistungen der Krankenbehandlung medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft grundsätzlich nur, wenn diese nach ärztlicher Feststellung erforderlich und erfolgversprechend sind (BSGE 88, 62, 63). Fehlt es daran, so ergibt sich auch dann kein Anspruch, wenn sich als Folge des unerfüllten Kinderwunsches eine krankheitswertige

psychische Störung entwickelt haben sollte und diese durch die Herbeiführung einer Schwangerschaft wirksam behandelt werden könnte (BSG NJW 2002, 1517). Eine Abrechnung darf erst recht nicht erfolgen, wenn die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft für den Arzt erkennbar ungeeignet sind.

49 2. Hätte nach den vom Berufungsgericht zu treffenden Feststellungen dem Kläger die Zulassung nicht wegen gröblicher Verletzung seiner vertragsärztlichen Pflichten entzogen werden können, wird sich das Berufungsgericht mit der Frage zu befassen haben, wie sich das Unterbleiben einer freiwilligen Rückgabe auf die Strafzumessung im Strafverfahren gegen den Kläger ausgewirkt hätte.

50 Hierüber hat das Regressgericht ebenfalls nach den Grundsätzen des § 287 ZPO zu befinden (OLG Nürnberg StV 1997, 481, 483; LG Berlin StV 1991, 310, 311; Fahrendorf in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl. Rn. 1640 f, 1646; Krause NStZ 2000, 225, 231 f; a. A. Zwiehoff StV 1999, 555, 561 f).

51 In dem gegen den Kläger ergangenen Strafurteil wurden zu dessen Gunsten die beruflichen Folgen der Rückgabe der Kassenarztzulassung berücksichtigt. Daher ist es durchaus möglich, dass das Strafmaß ohne freiwillige Rückgabe höher ausgefallen und eine Aussetzung der Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung nicht mehr möglich gewesen wäre. Dann

aber hätte der Kläger infolge Haft ebenfalls keine Einkünfte als Kassenarzt erzielen können.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Vill

Lohmann Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Würzburg, Entscheidung vom 15.01.2002 - 12 O 880/01 -
OLG Bamberg, Entscheidung vom 16.12.2002 - 4 U 41/02 -