

nung vom bisherigen Praxisstandort niederzulassen. Pro Jahr der Zuwiderhandlung vereinbaren die Vertragspartner eine Vertragsstrafe in Höhe von Euro.“

2. Strenge Kontrolle der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote

Soll ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden, bedarf gerade dieser Teil des Vertrages der genauen rechtlichen Prüfung. Denn die in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen greifen sehr weitgehend – dies gilt besonders auch für die freien Berufe – in die gemäß Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz geschützte *Berufsfreiheit* ein; sie werden daher von der Rechtsprechung streng kontrolliert. *Professor Wulf Goette*, der Vorsitzende des für das Gesellschaftsrecht und die Freiberufler-Sozietäten zuständigen II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, hat in einem kürzlich erschienenen Beitrag bemerkt, dass bei der Formulierung der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote eine viel größere Sorgfalt angewandt werden müsste, als es bisher weithin geschieht (Anwaltsblatt 2007, S. 637 [644]). Entsprechend gibt es oft unerfreuliche Überraschungen, wenn im späteren Ausscheidensfall die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Konkurrenzschutzklausel von den Gerichten für unwirksam erklärt wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Freiberufler-Gesellschaftsverträgen als Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit nur dann nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) unwirksam, „wenn sie **räumlich, zeitlich und gegenständlich** das notwendige Maß nicht überschreiten. „Ihre Rechtfertigung“, so der BGH, „finden sie allein darin, die Partner des ausgeschiedenen Gesellschafters vor einer **illoyalen Verwer-**

tung der Erfolge der gemeinsamen Arbeit oder vor einem **Missbrauch** der Ausübung der Berufsfreiheit zu schützen. Dagegen darf ein solches Wettbewerbsverbot rechtlich nicht dazu eingesetzt werden, den ehemaligen Partner als potenziellen Wettbewerber auszuschalten. Soweit sich dieser in hinreichender räumlicher Entfernung niederlässt und seinen Beruf ausübt, ist das berechtigte Anliegen der verbleibenden Gesellschafter, vor illoyalem Wettbewerb geschützt zu sein, ebenso wenig berührt, wie wenn der ehemalige Partner auf einem nicht von der Sozietät gewählten anderen Berufsfeld tätig wird. Entsprechendes gilt, wenn sich durch Zeitablauf die während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft geknüpften Verbindungen typischerweise so gelockert haben, dass der ausgeschiedene Partner wie jeder andere Wettbewerber behandelt werden kann“ (so u.a. BGH, Urteil vom 8.5.2000 - II ZR 308/ 98 - NJW 2000, 2584).

Die vorgenannten allgemeinen Grundsätze, die der Bundesgerichtshof formuliert hat, lassen sich, wenn es um die Anwendung im Einzelfall geht, sehr unterschiedlich interpretieren. Wie wird von den Gerichten in den konkreten Fällen praktisch entschieden?

3. Zeitliche Grenzen

Verhältnismäßig eindeutig ist die Rechtsprechung, soweit es sich um die **zeitlichen** Grenzen der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote handelt. Hier geht der Gesellschaftsrechts-Senat des Bundesgerichtshofs inzwischen allgemein von einer zulässigen Höchstdauer von **zwei Jahren** aus (dies im Ergebnis entsprechend der gesetzlichen Zwei-Jahres-Höchstgrenze bei ausgeschiedenen *Arbeitnehmern* gemäß § 74 Abs. 2 HGB). Nachdem der BGH die Zwei-Jahres-Grenze zunächst in einigen

Fällen bei Sozietätsverträgen anderer freier Berufe (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater) angewandt hatte (BGH, Urteil vom 29.1.1996 - II ZR 286/94 - NJW-RR 1996, 741 [742]; Urteil vom 8.5.2000 - II ZR 308/98 - NJW 2000, 2584 [2585]; Urteil vom 29.9.2003 - II ZR 59/02 - ArztR 2004, 288 (Leitsatz), NJW 2004, 66; Urteil vom 18.7.2005 - II ZR 159/03 - NJW 2005, 3061 [3062]), hat er nunmehr auch im Falle einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis die Zwei-Jahres-Frist gutgeheißen und ohne eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen freien Berufen und auch sonst, ohne auf irgend welche Einzelfallumstände einzugehen, ausgeführt, dass die Zwei-Jahres-Grenze die nach der Rechtsprechung des Senats zulässige Höchstgrenze ist (Urteil vom 7.5.2007 - II ZR 281/05 - NJW-RR 2007, 1257 [1259 unter Ziff. 34]). Damit dürften vereinzelte frühere Landgerichts- und Oberlandesgerichtsentscheidungen und entsprechende Vertragsgestaltungsempfehlungen der juristischen Literatur, die unter Umständen auch über zwei Jahre hinausgehende Wettbewerbsbeschränkungen für zulässig hielten, überholt sein; dies jedenfalls aus der Sicht des beratenden Juristen, der im Zweifelsfall eher zu Vorsicht und Zurückhaltung rät.

Allerdings hat die Überschreitung der Zulässigkeitsgrenze, wenn diese nur das **zeitliche** Maß betrifft und die Wettbewerbsbeschränkung nicht auch räumlich oder gegenständlich zu weitgehend ist, nur eine beschränkte rechtliche Sanktion zur Folge. Die Konkurrenzschutzklausel wird nach der BGH-Rechtsprechung in diesem Fall **nicht insgesamt** als **unwirksam** behandelt, sondern sie wird in einen gültigen und einen ungültigen Teil zerlegt und mit dem gültigen Teil aufrechterhalten (sog. geltungserhaltende Reduktion). Dennoch sollte man ein Wettbewerbsverbot, das die zeitliche Zulässigkeitsgrenze überschreitet, nicht leichtfertig ver-

einbaren. Häufig ist, wenn zu Gunsten des Ausscheidenden eine Abfindung vereinbart ist, für die Höhe der Abfindung auch die Dauer der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung maßgebend. Ist dann die Wettbewerbsverbotsvereinbarung teilweise unwirksam, kann die Bestimmung, wie sich durch die Teilunwirksamkeit die Höhe der Abfindung ändert, schwierig und unsicher sein und zu Streitigkeiten führen.

4. Räumliche Beschränkung

Weniger genau als in zeitlicher Hinsicht lassen sich Aussagen dazu machen, welchen **räumlichen** Umfang das den ausscheidenden Partner verpflichtende nachvertragliche Wettbewerbsverbot haben darf. Generell lässt sich nur sagen, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht über den **Einzugsbereich** der bisherigen gemeinsamen Praxis hinausgehen darf. Was das in concreto bedeutet, hängt von der Art und Größe der Praxis sowie von der örtlichen Situation ab: Handelt es sich um eine Allgemeinarztpraxis bzw. eine fachärztliche Praxis, von der es in einer Großstadt eine größere Zahl gibt, oder steht etwa eine hoch spezialisierte, u.U. sehr kapitalintensiv ausgestattete Praxis mit einem weit überregionalen Einzugsbereich in Frage? Und zweitens: Hat die Praxis ihren Sitz in einer großen Stadt bzw. einem dicht besiedelten Ballungsgebiet, oder liegt sie in einer weniger bevölkerungsreichen, ländlichen Gegend?

a. Stand der Rechtsprechung

Um das Entscheidungsspektrum einigermaßen anschaulich zu machen, wird im Folgenden eine größere Zahl von in den letzten Jahren veröffentlichten Gerichtsurteilen wiedergegeben, die das jeweils zu beurteilende Wettbewerbsverbot für zulässig oder für unzulässig erachtet haben.

– **Bundesgerichtshof**, Urteil vom

14.7.1997 - II ZR 238/96 (NJW 1997, 3089): Gemeinschaftspraxis von drei Tierärzten in einer ländlichen Gegend. Zone des Wettbewerbsverbots: Umkreis von 30 km. – Das Wettbewerbsverbot ist nach Auffassung des BGH unwirksam. Welcher Radius der Gemeinschaftspraxis zuzubilligen wäre, lässt der BGH offen. Das OLG hatte einen Radius von 6,5 km, den die verbleibenden Partner mit der Klage hilfsweise geltend gemacht hatten, als zulässig angesehen.

– **Bundesgerichtshof**, Urteil vom 7.5.2007 - II ZR 281/05 (NJW-RR 2007, 1256): Gemeinschaftspraxis von zwei Fachärzten für Innere Medizin/Nephrologie. Zone des Wettbewerbsverbots: für die ärztliche Tätigkeit des Ausgeschiedenen als Internist: ein Umkreis von 2 km vom Sitz der Gemeinschaftspraxis und vom Sitz der ausgelagerten Behandlungsstätten; für die Dialyseleistungen: Umkreis von 20 km vom Sitz der Gemeinschaftspraxis und im Umkreis von 10 km vom Sitz der ausgelagerten Behandlungsstätten. – Der BGH hält beide Wettbewerbsbeschränkungen für wirksam. Bei den Dialyseleistungen stellt er darauf ab, dass diese angesichts der erheblichen finanziellen Aufwendungen wirtschaftlich nur zu erbringen seien, wenn eine entsprechende Zahl von Patienten sie in Anspruch nimmt.

– **Oberlandesgericht Koblenz**, Urteil vom 22.9.1993 - 9 U 279/92 (erstinstanzliche Entscheidung: Landgericht Trier, Urteil vom 30.1.1992 - 6 O 225/91 - ArztR 1995, 51): Verkauf einer frauenärztlichen Praxis in einer kleineren Stadt. Zone des den Praxisverkäufer verpflichtenden Wettbewerbsverbots: Umkreis von 15 km um den Praxissitz. – Das OLG Koblenz hält das Wettbewerbsverbot für wirksam.

– **Oberlandesgericht Koblenz**, Urteil vom 25.5.1994 - 9 U 1007/93 (MedR 1994, 450): Verkauf einer in einer Kleinstadt gelegenen Zahnarztpraxis. Zone des den Praxisverkäufer verpflichtenden Wettbewerbsverbots: Umkreis von 20 km um den Praxissitz. – Auch in diesem Fall geht das OLG Koblenz von der

Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots aus.

– **Oberlandesgericht Karlsruhe**, Urteil vom 24.9.1993 - 10 U 72/93 (MedR 1995, 156; Kurzmitteilung in ArztR 1995, 260): Verkauf einer orthopädischen Facharztpraxis mit Sitz in Heidelberg. Zone des für den Verkäufer geltenden Wettbewerbsverbots: Umkreis von 20 km vom Stadtmittelpunkt. – Das OLG Karlsruhe hält das Wettbewerbsverbot für wirksam.

Die drei letztgenannten Entscheidungen betreffen einen *Praxisverkauf*, nicht das *Ausscheiden* aus einer *Gemeinschaftspraxis* mit typischerweise weniger fester Patientenbindung zum einzelnen Arzt und der im Übrigen wesentlich häufiger bestehenden Absicht des durch das Wettbewerbsverbot Verpflichteten, die ärztliche Tätigkeit nach dem Ausscheiden fortzusetzen. Daher können Gerichtsentscheidungen, in denen für den Fall des Praxisverkaufs die *Zulässigkeit* der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt worden ist, auf den Fall des Ausscheidens aus einer Gemeinschaftspraxis *nicht* ohne Weiteres übertragen werden.

– **Oberlandesgericht Köln**, Urteil vom 22.3.1996 - 20 U 169/95 (OLG-Report 1996, 247): Neurologisch-radiologische Facharztpraxis von zwei Ärzten in Köln mit einer apparativen Ausstattung im Wert von 15-20 Mio. DM. Der Beklagte hatte den Kläger als Juniorpartner in die Praxis aufgenommen. Weit überwiegende kapitalmäßig-gesellschaftliche Beteiligung des Beklagten und einseitiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot für den Fall des Ausscheidens des Klägers. Zone des Wettbewerbsverbots: Stadtgebiet Köln und ein über die Stadtgrenze hinausgehender weiterer Bereich von 25 km. Geltung des Wettbewerbsverbots nicht nur für die Eröffnung einer kombinierten neurologisch-radiologischen Praxis, sondern auch für die Niederlassung nur als Neurologe. Sechs Jahre nach Abschluss des Gemeinschaftspraxisvertrages wird die Zusammenarbeit nach beiderseitiger Kündigung beendet. – Das

ten auf Dauer zu übernehmen, die die Praxis aus der Vielzahl der in Frankfurt niedergelassenen Zahnärzte wegen der *leichten Erreichbarkeit und der räumlichen Nähe* zu ihrem Wohn- oder Arbeitsort ausgewählt hatten. Darauf, dass sich auch solche Patienten in der Praxis weiter behandeln lassen, die den bisherigen Praxisinhaber wegen seiner *besonderen Fähigkeiten* und eines entstandenen *persönlichen Vertrauensverhältnisses* aufgesucht hätten, habe der Praxiserwerber nicht vertrauen können; denn solche Patienten hätten sich auch nicht von einer den Radius von 10 km übersteigenden Entfernung davon abhalten lassen, den früheren Inhaber, der die Praxis veräußert hat, als Zahnarzt in Anspruch zu nehmen. Zum Schutz vor einer Abwanderung derjenigen Patienten, die die Praxis des Veräußerers wegen ihrer leichten Erreichbarkeit aufgesucht hatten, sei es nicht erforderlich gewesen, dem Veräußerer die Niederlassung im nahezu gesamten Stadtgebiet zu verbieten. (Dass das OLG-Urteil einen Praxisverkauf betrifft, hindert nicht, da die in Frage stehende Wettbewerbsbeschränkung als *unzulässig* angesehen wurde, die Entscheidung auf das *Ausscheiden aus einer Gemeinschaftspraxis* zu übertragen; denn im letztgenannten Fall gelten, wie ausgeführt, eher noch strengere Anforderungen an die Zulässigkeit der Wettbewerbsverbotsvereinbarung als im Fall des Praxisverkaufs.) Nicht recht ersichtlich ist, warum, wie das Oberlandesgericht meint, bei der Übernahme einer Zahnarztpraxis etwas anderes gelten soll als „möglicherweise“ bei der Übernahme einer Facharzt- oder Tierarztpraxis. – Bei seinen Erwägungen hat das OLG im Übrigen noch darauf abgestellt, dass für den Praxisveräußerer, der über eine kassenärztliche Zulassung für den Stadtbezirk Frankfurt verfügte, bei einem vereinbarten Radius von 10 km nur kleinere Randbezirke des Zulassungsbezirks für die Berufsausübung verblieben.

– **Oberlandesgericht Düsseldorf** (9. Zivilsenat), Urteil vom 19.3.2007 - I-9 U 46/07

(MedR 2007, 478; erstinstanzliche Entscheidung: LG Krefeld, Urteil vom 4.1.2007 - 3 0 443/06 - abrufbar in JURIS): Gemeinschaftspraxis zweier als Kassenärzte zugelassener Orthopäden im Norden von Krefeld. Zone des Wettbewerbsverbots: Stadt Krefeld als kassenärztlicher Zulassungsbezirk. – Landgericht und Oberlandesgericht halten das Wettbewerbsverbot wegen seiner räumlichen Ausdehnung für sittenwidrig. Bei einer Nord-Süd-Ausdehnung der Stadt von 14 km habe das Wettbewerbsverbot gemessen vom Sitz der Praxis in Nord-Süd-Richtung einen Radius von über 10 km. Wesentliche Entscheidungserwägung ist dabei auch, dass wegen der Erstreckung des Wettbewerbsverbots auf den gesamten Zulassungsbezirk Krefeld der ausscheidende Arzt, der in diesem Bereich nicht mehr tätig sein kann, möglicherweise auch in anderen Bezirken in absehbarer Zeit keine Vertragsarztzulassung erhält.

Die Übersicht der vorstehenden, zum Teil recht unterschiedlichen Urteile kann nur zu der Empfehlung führen, bei der Vereinbarung der räumlichen Ausdehnung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sehr zurückhaltend zu sein. Falls später der Bereich des Niederlassungsverbots als „zu großzügig bemessen“ beurteilt wird, wird die Wettbewerbsvereinbarung **insgesamt** als unwirksam behandelt; denn bei **räumlich** zu weitgehenden Wettbewerbsverboten lassen die Gerichte, anders als bei der Überschreitung der zeitlichen Zulässigkeitsgrenze, **keine Teilnichtigkeit** (geltungserhaltende Reduktion) zu. Ausgehend von der jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.5.2007 (Nephrologen-Gemeinschaftspraxis) ist man für die normale Allgemeinarzt- und Facharztpraxis in einer Großstadt wohl auf der sicheren Seite, wenn man einen Verbotsradius von nicht mehr als 2 km wählt und zugleich den im Folgenden unter Ziff. 7. ff. behandelten vertragsarztrechtlichen Aspekten

Rechnung trägt. Soweit die Rechtsprechung auf den *Einzugsbereich* der bisherigen gemeinschaftlichen Praxis abstellt, dürfte das die *äußerste Grenze* sein, deren Überschreitung die Wettbewerbsvereinbarung auf jeden Fall unzulässig macht. Wer als Maximalist den Radius des Verbotszirkels an Hand der Patientenkartei einfach nach den am weitesten entfernten Patientenadressen bemisst (vielleicht noch mit einem Zuschlag im Hinblick auf den „Entfernungsvorteil“ der neu zu eröffnenden Praxis, wenn diese gleich am Rand des Einzugsgebiets der Gemeinschaftspraxis liegt), wird im späteren Ernstfall mit dem Einwand rechnen müssen, dass in den äußeren Zonen des Gemeinschaftspraxis-Einzugsbereichs viel weniger Stammpatienten dieser Praxis wohnen als „freie“ Patienten, um die zu konkurrieren dem ausgeschiedenen Arzt grundsätzlich erlaubt sein muss. Es geht um eine *Verhältnismäßigkeitsentscheidung* in Abwägung der beiderseitigen Interessen.

b. Patientenschutzklausel als Ausweg?

Wäre, um sicher zu gehen, das Beste nicht eine **Patientenschutzklausel** (ohne ein räumlich umschriebenes Niederlassungsverbot), die dem ausscheidenden Arzt während der Geltung des Wettbewerbsverbots nur verbietet, gerade die bisherigen Patienten der Gemeinschaftspraxis zu behandeln? Eine solche Patientenschutzklausel hätte zwar den theoretischen Vorteil, dass sie genau an das anknüpft, was eigentlich konkurrenzfrei sein soll: den Patientenstamm der bisherigen Praxis. Aber die praktischen Nachteile überwiegen (ganz abgesehen von den in der Rechtsliteratur zum Teil geäußerten Bedenken, dass Patientenschutzklauseln gegen die vertragsärztlichen Verpflichtungen des ausgeschiedenen Arztes und die freie Arztwahl verstoßen). Denn die Einhaltung des „Patientenschut-

zes“ ist für die verbliebenen Partner der Gemeinschaftspraxis nur schwer zu überwachen. Es dürfte auch zu weit gehen, dass bisherige Gemeinschaftspraxis-Patienten, die ohne telefonische Voranmeldung in die neue Praxis kommen, als „Verbots-Patienten“ wieder weggeschickt werden müssen. Hilfreich allerdings könnte eine Patientenschutzklausel – bzw. hier genauer: Arztauftraggeber-Schutzklausel – im Falle einer *Einsender-Praxis* mit einem weit überregionalen Einzugsgebiet sein, da dieses Einzugsgebiet für ein den Ausscheidenden verpflichtendes *Niederlassungsverbot* zu groß sein dürfte.

5. Gegenständliche Beschränkung

Weniger Bedeutung als die notwendige räumliche Begrenzung hat die von der Rechtsprechung zusätzlich geforderte Beschränkung der Wettbewerbsverbote in **gegenständlicher** Hinsicht, obwohl auch diesbezügliche Erforderlichkeits-Überschreitungen schon zur Unwirksamklärung geführt haben. So bemängelte der **Bundesgerichtshof** im Urteil vom 14.7.1997 (Tierarztpraxis) neben dem räumlichen Zuviel, dass das Wettbewerbsverbot jede tierärztliche Tätigkeit umfasste, auch die Tätigkeit im staatlichen oder kommunalen Veterinärwesen (z.B. einem Veterinäramt oder einem Schlachthof) oder in einem abhängigen Dienstverhältnis, etwa für einen Tierzüchter, einen Pferdesportverein oder eine tierärztliche Klinik. Auf die Humanmedizin übertragen bedeutet dies: Wenn die Gemeinschaftspraxis im ambulanten Bereich tätig ist, darf dem Ausscheidenden nicht auch die Tätigkeit als Angestellter in einem Krankenhaus verboten werden. In der Entscheidung des **Oberlandesgerichts Köln** vom 22.3.1996 (neuro-radiologische Gemeinschaftspraxis) war der Hauptbeanstandungspunkt (abgesehen von der

räumlichen Bemessung), dass dem ausscheidenden Arzt auch die lediglich neurologische Facharztstätigkeit verboten wurde, obwohl Gegenstand der Gemeinschaftspraxis die Verbindung von Neurologie und Radiologie war und es sich eindeutig um eine Einsenderpraxis handelte. Die strenge Ausrichtung am tatsächlichen Gegenstand der Gemeinschaftspraxis bedeutet natürlich auch, dass bei einem ausscheidenden Arzt mit mehreren Facharztqualifikationen, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nur den Bereich umfassen darf, in welchem der Arzt in der Gemeinschaftspraxis tätig war.

6. Salvatorische Klauseln zur Begrenzung der Unwirksamkeitsfolgen?

Hilft gegenüber der eventuellen Unwirksamklärung einer räumlich oder gegenständlich zu weitgehenden Wettbewerbsvereinbarung eine in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene sog. **salvatorische Klausel**, die die Parteien verpflichtet, eine nichtige Bestimmung durch eine möglichst nahe kommende gültige Regelung zu ersetzen? Entgegen der bei Vertragsberatungen nicht selten gegebenen Empfehlung hat *Professor Goette* in dem kürzlich erschienenen Beitrag im Anwaltsblatt 2007, 637 diese Frage für die räumlich-gegenständlich übermäßigen Wettbewerbsverbote verneint (a.a.O. S. 644). Daraus lässt sich die Linie der Rechtsprechung, falls die Frage in nächster Zeit vom Bundesgerichtshof zu entscheiden ist, nahezu mit Sicherheit ablesen. *Professor Goette* hat seine Auffassung zwar nicht begründet. Die Begründung ergibt sich aber aus den Erwägungen, die die Rechtsprechung bisher veranlasst haben, bei Vereinbarungen, die wegen übermäßiger Bindung als sittenwidrig zu behandeln sind, eine Teilaufrechterhaltung mit dem gerade noch zulässigen

Inhalt im Regelfall zu verneinen: Die Teilaufrechterhaltung würde denjenigen, der die Überschreitung der Sittenwidrigkeitsgrenze nicht scheut, gegenüber den bei der Vertragsgestaltung rücksichtsvolleren, eher Maß haltenden Parteien ungerechtfertigt begünstigen. Das sittenwidrige Rechtsgeschäft verlöre das Risiko, mit dem es durch die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeitsfolge behaftet sein soll, und der die Sittenwidrigkeitsgrenze Überschreitende würde schlimmstenfalls durch die gerichtliche Teilaufrechterhaltung das bekommen, was gerade noch vertretbar und sittengemäß ist (BGH, Urteil vom 21.3.1977 - II ZR 96/75 - BGHZ 68, 204 [207]; weitere Rechtsprechungsnachweise in der genannten Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., ArztR 2005, 260 [262]). Hinzu kommt, dass die Festlegung, welche vertragliche Regelung noch zulässig wäre, vielfach nicht einfach und auch nicht eindeutig ist, sodass die Suche nach einer rechtlich noch möglichen Lösung den Gerichten allzu sehr eine ihnen nicht zukommende *vertragsgestaltende Aufgabe* zuweisen würde; dies gerade bei räumlich-gegenständlich zu weitgehenden Wettbewerbsvereinbarungen im Unterschied zur bloßen Überschreitung der Zeitgrenze, für die es inzwischen allgemein gültige, einfach zu handhabende Korrekturregeln gibt (BGH, Urteil vom 14.7.1997 - II ZR 238/96 - NJW 1997, 3089 f.). Sind aber die genannten Folgen vom Gesetz nicht gewollt, so können sie auch nicht durch eine *vertragliche* Vereinbarung – d.h. eine in den Vertrag aufgenommene salvatorische Klausel – herbeigeführt werden.

7. Nachteile für den Ausscheidenden durch vertragsärztliche Zulassungsbeschränkungen

Besonders gravierende Beeinträchtigungen der Berufsausübungsfreiheit

ergeben sich für den aus einer Gemeinschaftspraxis ausscheidenden Arzt vielfach durch die **Beschränkungen der vertragsärztlichen Zulassungen**, die auf Grund des Gesundheitsstrukturgesetzes seit 1993 gelten; dies teils in Verbindung mit einem nachvertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbot und dessen räumlicher Ausdehnung, teils aufgrund der etwa getroffenen besonderen Vereinbarung, dass der Vertragsarztsitz des Ausscheidenden der Gemeinschaftspraxis erhalten bleiben soll und der Ausscheidende verpflichtet ist, auf diesen Sitz zu verzichten und bei der Nachbesetzung zu Gunsten der Gemeinschaftspraxis mitzuwirken.

a) Räumliche Begrenzung eines Wettbewerbsverbots unter Berücksichtigung vertragsärztlicher Zulassungsbeschränkungen

Sieht der Gesellschaftsvertrag bei einer Gemeinschaftspraxis in einem vertragsärztlich zulassungsbeschränkten Bereich **keinen Verzicht** des Ausscheidenden auf den bisherigen Vertragsarztsitz vor, ist zu prüfen, falls ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde, ob dieses räumlich so begrenzt ist, dass für den Ausscheidenden im bisherigen Zulassungsbezirk noch genügend Raum für eine eigene vertragsärztliche Tätigkeit verbleibt. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung wird im Regelfall als Indiz dafür angesehen, dass bei der räumlichen Abgrenzung des Konkurrenzschutzes die beiderseitigen Belange nicht angemessen abgewogen wurden und das Prinzip der strikten Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht hinreichend beachtet worden ist. Wegen der für den Ausscheidenden sich ergebenden Schwierigkeiten, nunmehr außerhalb des bisherigen Bezirks einen neuen Vertragsarztsitz zu erhalten, sind die vereinbarten Wettbewerbsverbote in diesen Fällen – insbesondere bei auch in den Nachbarbezirken geltenden vertragsärzt-

lichen Zulassungsbeschränkungen – von den Gerichten wiederholt für unwirksam erklärt worden. Genannt seien die Entscheidungen (siehe vorstehend Abschnitt 4):

OLG München,
Urteil vom 22.4.1996,
OLG Stuttgart,
Urteil vom 13.3.1998,
OLG Frankfurt,
Urteil vom 15.9.2004,
OLG Düsseldorf,
Urteil vom 19.3.2007

b) Zulässigkeit der Verpflichtung, dass der ausscheidende Arzt auf seinen Vertragsarztsitz verzichtet?

Haben die Gemeinschaftspraxis-Partner für den Ausscheidendenfall nicht nur einen Konkurrenzschutz vereinbart, sondern auch (bzw. für sich allein), dass der **Vertragsarztsitz der Gemeinschaftspraxis verbleibt** und der Ausscheidende auf **diesen Sitz verzichtet**, ergeben sich bei der Vertragsprüfung schwierige Abwägungen, deren Ergebnis, wie immer man entscheidet, für die eine oder die andere Seite sehr hart sein kann. Das Interesse des oder der *verbleibenden Partner*, dass die Gemeinschaftspraxis den Vertragsarztsitz des Ausscheidenden behält und mit einem Gesellschafter-Nachfolger besetzen kann, ist oft erheblich, ja zwingend; denn diese Praxis ist mehr oder weniger auf eine bestimmte ärztliche Arbeitskapazität hin organisiert, und eine diesbezügliche Reduzierung kann je nach der Ausstattung der Praxis und dem nicht veränderbaren Anteil der Kosten wirtschaftlich sehr nachteilig, eventuell sogar ruinös sein. Auf der anderen Seite erwarten den *ausscheidenden* Arzt, der seinen Vertragsarztsitz abgeben muss, falls für seinen Fachbereich weitgehend Zulassungssperren gelten und der ärztliche Arbeitsmarkt auch sonst nicht günstig ist, eine schwierige Arbeitssuche und eine vielleicht längere Arbeitslosigkeit bzw. die Notwendigkeit eines

Ortswechsels, der für ihn und die Familie sehr einschneidend wäre.

aa) „Probezeit-Fälle“

Der **Bundesgerichtshof** hat zur Frage, ob eine Verpflichtung des aus einer Gemeinschaftspraxis ausscheidenden Partners wirksam vereinbart werden kann, auf den bisher innegehabten Vertragsarztsitz zu verzichten, in zwei Fällen Stellung genommen, die jeweils die Besonderheit aufwiesen, dass der ausscheidende Arzt den Vertragsarztsitz **von einem Gesellschafter-Vorgänger übernommen** hatte und er jeweils nur kurze Zeit in der Gemeinschaftspraxis mitgearbeitet hat.

Im ersten Fall (Urteil vom 22.7.2002 - II ZR 90/01 - ArztR 2003, 328 = BGHZ 151, 389; Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 21.2.2001 - 20 U 57/00 - ArztR 2002, 21; MedR 2001, 519) war der später ausgeschiedene Arzt in eine internistische Gemeinschaftspraxis mit drei Vertragsarztsitzen eingetreten. Es war eine einjährige „Probezeit“ vereinbart, während derer der neue Gesellschafter noch keine Gewinnbeteiligung, sondern ein Fixum erhielt. Eine Einlage wurde zunächst nicht erbracht; diese sollte erst nach Ablauf der „Probezeit“ geleistet werden. Der neu Eingetretene kündigte den Vertrag bereits nach 4 ½ Monaten und schied 1 ½ Monate später (insgesamt 6 Monate nach Beginn der „Probezeit“) aus der Praxis aus.

Im zweiten Fall (BGH, Urteil vom 22.7.2002 - II ZR 265/00 - NJW 2002, 3538; Vorinstanz: OLG Zweibrücken, Urteil vom 9.8.2000 - 1 U 10/00 - OLG-Report 2001, 147) war der später ausgeschiedene Gesellschafter in eine Augenarzt-Gemeinschaftspraxis mit zwei Vertragsarztsitzen eingetreten. Er leistete sogleich eine Einlage und erwarb einen vollwertigen Gesellschaftsanteil. Für den Fall der Kündigung hatte der aufnehmende Partner das Recht, die Praxis zu übernehmen, und der neu eingetretene Partner, der dann ausschied, war ver-

pflichtet, die Ausschreibung des vakant werdenden Vertragsarztsitzes zu beantragen mit dem Ziel, den Sitz der bisherigen Gemeinschaftspraxis zu erhalten. Rund 1 ¼ Jahre nach Beginn der Zusammenarbeit kündigte der neue eingetretene Partner den Gesellschaftsvertrag und schied dann 6 Monate später (insgesamt 1 ¾ Jahre nach Beginn des Gesellschaftsverhältnisses) aus der Praxis aus.

Der Bundesgerichtshof hat in beiden Fällen die Wirksamkeit der Verpflichtung des später eingetretenen Partners bejaht, im Ausscheidensfall auf den Vertragsarztsitz zu Gunsten der Gemeinschaftspraxis zu verzichten. Diese Verpflichtung, so lautet der Urteilsleitsatz, verstößt jedenfalls dann nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB (Nichtigkeit sittenwidriger Geschäfte) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG (Grundrecht der Berufsfreiheit), wenn der Ausscheidende wegen der relativ kurzen Zeit seiner Mitarbeit die Gemeinschaftspraxis noch nicht entscheidend mitprägen konnte. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, dass beide Seiten sich auf eine durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte grundrechtliche Position stützen könnten und dass ein solcher Konflikt nach dem Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ zu lösen sei, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal be-

hauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren. Bei derart kurzen Zeiträumen der Tätigkeit in der Gemeinschaftspraxis wie in den beiden Streitfällen führe die Abwägung der beiderseitigen Interessen dazu, dem Erhalt der Gemeinschaftspraxis mit der bisherigen Zahl der Vertragssitze den Vorrang einzuräumen. Die Aufnahme eines Partners in eine Praxis würde zum unkalkulierbaren Risiko, könnte der ausscheidende Arzt seine Zulassung mit der Folge des Verlusts des Vertragsarztsitzes für die aufnehmende Praxis nach derartig kurzer Zeit einfach mitnehmen. Anders mögen die Dinge allenfalls dann liegen, so schränkt der BGH in der zweiten Entscheidung (Augenarzt-Gemeinschaftspraxis) ein, wenn aus Gründen, für die der aufnehmende Arzt verantwortlich ist, der weitere Verbleib in der Praxis für den Aufgenommenen unzumutbar ist (wofür im zu entscheidenden Fall nichts vorlag). Im ersten Fall (Internisten-Praxisgemeinschaft) hat der BGH noch zusätzlich damit argumentiert, dass der aufgenommene Gesellschafter bisher keine Einlage in das Gesellschaftsvermögen eingebracht hatte. Des weiteren hat er für diesen Fall auch das Argument „Probezeit“ ins Spiel gebracht. Bei einer solchen „Probezeit“, so meint der BGH, sei für den ausscheidenden Arzt der Zu-

lassungsverzicht nicht einschneidender als für jeden Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis während der Probezeit endet: Nach der Kündigung und dem Verlust der Zulassung stehe er lediglich da, wo er wenige Wochen oder Monate vorher gestanden hat; er muss sich erneut nach einer Stelle umschauen. Jeder vernünftig Handelnde werde für diese Zeit keine nicht oder nur schwer rückgängig zu machenden Dispositionen treffen. Schließlich hat sich der BGH in der ersten Entscheidung noch mit der vom Berufungsgericht (OLG Stuttgart) vertretenen Auffassung auseinandergesetzt, ein Verzicht auf die vertragsärztliche Zulassung sei allenfalls gegen Zahlung einer Karenzentschädigung analog §§ 74 ff. HGB (nachvertragliches Wettbewerbsverbot für ausgeschiedene Angestellte) zulässig. Einer Anwendung dieser Vorschriften, so der BGH, stehe auf jeden Fall der Sinn und Zweck der Probezeit entgegen, sodass ein rechtlich geschütztes Dispositionsinteresse des ausgeschiedenen Arztes nicht angenommen werden könne.^{3,4}

Wie die Zulässigkeit der Verpflichtung, im Ausscheidensfall auf den Vertragsarztsitz zu verzichten, in den Normalfällen beurteilt wird, d.h. wenn nicht mehr von einer „relativ kurzen“ Zeit der Mitarbeit in der Gemeinschaftspraxis gesprochen werden kann, ist bisher völlig offen. Der Bundesgerichtshof hatte einen solchen Fall noch nicht zu entscheiden. Wahrscheinlich gibt es insoweit keine allgemeine Regel, sondern es wird auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Abwägungskriterien könnten sein:

a) die Dauer der Mitgliedschaft in der Gemeinschaftspraxis und die auf ihr – aber eventuell auch auf wesentlichen anderen Umständen – beruhende „Mitprägung“ des Vermögensstandes und des Goodwill der Gemeinschaftspraxis,

b) ob der jetzt Ausscheidende den

3 In beiden Fällen der BGH-Urteile vom 22.7.2002 hatte jeweils der neu eingetretene Gesellschafter seine Mitgliedschaft gelöst. Über die Verpflichtung zum Verzicht auf den Vertragsarztsitz, wenn die aufnehmenden Gesellschafter während der „Probezeit“ das Vertragsverhältnis mit dem neu Eingetretenen gelöst haben, hat das OLG Düsseldorf im Urteil vom 29.4.2004 - I-6 U 123/03 - MedR 2004, 616 entschieden. Es hat die Verpflichtung des neu Eingetretenen, auf den Vertragsarzt zu verzichten, auch für diesen Fall entsprechend den BGH-Urteilen vom 22.7.2002 bejaht. Kritisch zu dieser Entscheidung Dahm, MedR 2004, 616 f.

4 Der BGH hat im zweiten Urteil vom 22.7.2002 (Augenarzt-Gemeinschaftspraxis) offen gelassen, ob in den „Probezeit“-Fällen die Frage „Mitnahme des Vertragsarztsitzes“ ausnahmsweise zu Gunsten des ausscheidenden Arztes zu entscheiden ist, falls der oder die aufnehmenden Gesellschafter die Kündigung des Ausscheidenden durch ein vertragswidriges Verhalten veranlasst haben. Hier könnte man prima

vista daran denken, dem Ausscheidenden unter Schadensersatz-Gesichtspunkten den Vorzug zu geben; denn hätten die Mitgesellschafter sich nicht vertragswidrig verhalten, hätte der Ausgeschiedene keinen Grund zum Ausscheiden gehabt und würde jetzt immer noch mit der in der Gemeinschaftspraxis innegehabten vertragsärztlichen Zulassung im bisherigen Bezirk arbeiten. Dem könnte aber für die „Probezeit“, solange die Mitgesellschafter ein „Hinauskündigungsrecht“ ohne wichtigen Grund hatten, der Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens (Palandt, BGB, 66. Aufl., Vorbem. vor § 249 Rdnr. 105) entgegengehalten werden: die Mitgesellschafter hätten jederzeit die Möglichkeit gehabt, ihrerseits dem neu Eingetretenen zu kündigen, und in diesem Fall hätte der Ausgeschiedene, da kein rechtswidriges Verhalten der Mitgesellschafter ursächlich war, den Vertragsarztsitz entsprechend den während der „Probezeit“ normalerweise geltenden Regeln abgeben müssen.

de“ Gesellschaftsmitgliedschaft anzunehmen ist, die in den beiden BGH-Urteilen vom 22.7.2002 dafür ausschlaggebend war, die Rechtswirksamkeit der Verpflichtung zum Verzicht auf den Vertragsarztsitz auf jeden Fall zu bejahen. Man könnte daran denken, diese Präzisierung, ab wann eine normale Vollmitgliedschaft und nicht mehr nur eine Gesellschaftszugehörigkeit „auf Probe“ anzunehmen ist, dem bereits genannten neuen BGH-Urteil vom 7.5.2007 (Nephrologen-Gemeinschaftspraxis) zu entnehmen. Gegenstand dieser Entscheidung war in erster Linie die Rechtswirksamkeit der in Gesellschaftsverträgen teilweise zu findenden Vereinbarung, dass die Zugehörigkeit zur Gesellschaft durch eine Kündigung der Mitgesellschafter *ohne wichtigen Grund* beendet werden kann. Der BGH, der solche „Hinauskündigungs“-Klauseln ohne sachliche Voraussetzungen grundsätzlich als sittenwidrig ansieht, hält sie ausnahmsweise, wenn die Kündigung gegenüber einem neu aufgenommenen Gesellschafter noch innerhalb einer als „Probezeit“ zu wertenden Frühphase der Gesellschaftszugehörigkeit erfolgt, für wirksam. Insoweit hat er im Urteil vom 7.5.2007 ausgesprochen, dass die höchstzulässige Frist für eine solche „Probezeit“ *drei Jahre* betragen darf. Diese Drei-Jahres-Begrenzung ist aber keine Leitlinie für entsprechende künftig zu entscheidende Fälle. Die Einräumung der Drei-Jahres-Frist im Urteil vom 7.5.2007 beruhte nämlich auf der Erwägung, wie *Professor Goette* in seinem Beitrag im Anwaltsblatt 2007, 637 klargestellt hat (a.a.O. S. 643), dass bislang eine längere Zusammenarbeit von niedergelassenen Ärzten mit einem im *Angestelltenverhältnis* tätigen Berufsangehörigen berufsrechtlich nicht möglich war, weswegen entsprechende längere *gesellschaftsvertragliche* Probezeiten als zulässig angesehen werden mussten. Inzwischen jedoch erlaubt das neue

Vertragsarztrecht längere Tätigkeiten im Angestelltenverhältnis, was es nach Auffassung von *Professor Goette* rechtfertigt, von kürzeren Fristen für zulässige *gesellschaftsvertragliche* Probezeiten auszugehen. Dass damit dieser Punkt derzeit nach wie vor ungeklärt ist, belastet allerdings nicht allzu sehr. Denn auch hier führt ein zeitliches Übermaß – ebenso wie bei Wettbewerbsverboten, die die zulässige Zeitgrenze überschreiten –, nur zur *Teilnichtigkeit* der Vereinbarung; soweit die besonderen „Probezeit“-Regelungen zeitlich möglich sind, bleiben sie wirksam.

Es bleiben also viele offene Punkte zur Frage, ob der Verzicht auf den Vertragsarztsitz bei Ausscheiden aus einer Gemeinschaftspraxis wirksam vereinbart werden kann. Auch hier sollte bei allen vertraglichen Beschränkungen zu Lasten des ausscheidenden Arztes – nicht anders als bei den Wettbewerbsverboten – Zurückhaltung geübt und nur das vereinbart werden, was unbedingt erforderlich ist. Wo Zweifel hinsichtlich des Erforderlichen bestehen, sollte die vom Gesellschaftsrechts-Senat des Bundesgerichtshofs grundsätzlich vertretene Auffassung nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei einer Freiberufler-Sozietät, wenn es zur Trennung kommt, die Aufteilung der Sachwerte und die unbeschränkte Möglichkeit, um die Mandanten, Klienten oder Patienten der Praxis zu werben, die natürliche Form der Auseinandersetzung einer solchen Gesellschaft ist (so *Professor Goette* in dem genannten Betrag im Anwaltsblatt, S. 643 und in früheren Beiträgen, z.B. DStR 1994, 403 und 1997, 1416, unter Hinweis auf einschlägige BGH-Urteile). Allerdings: Der niedergelassene Arzt ist nicht nur Angehöriger eines freien Berufs. Er arbeitet auch in einer *Praxis*, d.h. in einer *betrieblichen Organisation*, deren zwangsläufige Gegebenheiten (zusammen mit den inzwischen recht weitgehenden staatlich-verbandlich-

chen Reglementierungen der Berufszulassung) den Aspekt des „freien“ Berufs immer wieder unliebsam einschränken. Das heißt aber: *Beiden* Erfordernissen muss, unter Berücksichtigung der jeweiligen fallspezifischen Besonderheiten, Rechnung getragen werden.

8. Zusammenfassung

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die den aus einer Gemeinschaftspraxis ausscheidenden Arzt verpflichten, werden von der Rechtsprechung streng auf ihre Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht geprüft.

Die höchstzulässige zeitliche Dauer sind zwei Jahre; die Überschreitung dieser Grenze führt aber nicht zur Gesamtnichtigkeit, sondern das Wettbewerbsverbot wird mit dem maximal erlaubten zweijährigen Zeitraum als wirksam behandelt.

In räumlicher und gegenständlicher Hinsicht gibt es bisher keine festen Regeln. Gegenstand der letzten einschlägigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs war, soweit es die dortige normale internistische Facharztpraxis der Gemeinschaftspraxis, die in einer Großstadt lag, betraf, ein Wettbewerbsverbot mit einem Radius von nur 2 km um den Sitz der bisherigen Praxis, was eventuell bei künftigen Entscheidungen, die eine in einer Großstadt gelegene Allgemeinarztpraxis oder nicht spezialisierte Facharztpraxis betreffen, der Maßstab sein könnte. Räumlich oder gegenständlich zu weitgehende Wettbewerbsverbote sind nach der Rechtsprechung insgesamt unwirksam; vertragliche Teilaufrechterhaltungs-Klauseln (sog. *salvatorische* Klauseln) dürften insoweit nicht helfen.

Bei der räumlichen Abgrenzung des Wettbewerbsverbots ist im Hinblick auf die kassenarztrechtliche

Problematik vertragsärztlicher Zulassungsbeschränkungen zusätzlich darauf zu achten, dass dem Ausscheidenden noch genügender Raum für eine vertragsärztliche Tätigkeit in seinem Zulassungsbezirk verbleibt.

Ob eine Verpflichtung vereinbart werden kann, wonach der ausscheidende Arzt auf den in der Gemeinschaftspraxis innegehabten Vertragsarztsitz verzichtet, ist höchststrichlich bisher nur für den Fall entschieden, dass der Ausscheidende den Vertragsarztsitz beim Eintritt in die

Gemeinschaftspraxis übernommen und er im Übrigen nur kurze Zeit in der Gemeinschaftspraxis mitgearbeitet hat; für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof die Wirksamkeit der Verzichtvereinbarung bejaht. Für den Normalfall einer nicht mehr nur kurzen Gesellschaftszugehörigkeit dürfte es auf die Einzelfallumstände ankommen, und zwar vor allem auf die (von Fall zu Fall unterschiedliche) Abwägung, auf welcher Seite die beruflich-wirtschaftlichen Nachteile, je nachdem ob der Ver-

tragsarztsitz verbleibt oder mitgenommen werden darf, schwerer wiegen.

Die Komplexität der dargestellten Thematik dürfte – im Hinblick auf die für die Betroffenen sehr weitreichenden Folgen – auch deutlich gemacht haben, wie wichtig eine kompetente anwaltliche Beratung bei der Gestaltung und Abwicklung von Gemeinschaftspraxisverträgen ist.