

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 2. Halbjahr 2008**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe<sup>1</sup>

Im Anschluss an die den Berichtszeitraum 2007 und das erste Halbjahr 2008 betreffenden Übersichten<sup>2</sup> der medizinrechtlichen Rechtsprechung fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2008 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung, sondern auch um das Recht der privaten Krankenversicherungen sowie das Vergütungsrecht der Heilberufe. Daneben sind Konstellationen aus dem Krankenhausrecht und Sachverhalte aus dem Bereich des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts entschieden worden. Im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>3</sup> des Bundesgerichtshofs sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

### **1.**

#### **Recht der medizinischen Behandlung**

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

##### **a)**

Im Rahmen einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hatte sich der Senat mit materiellen und immateriellen, gegen ein Krankenhaus geltend gemachten Scha-

---

<sup>1</sup> Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

<sup>2</sup> Abrufbar unter [www.bgh-anwalt.de](http://www.bgh-anwalt.de) unter Aktuelles.

<sup>3</sup> Der Geschäftsverteilungsplan 2008 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) abrufbar. Über die vorstehende Internetadresse können insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext abgerufen werden.

densersatzansprüchen nach einer digitalen Subtraktionsangiographie des Kopfes (DSA) zu befassen.<sup>4</sup> Die Klägerin hatte sich 1975 einer Gehirnoperation unterzogen und 1987 einen Schlaganfall erlitten. Seitdem war sie rechtsseitig gelähmt. Im Jahre 2002 traten beidseitige Ponsblutungen (Gehirnblutungen) auf. Am 20. November 2003 wurde die Klägerin „wegen vor dreieinhalb Wochen für einen Tag bestehender Kopfschmerzen links im Hinterhaupt- und Scheitelbereich und in einem ambulanten CCT beschriebenen Blutung rechts paramedian im Ponsbereich“ stationär in die neurologische Abteilung des Krankenhauses aufgenommen. Hier entschied sie sich nach einem Aufklärungsgespräch mit dem Radiologen für eine DSA, die am Folgetag vorgenommen wurde. Hierbei erlitt die Klägerin Infarkte im Bereich des Thalamus beidseits sowie im Hirnstamm. Seitdem leidet sie an weiteren erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigungen.

Die Instanzgerichte hatten der Klägerin Schadensersatz gemäß den §§ 280, 249, 253 BGB sowie §§ 823, 249, 253 BGB zugesprochen, weil die Einwilligung der Klägerin in den Eingriff mangels hinreichender Aufklärung unwirksam gewesen sei. Der Radiologe habe zwar eine Risikoaufklärung vorgenommen und dabei auch das Schlaganfallrisiko als Komplikationsmöglichkeit genannt. Er habe das Schlaganfallrisiko auch nicht verharmlost. Die Aufklärung sei aber deshalb nicht ordnungsgemäß gewesen, weil der aufklärende Arzt die Klägerin nicht darüber informiert habe, dass das Schlaganfallrisiko in ihrem Fall erhöht gewesen sei, weil sie bereits vor der Untersuchung einen Schlaganfall erlitten hatte. Die so begründete Berufungsentscheidung hielt den Angriffen der Revision stand.

Zwar ist nach der Rechtsprechung des erkennenden VI. Zivilsenats nicht über jede, noch so entfernt liegende Gefahrenmöglichkeit aufzuklären. Der Patient muss nur „im Großen und Ganzen“ wissen, worin er einwilligt. Dazu ist er über die Art des Eingriffs und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken zu informieren, soweit diese sich für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohnehin ergeben und für seine Entschließung von Bedeutung sein können. Dies bedeutet nicht, dass die Risiken in allen erdenkbaren Erscheinungsformen aufgezählt werden müssen. Es muss aber eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, oh-

---

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 – VI ZR 198/07 – KH 2009, 146 ff.

ne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern.<sup>5</sup> Bei einem spezifisch mit der Therapie verbundenen Risiko hängt die Erforderlichkeit der Aufklärung aber nicht davon ab, wie oft das Risiko zu einer Komplikation führt („Komplikations- oder Risikodichte“). Entscheidend ist vielmehr die Bedeutung, die das Risiko für die Entschließung des Patienten haben kann. Kommt eine besonders schwere Belastung für seine Lebensführung in Betracht, so ist die Information über ein solches Risiko für die Einwilligung des Patienten auch dann von Bedeutung, wenn sich das Risiko sehr selten verwirklicht.<sup>6</sup>

Die Aufklärung hat patientenbezogen und damit den Umständen des konkreten Falles entsprechend zu erfolgen. Nach diesen Grundsätzen war es im Streitfall erforderlich gewesen, die Klägerin nicht nur über das bei einer DSA grundsätzlich bestehende Schlaganfallrisiko aufzuklären, sondern ihr auch mitzuteilen, dass dieses Risiko für sie durch ihre Vorgeschichte erhöht war.

**b)**

Um die Haftung eines Gynäkologen für den nach einer erfolglosen Tubensterilisation mittels Tubenligatur und streitiger Elektroagulation entstandenen Schaden ging es in einem weiteren Revisionsurteil.<sup>7</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des VI. Zivilsenats sind die mit der Geburt eines nicht gewollten Kindes verbundenen wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere die Aufwendungen für dessen Unterhalt, als ersatzpflichtiger Schaden auszugleichen, wenn der Schutz vor solchen Belastungen Gegenstand des Behandlungs- oder Beratungsvertrages war. Die Herbeiführung einer ungewollten Schwangerschaft kann darüber hinaus, selbst wenn sie ohne pathologische Begleiterscheinungen verläuft, einen Schmerzensgeldanspruch der Frau auslösen.<sup>8</sup>

Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht den Klageanspruch abgewiesen, da es sich nach den Gutachten der Sachverständigen nicht davon hatte überzeugen können, dass die Erfolglosigkeit des Sterilisationseingriffs auf einem Fehler bei dessen Durchführung beruhte. Die Kläger hatten sich für das Gegenteil auf ein Privatgutachten berufen und im Revisionsverfahren beanstandet, dass sich die gerichtlichen

---

<sup>5</sup> BGH, aaO, juris, Rn. 11.

<sup>6</sup> BGH, aaO, juris, Rn. 12.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846 ff. = VersR 2008, 1265 ff.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – juris, Rn. 13.

Sachverständigen und das Berufungsgericht mit diesem Gutachten nicht ausreichend auseinandergesetzt hatten. Der Bundesgerichtshof ist dem beigetreten und hat ausgesprochen, dass der Tatrichter seiner Verpflichtung, sich mit dem von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken nicht dadurch enthoben ist, dass der Privatsachverständige in der mündlichen Verhandlung anwesend ist.<sup>9</sup>

**c)**

Zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt ist ein Urteil, welches sich mit den Grenzen der Entscheidungskompetenz des berufsgenossenschaftlichen Heilbehandlungsarztes bezüglich der Einleitung der besonderen Heilbehandlung befasst.<sup>10</sup> Der Kläger hatte von dem beklagten Facharzt für Chirurgie Schadensersatz verlangt, weil dieser als Heilbehandlungsarzt der Berufsgenossenschaft (H-Arzt) fehlerhaft gehandelt habe. Das Landgericht<sup>11</sup> hatte die Klage abgewiesen, weil der Beklagte in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden sei (Art. 34 GG, § 839 BGB). Das Oberlandesgericht war dem nicht gefolgt und hatte der Klage stattgegeben. Die hiergegen vom Beklagten geführte Revision blieb erfolglos.

Der VI. Zivilsenat hält fest, dass der Beklagte für den durch den Diagnose- und Behandlungsfehler verursachten Gesundheitsschaden des Klägers sowohl vertraglich als auch deliktisch persönlich zu haften habe. Eine Haftung der Berufsgenossenschaft aus Art. 34 GG, § 839 Abs. 1 BGB wird verneint, da der Beklagte nicht in Ausübung eines ihm von der BG übertragenen öffentlichen Amtes gehandelt hatte.

**d)**

Der Umfang der Darlegungslast eines Patienten, der einen pharmazeutischen Unternehmer gemäß § 84 AMG unter dem Gesichtspunkt der Arzneimittelhaftung auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, war Gegenstand eines Beschlusses des VI. Zivilsenats.<sup>12</sup> Konkret ging es um das Schmerzmittel „VIOXX“ welches im Jahre 2004 nach dem Bekanntwerden möglicher erheblicher Gesundheitsrisiken freiwillig vom

---

<sup>9</sup> BGH, Urteil, aaO, juris, Rn. 29.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 09. Dezember 2008 – VI ZR 277/07 – UV-Recht Aktuell 2009, 170 ff.

<sup>11</sup> LG Karlsruhe, Urteil vom 03. Februar 2006 – 4 O 587/05 – MedR 2006, 728.

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 01. Juli 2008 – VI ZR 287/07 – NJW 2008, 2994 f. mit Anm. Deutsch = VersR 2008, 1264 f.

Markt genommen worden war. Das Landgericht<sup>13</sup> hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung war ohne Erfolg geblieben.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte Erfolg und führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hatte verfahrensfehlerhaft angenommen, dass die Klägerin ihrer Darlegungslast zu den Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach § 84 AMG nicht in ausreichendem Maß nachgekommen war. Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 AMG besteht nämlich eine Vermutung, dass der Schaden durch das Arzneimittel verursacht worden ist, wenn das angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich gemäß § 84 Abs. 2 Satz 2 AMG nach der Zusammensetzung und der Dosierung des angewendeten Arzneimittels, nach der Art und Dauer seiner bestimmungsgemäßen Anwendung, nach dem zeitlichen Schadensbild und dem gesundheitlichen Zustand des Geschädigten im Zeitpunkt der Anwendung sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. Das Berufungsgericht hatte den dahingehenden Sachvortrag der Klägerin zu Unrecht als unzureichend angesehen. Daneben hatte das Berufungsgericht auch fehlerhaft einen Schmerzensgeldanspruch verneint und gemeint, ein derartiger Anspruch scheitere an vermeintlich unzureichenden Darlegungen der Klägerin zur Frage der Vertretbarkeit (§ 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AMG) der durch die Einnahme von „VIOXX“ ausgehenden, schädlichen (Neben-) Wirkungen.

## **2.**

### **Recht der privaten Krankenversicherung**

Das Recht der privaten Krankenversicherung gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

Für das zweite Halbjahr 2008 ist lediglich über einen Nichtzulassungsbeschluss<sup>14</sup> zu berichten, in dem es um die Frage ging, ob ein Kläger im Rahmen eines Anspruchs auf Krankentagegeld auf der Grundlage von § 1 Abs. 3 MB/KT 94 seine zuletzt aus-

---

<sup>13</sup> LG Berlin, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 22 O 102/06 – NJW 2007, 3582.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 12. November 2008 – IV ZR 273/07 – VuR kompakt, 2009, 21 ff. .

geübte berufliche Tätigkeit hinreichend dargelegt hatte. Ein Anspruch auf Krankentagegeld besteht nur dann, wenn der Versicherte die von ihm konkret ausgeübte Berufstätigkeit nach medizinischem Befund vorübergehend in keiner Weise ausüben kann. Dies war in den Tatsacheninstanzen nicht hinreichend substantiiert worden, so dass die Tatrichter auf eine Beweiserhebung durch Vernehmung der behandelnden Ärzte verzichtet hatten, ohne dass der Bundesgerichtshof hierin eine Verletzung des Verfahrensrechts auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG gesehen hat.

### **3. – 5. Berufsrecht, Vertrags- und Gesellschaftsrecht sowie Vergütungsrecht der Heilberufe**

Zum Berufsrecht der Heilberufe bzw. zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe, die im Zuständigkeitsbereich des I. und II. Zivilsenats liegen, sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden. Vom III. Zivilsenat war eine Frage zum Vergütungsrecht der Heilberufe zu beantworten.

Im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde ging es insoweit um eine Klägerin, die von Anfang Oktober 1992 bis zur Geschäftsaufgabe Ende Dezember 1993 ein Sanitätshaus betrieben hatte und die die beklagten Krankenkassen und Landesverbänden von Krankenkassen wegen Verweigerung ihrer Zulassung als Leistungserbringerin für Hilfsmittel gemäß § 126 Abs. 1 SGB V in Anspruch nahm.<sup>15</sup> Die Nichtzulassungsbeschwerde war erfolgreich und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Im Einklang mit dem Berufungsgericht ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Bediensteten der beklagten Krankenkassen und Landesverbände von Krankenkassen als Beamte im haftungsrechtlichen Sinn durch Verwaltungsakt über die Zulassung der Klägerin nach § 26 Abs. 1 SGB V zu befinden hatten.<sup>16</sup> Die Bediensteten hatten ihre Amtspflichten verletzt, indem sie der Klägerin die begehrte Zulassung als Leistungserbringerin für Hilfsmittel versagt hatten, wobei das amtspflichtwidrige Handeln auf der Grundlage einer Entscheidung des Sozialgerichts im Verhältnis der Prozessparteien mit Rechtskraftwirkung nach § 141 Abs. 1 SGG für den Amtshaftungs-

---

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 02. Oktober 2008 – III ZR 117/07 –.

<sup>16</sup> Vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2001 – III ZR 237/00 – VersR 2002, 847 f. = WM 2002, 96 f. = ZfSch 2002, 68 f.

prozess feststand.<sup>17</sup> Da das Berufungsgericht lediglich einen Teil des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs zuerkannt und im Rahmen der Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten gegen §§ 160 Abs. 3 Nr. 4, 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (ordnungsgemäße Protokollierung der Aussagen des Sachverständigen) verstoßen hatte, ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur Ermittlung der abschließenden Höhe des Schadensersatzanspruchs zurückverwiesen worden.

## 6.

### Krankenhausrecht

Mit den Folgen des Tätigkeitsverbots einer Krankenschwester sowie Vergabefragen insbesondere im Zusammenhang mit Notfallrettungen und Krankentransporten waren der III. und X. Zivilsenat befasst.

#### a)

Um die Folgen eines beruflichen Tätigkeitsverbots für eine an Hepatitis C erkrankte Krankenschwester ging es in einem erfolglos gebliebenen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beim III. Zivilsenat.<sup>18</sup> Mit Bescheid vom 29. März 2005 hatte die Stadt Norderney der Klägerin, einer Krankenschwester, wegen einer Erkrankung an Hepatitis C nach § 31 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) mit sofortiger Wirkung ihre Tätigkeit im OP-Bereich der Allergie- und Hautklinik ihres Arbeitgebers untersagt. Die Klinik hatte daraufhin das Arbeitsverhältnis gekündigt, was die Klägerin zum Anlass nahm, wegen des beruflichen Tätigkeitsverbotes und des nach ihrer Auffassung hierauf beruhenden Verdienstauffalls auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG zu klagen. Die Klägerin hatte den Landkreis in Anspruch genommen, der aber nicht passivlegitimiert war. Die Klage auf Entschädigung war nämlich nicht gegen den Träger der zuständigen Behörde, der im Verwaltungsverfahren mit den Ansprüchen aus § 56 IfSG befasst war, sondern gegen das Land, in dem das Verbot erlassen wurde, zu richten (§ 66 Abs. 1 IfSG).

---

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 02. Oktober 2008, aaO, juris, Rn. 5.

<sup>18</sup> BGH, Beschluss vom 17. September 2008 – III ZR 326/07 – NJW-RR 2009, 165 f. = MDR 2008, 1391 f.

**b)**

In Vergabenachprüfungsverfahren hatte der X. Zivilsenat darüber zu entscheiden, ob das zu Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports nach § 31 SächsBRKG vorgesehene Auswahlverfahren als Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen ist, wenn der Wert des abzuschließenden Vertrages den Schwellenwert erreicht.<sup>19</sup> Die Entscheidungen halten fest, dass der von mehreren sächsischen Kommunalkörperschaften gebildete Zweckverband als Verband im Sinne des § 98 Nr. 3 GWB öffentlicher Auftraggeber war und es sich bei dem auf Notfallrettung und Krankentransporte gerichteten Vertrag mithin um einen Vertrag über Dienstleistungen im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB handelte. Von daher war das Auswahlverfahren als Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen.

**c)**

Im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen ist zu beachten, dass das mit Wirkung zum 18. Dezember 2008 in Kraft getretene GKV-OrgWG<sup>20</sup> eine gesonderte sozialrechtliche Zuständigkeit und ein gesondertes sozialgerichtliches Verfahren in vergaberechtlichen Streitigkeiten geschaffen hat. Darüber hinaus ordnet § 69 Abs. 2 SGB V nunmehr ausdrücklich die Geltung der materiellen Vergaberechtsvorschriften der §§ 97 – 115 und 129 GWB für Einzelvertragsbeziehungen zwischen öffentlichen Krankenkassen und Leistungserbringern an.

Entsprechend hat der Bundesgerichtshof die bei ihm anhängigen Vergabeverfahren an das Bundessozialgericht abgegeben,<sup>21</sup> nachdem zuvor noch nach altem Zuständigkeitsrecht in einem Vergabenachprüfungsverfahren entschieden worden war, dass gegen die Entscheidung einer Vergabekammer, die das Vergabeverfahren für den Abschluss von Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Gegenstand hatte, allein das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht gegeben war.<sup>22</sup> Den im vorzitierten Beschluss näher dargestellten Zuständigkeitsstreit zwischen Sozialgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit hat der Gesetzgeber nunmehr durch die im GKV-OrgWG vorgenommenen Änderungen der §§ 29 Abs. 5 und 142a SGG sowie 116

---

<sup>19</sup> BGH, Beschlüsse vom 01. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – und – X ZB 32/08 – veröffentlicht bei juris.

<sup>20</sup> Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 15.12.2008 (BGBl. I S. 2426), dort §§ 29 Abs. 5 und 142 a SGG.

<sup>21</sup> BGH, Beschlüsse vom 18. Dezember 2008 – X ZB 16/08 – und – X ZB 26/08 –.

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 15. Juli 2008 – X ZB 17/08 –.

GWB entschieden. Soweit es um Vergabeentscheidungen gesetzlicher Krankenkassen geht, sind im Anschluss an das Nachprüfungsverfahren der Vergabekammern nunmehr ausschließlich die Landessozialgerichte zuständig.

## 7.

### **Gründzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts**

Mit Fragen des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts befassen sich Entscheidungen des I. und X. Zivilsenats.

#### **a)**

Der I. Zivilsenat hatte diverse Wettbewerbsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Arzneimitteln zu entscheiden. So war u.a. eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage im Zusammenhang mit dem Mittel „Priorin“, welches in Form von Kapseln als (ergänzende) bilanzierte Diät in den Verkehr gebracht und entsprechend beworben worden war, anhängig. Die vom Verband Sozialer Wettbewerb e.V. auf einen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 14b Abs. 3 DiätV sowie § 11 Abs. 1 LFGB bzw. § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG gestützte Klage blieb im Ergebnis erfolglos. Der Bundesgerichtshof entschied<sup>23</sup>, dass der Nachweis, ob eine bilanzierte Diät wirksam in dem Sinne ist, dass sie den besonderen Ernährungserfordernissen der Person entspricht, für die sie bestimmt ist, durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Daten zu führen ist. Eine nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellte, in der Fachliteratur veröffentlichte randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudie ist für den Wirksamkeitsnachweis grundsätzlich ausreichend.

#### **b)**

Um „Erfokol Kapseln“ und den Vertrieb dieses diätischen Lebensmittels für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) zur diätischen Behandlung von Hypercholesterinämie ging es in einer weiteren Klage des Verbandes Sozialer Wettbewerb e.V. In dem vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionsverfahren<sup>24</sup> hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein sonstiger medizinisch bedingter Nährstoffbe-

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 02. Oktober 2008 – I ZR 51/06 – GRUR 2009, 75 ff. = NJW-RR 2009, 110 ff.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 04. Dezember 2008 – I ZR 100/06 – WRP 2009, 300 ff.

darf im Sinne von § 1 Abs. 4a Satz 2 Fall 2 DiätV auch dann vorliegt, wenn nicht ein Nährstoffdefizit ausgeglichen, sondern auf andere Weise durch die Nährstoffzufuhr ernährungsbedingten Erkrankungen entgegengewirkt werden soll. Allein dem Umstand, dass bestimmte Produkte nur aufgrund einer besonderen Genehmigung von einzelnen Unternehmen hergestellt werden können, kann nicht entnommen werden, dass sie schon deshalb nicht Bestandteil einer normalen Ernährung i.S.v. § 1 Abs. 4 a Satz 2 DiätV sind.

**c)**

Fragen wettbewerbswidriger Lebensmittelwerbung waren Gegenstand einer weiteren in den Instanzen erfolglosen Klage des Verbandes Sozialer Wettbewerb e.V., die gegen die Beklagte Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit dem Vertrieb von „A. MobilPlus-Kapseln“ als diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) sowie einen Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten geltend gemacht hatte. Die vom Bundesgerichtshof<sup>25</sup> zugelassene Revision der Beklagten hatte teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen die instanzliche Verurteilung zur Unterlassung des in Verkehrbringens gewandt hatte, da nach den tatrichterlich getroffenen Feststellungen ein sonstiger medizinisch bedingter Bedarf an den in den Mitteln der Beklagten enthaltenen Nährstoffen nicht verneint werden konnte. Dem gegenüber enthielt die beanstandete Werbung krankheitsbezogene Werbeaussagen im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB bzw. § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG a.F., weil die Linderung der genannten Erkrankungen durch die Einnahme von „A. MobilPlus-Kapseln“ in Aussicht gestellt wurde und sich die beanstandete Werbung der Beklagten mithin nicht auf die in den Bestimmungen der DiätV vorgeschriebenen bzw. erlaubten Angaben beschränkte. Konkret wurde nicht nur das Mittel der Beklagten sowie die Erkrankung genannt, für die das Mittel bestimmt war (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 DiätV), sondern es wurde darüber hinaus damit geworben, dass das Mittel der Beklagten bei diesen Erkrankungen hilft. Ein derartiger Hinweis auf eine „helfende“ Wirkung hat der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf §§ 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 DiätV sowie 21 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 DiätV missbilligt und ansonsten den Leitsatz gebildet, dass ein Nährstoffbedarf bereits dann medizinisch bedingt ist, wenn die an bestimmten Beschwerden, Krankheiten oder Störungen leidenden Personen einen besonderen Nutzen aus der kontrollierten Aufnahme bestimmter Nährstoffe ziehen können.

---

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 02. Oktober 2008 – I ZR 220/05 – NJW-RR 2009, 50 ff. = GRUR 2008, 1118 ff. = WRP 2008, 1513 ff.

**d)**

Im Rahmen einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hatte der Bundesgerichtshof Gelegenheit, sich mit der Werbung für ein Fertiggetränk in Flaschen, welches als Konzentrat mit Beutel und in Trinkampullen unter dem Namen „A. L-CARNITINE“ vermarktet wurde, zu befassen.<sup>26</sup> Für das Mittel bestand keine Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz. Die auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 21 AMG, § 3a HWG gestützte und auf Unterlassung bestimmter Werbemaßnahmen gerichtete Klage blieb in allen Instanzen erfolglos und gab dem Bundesgerichtshof Gelegenheit, in zwei Leitsätzen festzuhalten, dass der Begriff des Funktionsarzneimittels allein diejenigen Erzeugnisse erfasst, deren pharmakologische Eigenschaften wissenschaftlich festgestellt wurden und die tatsächlich dazu bestimmt sind, eine ärztliche Diagnose zu erstellen oder physiologische Funktionen wieder herzustellen, zu bessern oder zu beeinflussen.<sup>27</sup> Ein Erzeugnis, das einen Stoff enthält, der auch mit der normalen Nahrung aufgenommen wird, ist nicht als Arzneimittel anzusehen, wenn durch das Erzeugnis keine gegenüber den Wirkungen bei normaler Nahrungsaufnahme nennenswerte Einflussnahme auf den Stoffwechsel erzielt wird.

**e)**

Ein Erzeugnis, das aus einem Stoff besteht, der auch bei normaler Ernährung als Abbauprodukt im menschlichen Körper entsteht, ist nicht als Arzneimittel anzusehen, wenn die unmittelbare Aufnahme dieses Stoffes zu keiner gegenüber den Wirkungen bei normaler Nahrungsaufnahme nennenswerten Einflussnahme auf den Stoffwechsel führt. Mit diesem Leitsatz hat der Bundesgerichtshof<sup>28</sup> der zugelassenen Revision gegen ein klageabweisendes Urteil des Berufungsgerichts stattgegeben, dem bestimmte vom Verband Sozialer Wettbewerb e.V. beanstandete Werbemaßnahmen beim Vertrieb der nicht als Arzneimittel zugelassenen Produkte „HMB-Kapseln“, „L-Carnitine-Kautabletten“, „L-Carnitine-Drink“ und „L-Carnitine-Ampullen“ zugrunde lagen.

---

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – I ZR 61/05 – GRVR 2008, 830 ff. = WRP 2008, 1213 ff. = PharmR 2008, 425 ff.

<sup>27</sup> Im Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. November 2007 – C-319/05 – GRUR 2008, 271 Tz. 60 und 61 – (Knoblauchkapseln).

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – I ZR 112/05 – NJW-RR 2008, 1255 ff. = FamR 2008, 430 ff. = GRUR 2008, 834 ff. = WRP 2008, 1209 ff.

**f)**

Fußpilz und Fernsehwerbung waren Gegenstand einer weiteren Entscheidung des I. Zivilsenats.<sup>29</sup> Die dortige Beklagte hatte ihr Mittel „LAMISIL“ zur Behandlung von Fußpilz (*Tinea pedis*) in einem TV-Spot ohne Einschränkung hinsichtlich des Erregers der Erkrankung beworben. Dies war von der Klägerin als irreführende Werbung außerhalb der zugelassenen Indikation beanstandet worden, weil die Darreichungsformen des Arzneimittels der Beklagten nur zur Behandlung von Fußpilzkrankungen zugelassen seien, die durch Dermatophyten oder Hefepilze verursacht würden, nicht aber zur Behandlung von durch Schimmelpilze verursachtem Fußpilz. Das Berufungsgericht hatte der Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts nur teilweise stattgegeben. Die von der Klägerin im Umfang der Klageabweisung anhängig gemachte Nichtzulassungsbeschwerde war erfolgreich, da das Berufungsurteil unter Verstoß gegen § 309 ZPO nicht von den Richtern in der Zusammensetzung gefällt worden war, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen hatten. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil von daher, soweit zu Lasten der Klägerin erkannt worden war, aufgehoben und dem Berufungsgericht aufgegeben, hinsichtlich des abgewiesenen Antrags nochmals zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 3 UWG a.F., 3a HWG a.F. auch im Blick auf den abgewiesenen Unterlassungsantrag vorlagen.

**g)**

Ein weiterer beim I. Zivilsenat anhängiger Wettbewerbsprozess betraf In-Vitro-Diagnostika. Im Rahmen einer zurückgewiesenen Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof<sup>30</sup> im Zusammenhang mit der Weitergabe von aus Frankreich importierten Medizinprodukten an einen Zwischenhändler in Deutschland zum Weiterexport in französischsprachige Länder entschieden, dass ein Importeur, der aus Frankreich importierte Medizinprodukte ohne deutschsprachige Umverpackung und Gebrauchsanweisung in Deutschland an einen Fach- und Zwischenhändler zum Zwecke des Weiterexports in französischsprachige Länder abgibt, nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 6, 7 MPG wettbewerbswidrig handelt, wenn er nicht durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass sein Abnehmer die Waren tatsächlich weiterexportiert und nicht an Endverbraucher in Deutschland abgibt

---

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 10. September 2008 – I ZR 58/06 – WRP 2009, 304 ff.

<sup>30</sup> BGH, Beschluss vom 17. Juli 2008 – I ZR 133/07 – NJW-RR 2008, 1623 ff. = GRUR 2008, 922 f. = WRP 2008, 1333 f.

**h)**

Um ein Anti-Helikobacter-Mittel und ein ergänzendes Schutzzertifikat für eine Wirkstoffkombination ging es in einem beim X. Zivilsenat anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren.<sup>31</sup> In der Sache standen die Reichweite einer Genehmigung für das Inverkehrbringen des Arzneimittels Pantozol mit dem arzneilich wirksamen Bestandteil Pantoprazol und der Umfang des entsprechenden Streitpatents auf dem Prüfstand. Unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof entschieden: Betrifft die Genehmigung für das Inverkehrbringen für ein Arzneimittel nur einen Einzelwirkstoff und sei es auch zur Anwendung in Kombination mit den übrigen Wirkstoffen einer Wirkstoffkombination, so kann ein ergänzendes Schutzzertifikat für die Wirkstoffkombination auch dann nicht erteilt werden, wenn das Grundpatent die Wirkstoffkombination schützt.

**i)**

Im Rahmen eines weiteren Erteilungsverfahrens für ein ergänzendes Schutzzertifikat war zu entscheiden, ob die bloße Verbesserung der arzneilichen Wirksamkeit für die Beurteilung der Frage, ob es sich um einen anderen Wirkstoff als denjenigen handelt, für den die arzneimittelrechtliche Genehmigung erteilt worden ist, maßgeblich ist. Der Bundesgerichtshof<sup>32</sup> hat diese Frage verneint.

**j)**

Ein vom Bundesgerichtshof im Jahre 2005 im Anschluss an ein Vorlageersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ausgesetztes Verfahren wurde nach Beantwortung der Vorlagefrage durch den Gerichtshof nunmehr abschließend entschieden.<sup>33</sup> Danach ist § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG im Blick auf die Regelung in Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG gemeinschaftsrechtskonform dahingehend einschränkend auszulegen, dass eine Publikumswerbung für Arzneimittel mit Äußerungen Dritter oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen nur dann verboten ist, wenn sie eine Genesungsbescheinigung in Form eines Hinweises enthält, dass die Verwendung des Mittels zur Wiederherstellung der Gesundheit eines an einer bestimmten Krankheit oder an bestimmten Gesundheitsstörungen Leidenden führt und

---

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 08. Juli 2008 – X ZB 1/08 – GRUR 2008, 890 f.

<sup>32</sup> BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – X ZB 4/08 – GRUR 2009, 41 f. = WRP 2009, 84 f.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 20. November 2008 – I ZR 94/02 – Konsumentenbefragung II.

wenn dieser Hinweis zudem in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt.<sup>34</sup>

## **8.**

### **Grundzüge des Apothekenrechts**

Um Fragen des Apothekenrechts rankt sich während der Berichtsperiode lediglich eine Entscheidung des fünften Strafsenats.<sup>35</sup> Konkret ging es um eine Anklage gegen einen Apotheker, der in Berlin in 18 Fällen vorsätzlich unerlaubt Ephedrinhydrochlorid als Grundstoffe erworben und veräußert haben soll.

Ansonsten ist im Anschluss an unsere letzte Zusammenfassung für das erste Halbjahr 2008 und die dort näher problematisierten Fragen zu § 130a Abs. 8 SGB V und zu Abschlüssen von Rabattverträgen zwischen gesetzlichen Krankenversicherungen und Pharmaunternehmen festzuhalten, dass der Gesetzgeber derartige Verträge nunmehr durch die Neufassung von § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V der unmittelbaren Geltung der materiellen Vergaberechtsvorschriften der §§ 97 – 101 GWB sowie einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern (§§ 102 – 115 und 129 GWB) unterworfen hat. Die Vergabekammern sowie die im Rahmen gerichtlicher Nachprüfungen nunmehr gemäß §§ 116 Abs. 3 2. Halbsatz GWB und 29 Abs. 5 SGG ausschließlich zuständigen Landessozialgerichte haben im Vergabepflichtverfahren gemäß § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V darauf zu achten, dass die Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen zur Sicherung der medizinisch notwendigen, aber auch wirtschaftlichen Versorgung aller Versicherten nicht gefährdet wird.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Im Anschluss an EUGH, Urteil vom 08. November 2007 – C-374/07 – GRUR 2008, 267, Tz. 43 und 46 (Gintec).

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 30. September 2008 – 5 StR 215/08 –.

<sup>36</sup> BT-Drucks 16/10609 S. 66 f.

## 9.

### **Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts**

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts spielen vor allem in Arzthaftungsprozessen aber auch in anderen medizinrechtlichen Fallkonstellationen eine Rolle.

#### **a)**

In den Tatsacheninstanzen kommt immer wieder der Auswahl von Sachverständigen eine streitentscheidende Rolle zu. Die Auswahl der Sachverständigen steht im Ermessen des Gerichts. Es liegt jedoch eine fehlerhafte Ermessensausübung vor, wenn das Gericht einen Sachverständigen aus einem falschen Sachgebiet ausgewählt hat (§ 404 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Um einen derartigen Streit ging es in einem beim VI. Zivilsenat anhängigen Revisionsverfahren<sup>37</sup>. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass grundsätzlich für die Auswahl eines Sachverständigen auf die notwendige Sachkunde in dem medizinischen Sachgebiet abzustellen ist, in welches der Eingriff fällt. Hierfür können die fachärztlichen Weiterbildungsordnungen herangezogen werden. Soweit ein Eingriff mehrere Fachbereiche berührt, kommt es darauf an, welchem Fachbereich die konkrete Beweisfrage zuzuordnen ist.

In dem Haftungsfall, in dem es um die Durchführung einer digitalen Subtraktionsangiographie des Kopfes (DSA) ging, war in den Tatsacheninstanzen darum gestritten worden, ob zur Beurteilung von Haftungsfolgen im Anschluss an eine derartige DSA ein vom Gericht bestellter Facharzt für Neurologie und Neurochirurgie hinreichend sachkundig war oder ob ein Facharzt für Radiologie hätte eingeschaltet werden müssen. Der Bundesgerichtshof hat die Auswahl des Facharztes für Neurologie und Neurochirurgie gebilligt. Zur Begründung hat der VI. Zivilsenat darauf hingewiesen, dass die DSA zwar zur radiologischen Diagnostik und damit zum Weiterbildungsgebiet der diagnostischen Radiologie, insbesondere Neuroradiologie gehört. Diese Diagnostik sei aber zugleich eine unerlässliche Erkenntnisquelle für die neurologische und neurochirurgische Behandlung. Ihre Indikationsstellung, Methodik und Befundbewertung gehörten daher auch zur neurologischen Weiterbildung. Da der vorliegende Fall mit hin beide Fachgebiete berührte, war die – in beiden Tatsacheninstanzen von den Parteien nicht beanstandete – Auswahl eines Facharztes für Neurologie und Neuro-

---

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 – VI ZR 198/07 – juris, Rn. 18 ff.

chirurgie als Sachverständiger nicht ermessensfehlerhaft, obwohl die DSA von einem Radiologen durchgeführt worden war und der Sachverständige selbst nicht als verantwortlicher Arzt zerebrale Angiographien vorgenommen hatte.<sup>38</sup>

**b)**

In dem gerade angesprochenen Revisionsverfahren<sup>39</sup> hatte der Bundesgerichtshof auch Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit neuen Vorbringens zu einer hypothetischen Einwilligung nach Maßgabe von § 531 Abs. 2 ZPO zu äußern. Das Berufungsgericht hatte das erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Vorbringen zur hypothetischen Einwilligung der Patientin als verspätet zurückgewiesen.

Der Einwand der Behandler, die Patientin hätte sich dem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiko unterzogen, ist grundsätzlich beachtlich. Den Arzt trifft aber insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Demgegenüber muss der Patient darlegen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt<sup>40</sup> befunden hätte. In diesem Zusammenhang hatte die Beklagte in erster Instanz lediglich vorgetragen, die Klägerin habe nach ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt. Eine trotz nicht ordnungsgemäßer Aufklärung anzunehmende hypothetische Einwilligung war damit nicht behauptet worden. Der Bundesgerichtshof ist deshalb dem Berufungsgericht beigetreten, welches das erstmalige Vorbringen zu einer fiktiven Einwilligungssituation nicht zugelassen hatte. Eine Partei muss nämlich schon im ersten Rechtszug die Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen, deren Relevanz für den Rechtsstreit ihr bekannt ist oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen und zu deren Geltendmachung sie in der Vorinstanz im Stande ist. Die Beklagte hätte daher in Betracht ziehen müssen, dass das Landgericht ihrem Sachvortrag zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht folgen würde. Daher oblag es ihr schon in erster Instanz, sich – falls sie dies wollte – auf das neue Verteidigungsmittel der hypothetischen Einwilligung zu berufen, ohne dass es dafür eines Hinweises nach § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO bedurft hätte.<sup>41</sup>

**c)**

Probleme können sich auch im Zusammenhang mit dem Inhalt einer Berufungsschrift ergeben, etwa dann, wenn nur zwei der erstinstanzlich verklagten drei Beklagten in

---

<sup>38</sup> BGH, aaO, juris, Rn. 19 f.

<sup>39</sup> BGH, aaO, juris, Rn. 21 ff.

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 – VI ZR 198/07 – juris, Rn. 22.

<sup>41</sup> BGH, aaO, juris, Rn. 24.

der Rechtsmittelschrift als Berufungsbeklagte aufgeführt sind.<sup>42</sup> Die Klägerin hatte in dem zugrunde liegenden Arzthaftungsverfahren neben den Beklagten zu 1 und 2 (Träger eines Krankenhauses sowie Chefarzt) auch den anwaltlich gesondert vertretenen Beklagten zu 3 (einen niedergelassenen Chirurgen) in Anspruch genommen. Mit dem erstinstanzlichen Urteil hatte das Landgericht die Klage gegen alle drei Beklagten abgewiesen und die Abweisung in den Entscheidungsgründen gesondert hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 2 sowie des Beklagten zu 3 begründet. Da der Beklagte zu 3 in der Berufungsschrift nicht genannt war, hatte das Oberlandesgericht die gegen den Beklagten zu 3 begründete Berufung nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen. Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung im Rahmen eines Rechtsbeschwerdeverfahrens bestätigt und ausgeführt, dass den Anforderungen des § 519 Abs. 2 ZPO nur dann genügt ist, wenn bei der Einlegung der Berufung aus der Berufungsschrift sowohl Rechtsmittelkläger als auch alle Rechtsmittelbeklagte erkennbar sind oder – ggf. aus anderen im Zeitpunkt des Ablaufs der Berufungsfrist vorliegenden Unterlagen – eindeutig erkennbar werden. Diese Voraussetzungen waren nach Auffassung VI. Zivilsenats im Blick auf den Beklagten zu 3 nicht gegeben.

**d)**

In einer dem VI. Zivilsenat vorliegenden Beschwerde gegen die Nichtzulassung einer Revision war beanstandet worden, dass ein Oberarzt bei der Erstellung eines Sachverständigengutachtens beigezogen worden war.<sup>43</sup> Die Beschwerde wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass die von der Nichtzulassungsbeschwerde problematisierte Rechtsfrage nach der Verwertbarkeit von erläuternden Ausführungen eines von dem gerichtlichen medizinischen Sachverständigen bei der Erstattung seines Gutachtens als Hilfsperson hinzugezogenen Oberarztes deshalb nicht entscheidungserheblich sei, weil das Landgericht den Oberarzt in zulässiger Weise zumindest stillschweigend<sup>44</sup> zum weiteren Sachverständigen bestellt habe. Eine gegen diesen Beschluss erhobene Anhörungsrüge nach § 321 a ZPO ist erfolglos geblieben.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> BGH, Beschluss vom 09. September 2008 – VI ZB 52/07 – NJW-RR 2009, 208 f. = VersR 2009, 90.

<sup>43</sup> BGH, Beschluss vom 17. Juli 2008 – VI ZR 5/08 –.

<sup>44</sup> Vgl. Urteil vom 08. Januar 1985 – VI ZR 1583 – VersR 1985, 361.

<sup>45</sup> Beschluss vom 01. Juli 2008 – VI ZR 5/08 – VersR 2009, 130.

**e)**

Nach § 26 Nr. 8 EGZPO hängt die Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung einer Revision in einem Berufungsurteil davon ab, dass die angestrebte Revision eine Beschwer von mehr als 20.000,00 € betrifft. Der Bundesgerichtshof hatte in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob eine auf Schmerzensgeld gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde statthaft war.<sup>46</sup> In dem der Nichtzulassungsbeschwerde zugrunde liegenden Verfahren hatte das Oberlandesgericht die Beklagten zu 2 und 3 als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 10.000,00 € zu zahlen. Ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils hatte die Klägerin „gemeint“, ein Schmerzensgeld in Höhe von 25.000,00 € sei angemessen. Die Klägerin hatte ansonsten „ein angemessenes Schmerzensgeld“ beantragt und im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ein Schmerzensgeld von zumindest weiteren 40.000,00 € geltend gemacht. Eine 20.000,00 € übersteigende Beschwer ließ sich mit diesem Begehren nicht begründen. § 26 Nr. 8 EGZPO stellt nämlich nicht darauf ab, in welcher Höhe der Beschwerdeführer die Klageforderung in der Revisionsinstanz beziffern will, sondern darauf, welche Beschwer aus dem Berufungsurteil er geltend machen kann und will.

Wird einem Kläger ein unter dem von ihm geäußerten Mindestbetrag liegendes Schmerzensgeld zugesprochen, ergibt sich die Beschwer aus der Differenz zwischen dem – in der Instanz und nicht in der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung – verfolgten Mindestbetrag und dem zugesprochenen Betrag.<sup>47</sup> Da die Differenz zwischen dem ausgeurteilten und in den Tatsacheninstanzen verfolgten Schmerzensgeld vorliegend lediglich 15.000,00 € betrug, war die notwendige Mindestbeschwerde nach § 26 Nr. 8 EGZPO nicht erreicht.<sup>48</sup>

**f)**

Um das Vorliegen ausreichender Zulassungsgründe stritten die Parteien in einem beim IX. Zivilsenat anhängigen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.<sup>49</sup> Wir schließen unsere Rechtsprechungsübersicht mit diesem die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückweisenden Beschluss ab, weil dort die gängigen in § 543 Abs. 2 ZPO angeführten Zulassungsgründe abgehandelt werden. Die Be-

---

<sup>46</sup> BGH, Beschluss vom 16. Juli 2008 – VI ZR 213/07 –.

<sup>47</sup> Vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 30. September 2003 – VI ZR 78/03 – VersR 2004, 219.

<sup>48</sup> Auch hier blieb eine erhobene Gehörsrüge ohne Erfolg, vgl. BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2008 – VI ZR 213/07 –.

<sup>49</sup> BGH, Beschluss vom 13. November 2008 – IX ZR 3/06 – veröffentlicht bei juris.

schlussgründe halten fest, dass weder der Zulassungsgrund der Divergenz, noch ein Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) noch eine Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) vorlagen und damit nicht die Notwendigkeit bestand, die Revision zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) zuzulassen. Die Rechtssache wies auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) auf und verlangte auch nicht zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) eine Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs.

Karlsruhe, den 18. März 2009