

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 1. Halbjahr 2017**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe<sup>1</sup>

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2016 betreffenden Übersichten<sup>2</sup> fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2017 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der Krankenversicherungen sowie über Sachverhalte aus den Bereichen des Vergütungsrechts der Heilberufe, des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts zu berichten. Daneben geht es um Besonderheiten im Verfahrens- und Prozessrecht. Im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>3</sup> des Bundesgerichtshofs sind den einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erteilung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

---

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

<sup>2</sup> Abrufbar auf unserer Website „Aktuelles“ unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

<sup>3</sup> Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2017 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

## 1.

### Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen, wobei auch über Entscheidungen des XII. Zivilsenats sowie des 5. Strafsenats zu berichten ist.

#### a)

So hat sich der 5. Strafsenat mit der Frage der Strafbarkeit von **Manipulationen im Rahmen der Verteilung von postmortal gespendeten Lebern** wegen versuchten Totschlags oder versuchter Körperverletzung befasst<sup>4</sup> und im Ergebnis den Freispruch im Fall des „**Göttinger Leberallokationsskandals**“ bestätigt. Das Landgericht hatte den Angeklagten von dem Vorwurf **freigesprochen**, im Zuge von in den Jahren 2010 und 2011 durchgeführten Lebertransplantationen durch Verletzung von Regeln zur Verteilung von postmortal gespendeten Lebern versuchten Totschlag in elf Fällen und aufgrund nicht gegebener medizinischer Indikation Körperverletzung mit Todesfolge in drei Fällen begangen zu haben. Manipuliert ein Arzt Krankenakten seiner Patienten derart, dass diese Patienten auf einer Warteliste für Spenderorgane nach oben rücken und bevorzugt Spenderlebern erhalten, so ist das Verhalten des Arztes **nicht als versuchter Totschlag strafbar, da es dem Arzt am erforderlichen Vorsatz fehlt**, mit der Manipulation tatsächlich **andere Menschen zu töten**.<sup>5</sup>

#### b)

Um die **Abgrenzung** zwischen einem **ärztlichen Befunderhebungsfehler** und einem **Mangel der therapeutischen Beratung** rankt sich eine Entscheidung des VI. Zivilsenats.<sup>6</sup> Die Klägerin hatte sich bei der Beklagten zu einer gynäkologischen Krebsvorsorgeuntersuchung vorgestellt. Der zytologische Abstrich ergab einen **PAP III-Befund** und damit ein unkla-

<sup>4</sup> Urteil vom 28. Juni 2017 – [5 StR 20/16](#) – GesR 2017, 566 ff.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 47 ff.

<sup>6</sup> Urteil vom 11. April 2017 – [VI ZR 576/15](#) – GesR 2017, 582 ff. = VersR 2017, 888 ff. = ZMGR 2017, 242 ff.

**res Ergebnis, welches** im Rahmen der Gebärmutterhalskrebs-Früherkennung **eine weitere Abklärung erforderlich machte**. Die Beklagte übersandte der Klägerin per Post ein Rezept für das Medikament Clont Vaginaltabletten No. 6 N1, welches u.a. der Aufhellung des Zellbildes am Gebärmutterhalskanal dient. Eine in der **weiteren** zeitlichen Folge von der Beklagten durchgeführte zytologische **Untersuchung** ergab erneut einen PAP III-Befund, woraufhin die Beklagte der Klägerin wiederum ein Rezept für die vorgenannten Vaginaltabletten übersandte. Im Anschluss an eine **dritte Untersuchung** und die Vornahme eines erneuten zytologischen Abstriches, der wiederum einen PAP III-Befund ergab, wurde die Klägerin in eine Dysplasiepraxis überwiesen. Eine dort durchgeführte Gewebeuntersuchung ergab ein Plattenepithelkarzinom der Zervix, woraufhin die Klägerin insgesamt vier Mal an der Gebärmutter operiert wurde.

Das **Berufungsgericht** hatte gemeint, dass der Beklagten zunächst ein **einfacher Behandlungsfehler** vorzuwerfen sei, weil sie die Klägerin bei Übersendung des Rezeptes nach der ersten Untersuchung nicht auf die Diagnose und die Dringlichkeit einer weiteren Abklärung hingewiesen und ein Kontrollmanagement gefehlt habe. Insoweit fehle es jedoch nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen an dem der Klägerin obliegenden Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität der Diagnoseverzögerung für den später eingetretenen Schaden. Eine **Haftung der Beklagten ergebe sich jedoch „über das Instrument der unterlassenen Befunderhebung“**. Durch den Fehler der Beklagten sei es zu einer verzögerten Befunderhebung gekommen, was das Unterlassen einer zeitnah gebotenen Befunderhebung darstelle.

Die vom Senat zugelassene Revision hat zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

Nach dem **Vortrag der Beklagten**, von dem mangels insoweit entgegenstehender Feststellungen des Berufungsgerichts für die rechtliche Prüfung auszugehen war, hatte die Beklagte der Klägerin nach der ersten Untersuchung nicht nur ein Rezept über die Vaginaltabletten übersandt, sondern dem **Rezept** auch **ein Anschreiben an die Klägerin beigefügt, mit dem die Klägerin über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes unterrichtet und zur Wiedervorstellung aufgefordert wurde.**<sup>8</sup> Wurde die Klägerin aber an sich zutreffend über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes und die medizinisch gebotene Maßnahme einer weiteren Kontrolle informiert und ist die Klägerin dieser Aufforderung lediglich nicht nachgekommen, liegt nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats **kein Befunderhebungsfehler** vor. **Vielmehr kommt** in diesen Fällen grundsätzlich **allein** das **Vorliegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur therapeutischen Beratung**, etwa wegen eines unterlassenen Hinweises auf die Dringlichkeit der gebotenen Maßnahme, **in Betracht. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** des ärztlichen Fehlverhaltens liegt hier nämlich regelmäßig **nicht in der unterbliebenen Befunderhebung** als solcher, **sondern** in dem **Unterlassen von Warenhinweisen** zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs.<sup>9</sup>

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ließ sich die angenommene Pflichtwidrigkeit der Beklagten auch nicht in einen – jeweils als Behandlungsfehler zu wertenden – Fehler im Rahmen der therapeutischen Beratung einerseits und in einen Befunderhebungsfehler andererseits aufspalten, sondern ist als **einheitlicher Vorgang** zu behandeln, weil die unterbliebene zeitnahe Befunderhebung unmittelbare Folge der angenommenen unzureichenden therapeutischen Beratung, hier des **fehlenden Hinweises auf die Dringlichkeit der weiteren Abklärung** des Befundes ist.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

In der **Konsequenz** dieser Bewertung konnte eine **Haftung** der Beklagten im Streitfall jedenfalls derzeit **nicht mit der Begründung angenommen werden, die unterbliebene Befunderhebung hätte ein Ergebnis erbracht, auf welches nicht zu reagieren grob fehlerhaft gewesen wäre**, so dass der Klägerin eine Umkehr der Beweislast für die haftungsbegründende Kausalität von Pflichtverletzung und Schaden zu Gute käme.<sup>11</sup> Im weiteren Verfahren wird das Berufungsgericht **vielmehr aufzuklären** haben, **ob und wie** die Beklagte die insoweit grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastete Klägerin mit Übersendung des Rezepts **zusätzlich über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes unterrichtet und zur Wiedervorstellung aufgefordert** hat. Dabei wird das Berufungsgericht neben den Angaben der Parteien und der vom Landgericht als Zeugen vernommenen Mitarbeiterinnen der Beklagten auch die Behandlungsdokumentation der Beklagten sowie das von dieser vorgelegte Muster des nach ihrem Vortrag verwendeten Standardschreibens zu verwerten haben.<sup>12</sup> Sollte sich der Vortrag der Klägerin nicht zur Überzeugung des Gerichts beweisen lassen, wird **das Berufungsgericht erneut zu prüfen** haben, **ob in dem unterlassenen Hinweis** der Beklagten **auf die konkrete Diagnose und die Dringlichkeit einer – der Klägerin ansonsten zutreffend empfohlenen – weiteren Untersuchung ein – einfacher oder grober – Behandlungsfehler im Bereich der therapeutischen Beratung zu sehen ist.**<sup>13</sup>

**c)**

Die allgemeine **Feststellung** eines Berufungsgerichts, **es handele sich im Regelfall nicht um einen besonders schweren Fehler**, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe, **wenn der Arzt dem Patienten die richtige Vorgehensweise empfiehlt und allein eine Unterrichtung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit unterbleibt, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.** Die Frage, ob in einem unter-

---

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

lassenen Hinweis auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit weiterer ärztlicher Maßnahmen ein grober Behandlungsfehler zu sehen ist, unterliegt nämlich stets der gesonderten **Beurteilung im jeweiligen Einzelfall**.<sup>14</sup>

**d)**

Die Entscheidung des Arztes für die **Wahl einer nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode** (hier: ganzheitliche Zahnmedizin) setzt eine sorgfältige und gewissenhafte medizinische Abwägung von Vor- und Nachteilen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und des Wohls des konkreten Patienten voraus.<sup>15</sup> In der Sache ging es um die Anwendung einer nicht allgemeinen anerkannten Therapieform. Insoweit gilt, dass die Anwendung derartiger nicht allgemeiner anerkannter Therapieformen – von Fällen der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB, 228 StGB) einmal abgesehen – **grundsätzlich erlaubt** ist.<sup>16</sup> Die Entscheidung des Arztes für die Wahl einer nicht allgemein anerkannten Therapieform setzt allerdings eine **sorgfältige und gewissenhafte medizinische Abwägung von Vor- und Nachteilen** unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und des Wohls des konkreten Patienten voraus.<sup>17</sup> **Bei der vorzunehmenden Abwägung dürfen die Untersuchungs- und Behandlungsmöglichkeiten der Schulmedizin nicht aus dem Blick verloren werden.** Je schwerer und radikaler der Eingriff für die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist, desto höher sind die Anforderungen an die medizinische Vertretbarkeit der gewählten Behandlungsmethode.<sup>18</sup>

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die radikale Behandlungsmaßnahme des Beklagten bei der Klägerin zu schwerwiegenden, irreversiblen Gesundheitsschäden geführt (Verlust bzw. Teilverlust der Kau-, Gebiss- und Implantatfähigkeit). Da dies so war, führte die **Rüge**

<sup>14</sup> Beschluss vom 14. März 2017 – [VI ZR 84/16](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>15</sup> Urteil vom 30. Mai 2017 – [VI ZR 203/16](#) – GesR 2017, 580 f. = NJW 2017, 2685 f. = VersR 2017, 1142 f.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

**der Revision**, dass das Berufungsgericht die verantwortliche medizinische **Abwägung** von Vor- und Nachteilen **auf der Grundlage des Gutachtens eines Sachverständigen** beurteilt hatte, **der nicht über die erforderliche Sachkunde verfügte** und das Berufungsgericht es verfahrensfehlerhaft unterlassen hatte, einen auch mit der ganzheitlichen Zahnmedizin in Theorie und Praxis vertrauten Sachverständigen zu beauftragen, zur **Aufhebung** der angefochtenen Entscheidung **und zur Zurückverweisung** der Sache an das Berufungsgericht.<sup>19</sup>

**e)**

Gegenstand eines weiteren Revisionsverfahrens beim Arzthaftungssenat war eine fehlerhafte ärztliche Behandlung und die **Frage, inwieweit sich verschiedene Behandlungsfehler** im Rahmen einer Operation und Nachbehandlung **auf den daraus erwachsenen Schmerzensgeldanspruch auswirken.**<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat entschieden, dass der Schmerzensgeldanspruch, den ein Patient auf verschiedene, den Ärzten im Rahmen der selben Operation und der damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Nachbehandlung unterlaufene Behandlungsfehler stützt, einen **einzigen**, alle Behandlungsfehler umfassenden **Streitgegenstand**, begründet.<sup>21</sup>

Der Streitgegenstand wird bekanntlich bestimmt durch das Rechtsschutzbegehren (Antrag), in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Zum Anspruchsgrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Partei ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>20</sup> Urteil vom 14. März 2017 – [VI ZR 605/15](#) – GesR 2017, 439 ff. = MDR 2017, 762 f. = VersR 2017, 822 f.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

**Mehrere Behandlungsfehler**, die den Ärzten im Rahmen derselben Operation unterlaufen sind, **begründen einen einheitlichen Schmerzensgeldanspruch**, dessen Höhe aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadenfall prägenden Umständen zu bemessen ist. Der Schmerzendgeldanspruch kann nicht in Teilbeträge zum Ausgleich einzelner im Rahmen eines einheitlichen Behandlungsgeschehens unterlaufene Behandlungsfehler aufgespalten werden.<sup>23</sup>

f)

In einem weiteren vom VI. Zivilsenat entschiedenen Fall ging es um **Verjährungsfragen**.<sup>24</sup> Der klagende Patient, der dem beklagten Facharzt vorwarf, eine Borreliose-Infektion nicht erkannt zu haben, hatte mit Formularschreiben vom 15. Dezember 2011 einen **Schlichtungsantrag bei der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen** der norddeutschen Ärztekammern gestellt, der dort am 22. Dezember 2011 eingegangen war. Im weiteren Verlauf lehnte der Haftpflichtversicherer des Beklagten mit Schreiben vom 11. April 2012 die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens mit der Begründung ab, Schadensersatzansprüche des Klägers seien bereits verjährt, denn der Beklagte – so der Haftpflichtversicherer – habe dem Schlichtungsverfahren erst im Februar 2012 und damit nach dem Eintritt der Verjährung zugestimmt. Ein Schlichtungsverfahren wurde daraufhin nicht durchgeführt.

Das Landgericht hatte die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Dem war das Berufungsgericht gefolgt und hatte argumentiert, durch die Einreichung des Antrags bei der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern sei die Verjährungsfrist nicht gehemmt worden. Die **Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 BGB a.F.** setze voraus, dass die Parteien das Verfahren im Einvernehmen betrieben, was

---

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>24</sup> Urteil vom 17. Januar 2017 – [VI ZR 239/15](#) – MedR 2017, 632 ff. = NJW 2017, 1879 ff. = VersR 2017, 618 ff. = ZMGR 2017, 189 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

aber nur dann angenommen werden könne, wenn die Initiative zwar nur von einer Partei ausgehe, die andere sich aber freiwillig auf das Güterverfahren einlasse.

Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass die **unwiderlegliche Vermutung des Einvernehmens nach § 15 a Abs. 3 Satz 2 EGZPO** (im Streitfall: in der bis zum 31. März 2016 geltenden Fassung) bei den von den Ärztekammern eingerichteten Schlichtungsstellen auch im Rahmen von § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB (im Streitfall: in der bis zum 25. Februar 2016 geltenden Fassung) Anwendung findet.<sup>25</sup> Macht ein Patient gegen den ihn behandelnden Arzt Schadensersatzansprüche bei einer von den Ärztekammern eingerichteten Schlichtungsstelle geltend, so **setzt der Eintritt der Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. nicht voraus, dass sich der Arzt oder der hinter diesem stehende Haftpflichtversicherer auf das Schlichtungsverfahren einlässt**. Dies gilt auch dann, wenn ein Schlichtungsverfahren nach der Verfahrensordnung der jeweiligen Schlichtungsstelle nur dann durchgeführt wird, wenn Arzt und Haftpflichtversicherer der Durchführung des Verfahrens zustimmen.<sup>26</sup>

#### **g)**

Immer wieder führt eine **fehlerhafte Anwendung von Präklusionsvorschriften** und der darauf gestützte **Ausschluss von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln** zum Erfolg von Nichtzulassungsbeschwerden. In einem derart verfahrensfehlerhaften Vorgehen liegt regelmäßig eine Verletzung des Verfahrensgrundrechts auf rechtliches Gehör (Artikel 103 Abs. 1 GG). Nach ständiger höchstrichterlicher und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung liegt ein Gehörsverstoß dann vor, wenn der Tatrichter Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter

---

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet.<sup>27</sup>

aa)

Hat etwa ein Gericht eine **Frist zur Stellungnahme zu einem Gutachten gemäß § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO** gesetzt, so kann nach Fristablauf eingehender Parteivortrag, der sich nicht auf die in dem Gutachten behandelte Beweisfrage bezieht, nicht nach § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden.<sup>28</sup> Die Zurückweisung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels nach § 296 Abs. 1 ZPO setzt – auch i.V.m. § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO – voraus, dass das betreffende Angriffs- oder Verteidigungsmittel erst nach Ablauf einer **hierfür gesetzten** Frist vorgebracht wurde. Im Streitfall war für die Zurückweisung der Behauptung, in der Pathologie der Beklagten zu 1 sei es zu einem Fehler gekommen, also Voraussetzung, dass auch diese Behauptung von der bei Übersendung des Gutachtens vom Landgericht nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzten Frist erfasst wurde. Insoweit bezog sich die **im Zusammenhang mit dem Gutachten gesetzte Frist** aber allein darauf, insbesondere eventuelle Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem Gutachten mitzuteilen.<sup>29</sup> Mit der **Behauptung, in der Pathologie der Beklagten zu 1 sei es zu einem Behandlungsfehler gekommen**, hat sich die Klägerin aber gerade nicht mit der sachverständigen Bewertung ihrer Behandlung in der chirurgischen Abteilung der Beklagten zu 1 auseinandergesetzt, sondern einen anderen, von der chirurgischen Behandlung und ihrer Bewertung unabhängigen Behandlungsfehler in der Pathologie geltend gemacht, mit der Folge, dass hier entsprechender Vortrag **von der vom Landgericht gesetzten Frist nicht erfasst** war und deshalb nicht hätte als verspätet zurückgewiesen werden dürfen.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Beschluss vom 16. Mai 2017 – [VI ZR 89/16](#) – GesR 2017, 584 f. = MJW-RR 2017, 1018 f. = VersR 2017, 1164 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

**bb)**

Ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung führte eine Nichtzulassungsbeschwerde, mit der beanstandet worden war, dass einem in den Vorinstanzen gestellten Antrag auf **Vernehmung einer Zeugin unter Verstoß gegen § 296 Abs. 2 ZPO nicht entsprochen** worden war.<sup>31</sup> Das Landgericht hatte die Klage nach Anhörung des Klägers und Beweisaufnahme durch Einholung eines handchirurgischen Gutachtens samt Anhörung des Sachverständigen sowie Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin abgewiesen. Den im Termin zur mündlichen Verhandlung vom Kläger gestellten **Antrag, eine Mitarbeiterin der Berufsgenossenschaft als Zeugin zu vernehmen**, hatte das Landgericht **gemäß §§ 296 Abs. 2; 282 ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen**, wobei die dagegen gerichtete Berufung des Klägers ohne Erfolg blieb.<sup>32</sup>

Die Zurückweisung des vom Kläger gestellten Antrags fand entgegen der Auffassung der Vorinstanz in **§ 296 Abs. 2 ZPO keine Stütze**. § 296 Abs. 2 ZPO setzt voraus, dass **Angriffs- oder Verteidigungsmittel entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt werden**. Insoweit hatte das Landgericht bereits **nicht angegeben, welche der beiden vorgenannten Alternativen** einschlägig sein sollte. Auch das Berufungsgericht hatte sich hierzu nicht näher verhalten, wobei vorliegend keine der Alternativen des § 282 ZPO griff.<sup>33</sup>

**§ 282 Abs. 1 ZPO** ist nur dann einschlägig, wenn innerhalb einer Instanz mehrere Verhandlungstermine stattfinden; ein **Vorbringen im ersten Termin** zur mündlichen Verhandlung kann **niemals nach § 282 Abs. 1 ZPO verspätet** sein. § 282 Abs. 1 ZPO ist hier nach dem Streitverlauf offenkundig nicht anwendbar, da es sich bei dem Termin, in dem das Be-

<sup>31</sup> Beschluss vom 14. März 2017 – [VI ZR 205/16](#) – veröffentlicht nur bei juris, mit Anm. Schwenker, juris, PR-PrivBauR; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

weisangebot auf Vernehmung der Zeugin unterbreitet worden war, um den einzigen Verhandlungstermin in erster Instanz gehandelt hatte.<sup>34</sup> Zu **§ 282 Abs. 2 ZPO** gilt, dass die normierte **Prozessförderungspflicht** nicht bezweckt, dem Gericht die rechtzeitige Terminvorbereitung zu ermöglichen. Diese Pflicht **schützt allein den Gegner** und betrifft nur solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorherige Erkundigung keine Erklärung abgeben kann. Dies ist bei einem Antrag auf Vernehmung eines nicht präsenten Zeugen, der ohnehin erst in einem weiteren Termin vernommen werden kann, nicht der Fall.<sup>35</sup>

Ob der Antrag nach **§ 296 Abs. 1 ZPO** hätte zurückgewiesen werden dürfen, ist in den Rechtsmittelinstanzen **nicht zu prüfen**. Ein **Wechsel der Präklusionsbegründung** durch das Rechtsmittelgericht **kommt grundsätzlich nicht in Betracht**.<sup>36</sup>

**h)**

Jeder Prozesspartei steht gemäß **§§ 397, 402 ZPO** zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs das **Recht** zu, einen **Sachverständigen zu seinem schriftlichen Gutachten mündlich zu befragen**.<sup>37</sup>

**aa)**

Der Tatrichter muss dementsprechend den von einer Partei rechtzeitig gestellten **Antrag**, den gerichtlichen Sachverständigen nach Erstattung des schriftlichen Gutachtens zu dessen mündlicher Verhandlung zu laden, **selbst dann stattgeben, wenn die schriftliche Begutachtung aus der Sicht des Gerichts ausreichend und überzeugend ist**.<sup>38</sup> Dieser Pflicht ist der Tatrichter nur ausnahmsweise dann enthoben, wenn der Antrag auf Anhörung des Sachverständigen verspätet oder rechtsmissbräuchlich ge-

---

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>37</sup> Beschluss vom 21. Februar 2017 – [VI ZR 314/15](#) – NJW-RR 2017, 762 f. = VersR 2017, 1034.

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

stellt worden ist. Vom letzteren konnte in der dem Bundesgerichtshof vorgelegten Nichtzulassungsbeschwerde jedoch keine Rede sein.<sup>39</sup>

**bb)**

Hat das **Erstgericht** einen rechtzeitig gestellten **Antrag auf Ladung eines Sachverständigen** zur mündlichen Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens **nicht entsprochen**, so muss das **Berufungsgericht** dem im zweiten Rechtszug **wiederholten Antrag stattgeben**.<sup>40</sup>

**i)**

Der **Betreiber eines Bewertungsportals haftet für von Dritten in das Portal eingestellte Äußerungen als unmittelbarer Störer**, wenn er sich diese Äußerungen zu Eigen gemacht hat.<sup>41</sup> Mit dieser Entscheidung endete ein Streit der Parteien um Äußerungen, die ein Patient der Klägerin auf dem von dem Beklagten betriebenen Bewertungsportal [www.klinikbewertungen.de](http://www.klinikbewertungen.de) eingestellt und die der Beklagte auf die Beanstandung der Klägerin hin geändert hat. Konkret hatte ein Patient mit dem Pseudonym „Sepsishilfe“ auf dem Portal des Beklagten einen Eintrag unter der Überschrift „Sepsis mit schweren Folgen“ eingestellt, der auszugsweise wie folgt lautete:

...  
Kontra: **auf Notfälle nicht vorbereitet**  
...  
Erfahrungsbericht: „Bei einem Standardeingriff kam es zu einer septischen Komplikationen [sic], **die zu einem Multiorganversagen und einer mehrmonatigen Erblindung führten.**“  
...  
Das **Klinikpersonal war mit der lebensbedrohlichen Notfallsituation überfordert. Dies hat beinahe zu meinem Tode geführt“.**

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 4.

<sup>40</sup> Beschluss vom 30. Mai 2017 – [VI ZR 439/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>41</sup> Urteil vom 04. April 2017 – [VI ZR 123/16](#) – AfP 2017, 316 ff. = NJW 2017, 2029 ff. = VersR 2017, 895 ff. = WRP 2017, 806 ff.

Die Klägerin hatte den Beklagten in Anspruch genommen, es zu unterlassen, die vorgenannten Behauptungen wörtlich oder sinngemäß aufzustellen und/oder zu verbreiten. Die Klage hatte in den Vorinstanzen umfassend Erfolg, wobei die vom Berufungsgericht zugelassene Revision vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen worden ist. Der Klägerin stand nämlich gegen den Beklagten ein **Unterlassungsanspruch nach Maßgabe von §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 analog, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG** zu.<sup>42</sup> Weiter hält die Entscheidung fest, dass sich der Beklagte die angegriffenen Äußerungen zu Eigen gemacht hatte, so dass er selbst als unmittelbarer Störer anzusehen war.<sup>43</sup> Von einem **Zu-Eigen-Machen** ist dabei dann auszugehen, **wenn der Portalbetreiber nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf seine Internetseite veröffentlichten Inhalte übernommen hat**, was aus objektiver Sicht auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu beurteilen ist.<sup>44</sup> Wenn in diesem Zusammenhang auch bei der Annahme einer Identifikation mit fremden Inhalten grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist, spricht es aber für ein zu-Eigen-Machen, wenn der **Portalbetreiber eine inhaltlich-redaktionelle Überprüfung der auf seinem Portal eingestellten Nutzerbewertungen auf Vollständigkeit und Richtigkeit vornimmt**.<sup>45</sup> Nach diesen Maßstäben hatte sich der Beklagte die von der Klägerin beanstandeten Äußerungen zu Eigen gemacht.<sup>46</sup> Die angegriffenen Äußerungen waren unter Abwägung der betroffenen Interessen auch als rechtswidrig anzusehen.<sup>47</sup> Nach den im Rahmen der **Rechtswidrigkeitsprüfung** zu beachtenden Grundsätzen hatte das Recht des Beklagten auf Meinungsfreiheit zurückzutreten, da es sich bei den angegriffenen Äußerungen um eine unwahre Tatsachenbehauptung bzw.

---

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 15 ff.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 ff. und 25 ff.

um Meinungsäußerungen auf unwahrer Tatsachengrundlage und mit unwahrem Tatsachekern handelte.<sup>48</sup>

j)

Der XII. Zivilsenat hat eine grundlegende die **Bindungswirkung in einer Patientenverfügung** betreffende Entscheidung getroffen.<sup>49</sup> Konkret wird ausgesprochen, dass eine Patientenverfügung nur dann Bindungswirkung entfaltet, wenn sie neben den Erklärungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, auch erkennen lässt, dass sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll.<sup>50</sup> **Dass „lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben“ sollen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen.**<sup>51</sup> Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall auch bei nicht hinreichend konkret benannten ärztlichen Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Der Wille des Errichters der Patientenverfügung ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln.<sup>52</sup>

## 2. Recht der privaten Krankenversicherung

Das private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

---

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 ff.

<sup>49</sup> Beschluss vom 08. Februar 2017 – [XII ZB 604/15](#) – FamRZ 2017, 748 ff. = NJW 2017, 1737 ff. = GesR 2017, 520 ff. = PflR 2017, 302 ff.

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

a)

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass **kein Versicherungsschutz** in der privaten Krankheitskostenversicherung **für eine im Ausland vorgenommene künstliche Befruchtung mittels Eizelle** besteht.<sup>53</sup> **§ 1 Abs. 3 MB/KK 2009 ist dahingehend auszulegen, dass der Versicherer lediglich Aufwendungen für solche Heilbehandlung ersetzt, die nach deutschem Recht in Deutschland erlaubt sind.**<sup>54</sup>

Im konkreten Fall hatten sich die Klägerin und ihr Ehemann im Jahre 2012 zu einer sog. In-vitro-Fertilisation (IVF) in die tschechische Republik begeben, wo drei Versuche nach einer – nach tschechischem Recht erlaubten – Eizellspende mit IVF-Behandlung sowie **verlängerter Embryokultivierung (sog. Blastozystentransfer)** durchgeführt wurden. Der letzte Versuch war erfolgreich und führte zu einer Schwangerschaft der Klägerin und schließlich zur Entbindung, wobei die Klägerin die Erstattung der Kosten dieser Behandlung (rund 11.000,00 €) von dem beklagten privaten Krankenversicherer verlangt hatte. Das die vorinstanzliche Klageabweisung bestätigende Revisionsurteil führt aus, dass der Versicherer lediglich Aufwendungen für solche Heilbehandlungen zu ersetzen hat, die nach deutschem Recht in Deutschland erlaubt sind. Zwar erstreckt sich der Versicherungsschutz nach den Musterbedingungen auch auf **Heilbehandlungen in Europa**. Aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers ist dies aber als Regelung des räumlichen Geltungsbereichs des Versicherungsschutzes zu verstehen und **bedeutet nicht, dass der Versicherer Aufwendungen für solche Behandlungen zu ersetzen hat, die in Deutschland verboten**, in anderen europäischen Staaten aber erlaubt **sind.**<sup>55</sup> Nach deutschem Recht war die künstliche Befruchtung mittels Eizellspende verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 Embryonenschutzgesetz), wobei die Versagung des Versicherungsschutzes für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung mittels Eispende in der tsche-

<sup>53</sup> Urteil vom 14. Juni 2017 – [IV ZR 141/16](#) – FamRZ 2017, 1365 ff. = NJW 2017, 2348 ff. = VersR 2017, 941 ff.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

chischen Republik auch keine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 AEUV darstellt.<sup>56</sup>

**b)**

Eine **Krankheit im Sinne der Musterbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung** kann auch vorliegen, wenn der fragliche Gesundheitszustand des Versicherten in gleicher Weise bei 30-40 % der Menschen entsprechenden Alters auftritt (hier Fehlsichtigkeit von minus 3 und minus 2,75 Dioptrien).<sup>57</sup> Erfüllt die **Fehlsichtigkeit eines Versicherten** die Voraussetzungen einer bedingungsgemäßen Krankheit, so kann die **medizinische Notwendigkeit einer Lasik-Operation an den Augen nicht allein wegen der Üblichkeit des Tragens einer Brille oder von Kontaktlinsen verneint** werden.<sup>58</sup>

**c)**

Mit dem Kündigungsrecht des Versicherers im Rahmen einer **Krankentagegeldversicherung** sowie mit der **Behandlung schwebender Versicherungsfälle** nach erfolgter Kündigung befasst sich ein Hinweisbeschluss des IV. Zivilsenats.<sup>59</sup> In dem Beschluss, in dem darauf hingewiesen wird, dass die Voraussetzungen für die vom Berufungsgericht zugelassene Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen und das Rechtsmittel auch keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 552a Satz 1 ZPO)<sup>60</sup> wird näher ausgeführt, dass der Krankentagegeldversicherer berechtigt ist, den Vertrag innerhalb der ersten drei Versicherungsjahre zum Ende eines jeden Versicherungsjahres mit 3-monatiger Kündigungsfrist zu kündigen.<sup>61</sup> **§ 7 Satz 2 AVB**, wonach der Versicherungsschutz für schwebende Versicherungsfälle erst am 30. Tag nach Beendigung des Versiche-

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>57</sup> Urteil vom 29. März 2017 – [IV ZR 533/15](#) – NJW 2017, 2408 ff. = VersR 2017, 608 c.

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>59</sup> Beschluss vom 11. Januar 2017 – [IV ZR 152/16](#) – NJW 2017, 1543 ff. = VersR 2017, 540 ff.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

rungsverhältnisses endet, **hält einer Inhaltskontrolle** gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB **stand und ist wirksam.**<sup>62</sup>

Die Revision wurde im Anschluss an den Hinweisbeschluss zurückgenommen.

### 3. Berufsrecht der Heilberufe

Unter diesem Gliederungspunkt kann zwar nicht über eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes über berufsrechtliche Fragen der Heilberufe, wohl aber über eine Entscheidung des Senats für Anwaltssachen in einer verwaltungsrechtlichen Anwaltssache berichtet werden.<sup>63</sup> Die Klägerin, Rechtsanwältin und Pferdewirtschaftsmeisterin, hatte bei der Beklagten beantragt, ihr die **Befugnis zur Führung der Bezeichnung „Fachanwältin für Medizinrecht“** zu verleihen. Dies war **von der Beklagten abgelehnt** und zur Begründung darauf hingewiesen worden, die Klägerin habe den Erwerb der besonderen praktischen Erfahrungen (§§ 5 Abs. 1 Buchst. i; 14 b FAO) nicht nachgewiesen. Denn **nahezu sämtliche bearbeiteten Fälle stammten aus dem Bereich der Tiermedizin**; das Medizinrecht beziehe sich jedoch auf die Humanmedizin.<sup>64</sup> Die gegen dieses Urteil des Anwaltsgerichtshofs zugelassene Berufung ist beim Bundesgerichtshof ohne Erfolg geblieben. Unter Heranziehung der einzelnen in § 14 b FAO aufgeführten Bereiche des Fachgebiets Medizinrecht wird ausgeführt, dass diese Bereiche jedenfalls teilweise wenn nicht gar in erster Linie der Human-(einschließlich Zahn-)medizin zuzuordnen sind.<sup>65</sup> Die von der Klägerin im Rahmen ihres Antrags befürwortete **Gleichstellung veterinärmedizinischer und humanmedizinischer Fälle** ist nach Auffassung des

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>63</sup> Urteil vom 20. März 2017 – [AnwZ \(Brfg\) 11/16](#) – AnwBl. 2017, 667 = ZMGR 2017, 217 ff.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 1.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

Anwaltssenats **nicht mit dem Sinn und Zweck der Fachanwaltschaft zu vereinbaren.**<sup>66</sup> Auch systematische Gründe sprechen gegen die von der Klägerin befürwortete Gleichstellung.<sup>67</sup> Im Ergebnis wird deshalb festgehalten, dass es nicht sachgerecht wäre, einen im humanmedizinischen Schwerpunktbereich nicht oder nur vereinzelt tätigen Anwalt die Möglichkeit zu geben, auch Fachanwalt für Medizinrecht zu werden.<sup>68</sup>

#### 4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

In Bezug auf diesen Themenkreis fehlt es für das erste Halbjahr 2017 an einschlägigen Judikaten.

#### 5. Vergütungsrecht der Heilberufe

In diesem Zusammenhang ist über eine Entscheidung des Kartellsenats zu berichten, die die Anwendung von Kartellverboten auf Vereinbarungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern zum Gegenstand hat.<sup>69</sup>

Konkret war darüber zu entscheiden, ob **Abstimmungen bzw. Absprachen unter Krankenkassen hinsichtlich der Preise bzw. Vergütungshöhen für Pflegedienste** nach § 132a SGB V unter die Regelungen in § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen und Pflegedienste damit einen diesbezüglichen Unterlassungsanspruch gegen die Krankenkasse gemäß § 33 Abs. 1 GWB haben.

---

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 f.

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>69</sup> Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 63/14](#) – WuW 2017, 289 f.

Die Klägerin erbrachte im Rahmen eines Pflegedienstes außerklinische intensivpflegerische Leistungen u.a. für Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen in Dresden. Die Beklagte ist eine gesetzliche Krankenkasse, wobei die Parteien seit geraumer Zeit Verhandlungen über die Höhe der Vergütung und über die Frage führten, ob die Klägerin bundesweit Leistungen für die Versicherten der Beklagten erbringen darf. In diesem Zusammenhang wurde der Klägerin eine Korrespondenz zwischen der Hauptverwaltung der Beklagten und ihrer Regionaldirektion Chemnitz bekannt, in der die Zentrale berichtet, die Klägerin verlange eine Stundenvergütung in Höhe von 34,44 € und ihr würden in einem laufenden Fall aber nur 24,00 € gezahlt. Für die ggf. noch erforderlichen Vertragsverhandlungen würden weitere Hintergrundinformationen benötigt. Hierauf antwortete die Regionaldirektion Chemnitz, man habe sich anderweitig nach Stundensätzen erkundigt. Genaue Sätze seien zwar nicht genannt worden. Es sei aber gesagt worden, dass diese unter 26,00 € bzw. bei ca. 25,00 € lägen.

**Die Klägerin hatte die Auffassung vertreten, diese Korrespondenz stelle eine kartellrechtswidrige Preisabsprache dar** und deshalb Klage mit dem Antrag geführt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, sich mit anderen gesetzlichen Krankenkassen und Krankenkassenverbänden über die der Klägerin für deren intensivpflegerische Leistungen zu zahlenden Preise auszutauschen bzw. abzustimmen oder anderweitige Erkundigungen einzuholen.<sup>70</sup>

Die gegen die vorinstanzlichen Klageabweisungen geführte Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Nach **§ 1 GWB** sind u.a. aufeinander abgestimmte **Verhaltensweisen**, die eine **Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten**. Eine **Ausnahme** davon ist in **§ 69 SGB V** vorgesehen **in Bezug auf Verträge zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbrin-**

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

**gern über die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege nach § 132a SGB V.**<sup>71</sup> Nach § 69 Abs. 1 SGB V regeln die Vorschriften des Vierten Kapitels des Sozialgesetzbuches V sowie die §§ 63 und 64 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend. Davon macht § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V eine Ausnahme. Nach dieser Vorschrift gelten u.a. die §§ 1 und 33 GWB für die Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend. Diese **Ausnahme gilt nach § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V aber wiederum nicht für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind.**<sup>72</sup>

Die **Voraussetzungen** der vorstehend aufgezeigten **Rückausnahme waren im vorliegenden Fall erfüllt.** Daher schied eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 1, 33 GWB aus.<sup>73</sup>

## **6. Krankenhausrecht**

In diesem Bereich hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – keine Entscheidungen abgesetzt.

---

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 20

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

## 7.

### Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts ranken sich diverse Entscheidungen des I., VII. sowie X. Zivilsenats.

#### a)

Wie regelmäßig hatte sich der I. Zivilsenat mit diversen **Markensachen** zu befassen.

#### aa)

U.a. ging es um eine Wortmarke für Waren der Klasse 5 „pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke; diätische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“. Die Markeninhaberin hatte am 16. September 2010 die **Wortmarke „Dorzo plus T STADA“** angemeldet, woraufhin die Marke in der weiteren Folge eingetragen und veröffentlicht worden war. Der Widersprechende hatte hiergegen Widerspruch aus einer am 11. Mai 2010 eingetragenen Wortmarke „Dorzo“ erhoben, deren Schutzbereich ebenfalls Waren der Klasse 5 umfasste. Das Löschungsbegehren ist sowohl in den Vorinstanzen als auch beim Bundesgerichtshof erfolglos geblieben.<sup>74</sup> Die **Ergänzung einer an sich unveränderten Marke durch Zusätze stellt keine Benutzung der Marke in der eingetragenen Form gemäß § 26 Abs. 1 MarkenG dar, wenn die Zusätze mit dem Zeichen erkennbar verbunden sind.** In diesem Fall handelt es sich um eine Verwendung der Marke in einer von der Eintragung abweichenden Form (§ 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG).<sup>75</sup> Erkennt der Verkehr – wie hier – das mit Zusätzen verwendete Markenwort (Dorzo-Vision®) nicht mehr als eigenständiges Produktkennzeichen (Dorzo), verändert die Abweichung grundsätzlich den kennzeichnenden

<sup>74</sup> BGH, Beschluss vom 11. Mai 2017 – [I ZB 6/16](#) – GRUR 2017, 1043 ff. = WRB 2017, 1209 ff.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

Charakter der Marke, so dass das von einer rechtserhaltenden Benutzung nach § 26 Abs. 3 Satz 1, MarkenG nicht ausgegangen werden kann.<sup>76</sup>

**bb)**

Ein zur Revisionsrücknahme führender Hinweisbeschluss des I. Zivilsenats befasst sich mit der Zulässigkeit der **Produktbezeichnung „Detox“ für ein natürliches Kräuterteeprodukt** ohne Zusatzstoffe, welches Brennesel und grünen Tee zu je 20 % enthält.<sup>77</sup>

Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, der **Produktname „Detox“ suggeriere**, dass der **Verzehr des Tees** eine **entgiftende Wirkung** habe und **damit** zu einer **Verbesserung des Gesundheitszustandes** führe. Bei der Bezeichnung „Detox“ handele es sich von daher um einen nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 verbotene gesundheitsbezogene Angabe. Der **Bundesgerichtshof hat sich dieser Einschätzung angeschlossen** und unter Hinweis darauf, dass es an einem Zulassungsgrund für die vom Berufungsgericht zugelassene Revision fehle<sup>78</sup> und die Revision der Beklagten auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg habe<sup>79</sup>, eine Zurückweisung nach § 552a ZPO angekündigt und in der weiteren Folge dann unter dem 13. Juni 2017 einen entsprechenden Zurückweisungsbeschluss abgesetzt.

**b)**

Der **Parallelimporteur eines Produkts zur Eigenanwendung für die Blutzuckerbestimmung, welches die CE-Kennzeichnung trägt und von einer benannten Stelle einer Konformitätsbewertung unterzogen worden ist, ist nicht verpflichtet, eine neue Bewertung vornehmen zu lassen**, mit der die Konformität der Kennzeichnung und der Gebrauchsanweisung dieses Produkts wegen ihrer Übersetzung in die Amtssprache

---

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>77</sup> Beschluss vom 29. März 2017 – [I ZR 71/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 5

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

des Einfuhrmitgliedstaates bescheinigt werden soll.<sup>80</sup> Mit dieser Begründung ist eine Klage einer Vertriebsgesellschaft der Roche Diagnostics GmbH im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Teststreifen zur Blutzuckerselbstkontrolle für Diabetiker gegen einen Wettbewerber letztlich erfolglos geblieben und das in der Berufungsinstanz verfolgte Auskunft- und Feststellungsbegehren abschließend abgewiesen worden.<sup>81</sup>

**c)**

Das **Ausloben und Gewähren von Zuwendungen für den Bezug von Arzneimitteln** kann eine **nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG produktbezogene Werbung auch dann** darstellen, wenn die Gewährung der Prämien für das **gesamte Sortiment** der werbenden Apotheke angekündigt wird.<sup>82</sup> In dieser erst im Verlauf der Berichtsperiode abgesetzten Entscheidung ging es um eine Werbung aus April 2013, mit der die Beklagte als Vergütung für die Mitwirkung des Kunden bei einem von ihr durchgeführten Arzneimittel-Check Prämien in Höhe von 2,50 € bis zu 20,00 € bei der Einlösung von Kassen- oder Privatrezepten ausgelobt hatte. Mit diesem Urteil hat der Bundesgerichtshof den Rechtsstreit nicht abschließend entschieden, sondern das Berufungsurteil wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben<sup>83</sup> und im weiteren für das wiedereröffnete Berufungsverfahren umfänglich Hinweise erteilt.<sup>84</sup>

**d)**

Zwei weitere Judikate des I. Zivilsenats befassen sich mit dem Bereich der Optik.

**aa)**

Die **Werbung mit der Angabe „Premium-Gleitsichtgläser in Optiker-Qualität“ für eine Brille**, vor deren Tragen im Straßenverkehr gewarnt

---

<sup>80</sup> Urteil vom 01. Juni 2017 – [I ZR 152/13](#) – GRUR 2017, 938 ff. = WRP 2017, 1094 ff.

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 21 ff.; vgl. auch Urteil vom 01. Juni 2017 – [I ZR 153/13](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>82</sup> Urteil vom 24. November 2016 – [I ZR 163/15](#) – GRUR 2017, 635 ff. = pharmR 2017, 293 ff. = WRP 2017, 694 ff.

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 20

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 21 ff. vgl. weitergehend Wesser, juris PR-MedizinR 7/2017 Anm. 4.

werden muss, ist irreführend im Sinne von § 3 Satz 1 und 2 Nr. 3 Buchst. a HWG.<sup>85</sup> Konkret ging es um eine Werbung für Gleitsichtbrillen und damit um eine Werbung für Heilmittel. Der **Verbraucher verbindet mit der Aussage „Optiker-Qualität“ die Vorstellung von einer ordnungsgemäßen Leistung eines im stationären Handel tätigen Optikers**. Er wird dementsprechend annehmen, dass sich in eine von ihm bei der Beklagten zu beziehende „individuelle Gleitsichtbrille“ dieselben Optikerleistungen einfließen, die bei einem stationär tätigen Optiker erbracht werden.<sup>86</sup> Da die **von der Beklagten abgegebenen Brillen nicht** in jeder Hinsicht den insoweit zu erwartenden **Qualitätskriterien entsprachen**, hatte der Bundesgerichtshof die Sache **an die Vorinstanz zurückverwiesen**, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, über das abgewiesene Unterlassungsbegehren der Klägerin erneut auf der Grundlage der Überlegungen des I. Zivilsenats zu entscheiden.<sup>87</sup>

**bb)**

Farbige **Motivkontaktlinsen ohne Sehstärke** fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 über kosmetische Mittel.<sup>88</sup> Das in den Vorinstanzen erfolglose Unterlassungsbegehren, nämlich den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr **Farb- oder Motivkontaktlinsen ohne Sehstärke in Verkehr zu bringen, ohne dabei den Namen oder die Firma und die Anschrift des Herstellers oder, wenn dieser nicht im europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist, seines Bevollmächtigten anzugeben**, ergab sich aber **möglicherweise** aus einem **Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Produktsicherheitsgesetz** (ProdSG). Die Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ProdSG dient der Umsetzung der in Art. 5 Abs. 1 der Produktsicherheitsrichtlinie geregelten Verpflichtungen des Herstellers und ist daher richtlinienkonform auszulegen.<sup>89</sup> Wenn danach Verpflichtungen, die sich aus

<sup>85</sup> Urteil vom 03. November 2016 – [I ZR 227/14](#) – GRUR 2017, 418 ff. = MDR 2017, 413 f. = WRB 2017, 422 ff.

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>88</sup> Versäumnisurteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 258/15](#) – GRUR 2017, 409 ff. = NJW-RR 2017, 745 ff.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

der Produktsicherheitsrichtlinie und den entsprechenden Bestimmungen des Produktsicherungsgesetzes für den Hersteller ergeben, auch nicht ohne weiteres dem Händler auferlegt werden können, ließ sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein Verstoß gegen § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 ProdSG nicht verneinen.<sup>90</sup> Die aus § 6 Abs. 5 Satz 1 ProdSG folgende Verpflichtung des Händlers, dazu beizutragen, dass nur sichere Verbraucherprodukte auf dem Markt bereitgestellt werden, umfasst auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass die von ihm angebotenen Verbraucherprodukte mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Herstellers versehen sind.<sup>91</sup>

**cc)**

Letztlich ist im Bereich des Arzneimittelrechts noch über eine Entscheidung zu berichten, die festhält, dass die **Bestätigung der europäischen Arzneimittel-Agentur**, dass ihr der beabsichtigte Vertrieb eines in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union in den Verkehr gebrachten, von der Europäischen Kommission unionsweit zugelassenen Arzneimittels in einem anderen Mitgliedsstaat angezeigt wurde, **kein Verwaltungsakt** ist, mit dem die mitgeteilte Kennzeichnung des Arzneimittels gestattet wird.<sup>92</sup> Gleichzeitig wird bestätigt, dass für den Fall des Parallelimports eines in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union zugelassenen Arzneimittels nach Deutschland der Markeninhaber nicht geltend machen kann, er sei in seinem Markenrecht beeinträchtigt, wenn das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) im vereinfachten Verfahren nach § 25 AMG das Inverkehrbringen des Arzneimittels mit vorgegebenen Kennzeichnungen gestattet hat.<sup>93</sup>

**e)**

Der VII. Zivilsenat hat entschieden, dass die Bestimmungen des Anhangs II der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizin-

---

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 ff.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>92</sup> Urteil vom 30. März 2017 – [I ZR 263/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

produkte in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. September 2003 geänderten Fassung i.V.m. ihrem Art. 11 Abs. 1 und 10 sowie Art. 16 Abs. 6 dahin auszulegen sind, dass der **benannten Stelle keine generelle Pflicht obliegt, unangemeldete Inspektionen durchzuführen, Produkte zu prüfen und/oder Geschäftsunterlagen des Herstellers zu sichten.**<sup>94</sup> Mit dieser Maßgabe ist die **Revision** einer Klägerin **zurückgewiesen** worden, die sich im Jahre 2008 in Deutschland **Silikon-Brustimplantate** hatte einsetzen lassen, welche von einem in Frankreich ansässigen Unternehmen, das zwischenzeitlich in Insolvenz gefallen ist, hergestellt worden waren. 2010 hatte die zuständige französische Behörde festgestellt, dass bei der Herstellung der **Brustimplantate entgegen dem Qualitätsstandard minderwertiges Industriesilikon verwendet** worden war. Die Klägerin hatte daraufhin den TÜV-Rheinland auf Schadensersatz in Anspruch genommen und ist mit ihrer in den Vorinstanzen erfolglos gebliebenen Klage auch beim Bundesgerichtshof gescheitert. Insoweit hat der VII. Zivilsenat im Anschluss an ein Vorabentscheidungsersuchen<sup>95</sup> unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH<sup>96</sup> entschieden, dass der TÜV-Rheinland **weder vor dem Inverkehrbringen noch nach dem Inverkehrbringen der Silikon-Brustimplantate seine bestehenden Pflichten verletzt** hat.<sup>97</sup>

f)

In einer **Patentnichtigkeitssache** hat sich der X. Zivilsenat zum **Umfang einer Offenbarung** eines In-vitro-Verfahrens zur Diagnose der Lyme-Borreliose geäußert.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Urteil vom 22. Juni 2017 – [VII ZR 36/14](#) – GesR 2017, 590 ff. = NJW 2017, 2617 ff.

<sup>95</sup> Beschluss vom 09. April 2015 – EuGH – Vorlage vom 09. April 2015 – [VII ZR 36/14](#) – GesR 2015, 373 ff. = MedR 2016, 39 ff. = VersR 2015, 995 ff.

<sup>96</sup> Urteil vom 16. Februar 2017 – C 219/15 – GesR 2017, 249 ff. = MePr 2017, 549 ff. = NJW 2017, 1161 ff. = VersR 2017, 496 ff.

<sup>97</sup> Urteil vom 22. Juni 2017, a.a.O., juris, Rn. 26 ff.

<sup>98</sup> Urteil vom 17. Januar 2017 – [X ZR 11/15](#) – GRUR 2017, 493 ff.; auf die näheren Entscheidungsgründe sei verwiesen.

## 8. Grundzüge des Apothekenrechts

Unter diesem Gliederungspunkt ist über zwei Entscheidungen des I. Zivilsenats zu berichten.

### a)

Das Verbot des **§ 3a HWG** gilt nicht für ein Arzneimittel, welches gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 AMG in den wesentlichen Herstellungsschritten in einer Apotheke in einer Menge bis zu 100 abgabefertigen Packungen an einem Tag im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs hergestellt wird.<sup>99</sup> Mit diesem Ergebnis ist ein langjähriger Rechtsstreit über die **Zulässigkeit des Vertriebs von „H5 Weihrauch“ Weihrauchkapseln als Nahrungsergänzungsmittel** zu Ende gegangen. Der Beklagte, der eine Apotheke betrieb und ebenfalls Weihrauchkapseln herstellt und diese über seine Apotheke unter der Bezeichnung „Weihrauch-Extrakt-Kapseln“ als Arzneimittel vertrieb, ohne im Besitz einer arzneimittelrechtlichen Zulassung zu sein, war von der Klägerin auf Unterlassung in Anspruch genommen worden. Der I. Zivilsenat hatte die Sache daraufhin dem Gerichtshof der Europäischen Union vorgelegt.<sup>100</sup> Im Anschluss an das daraufhin vom EuGH abgesetzte Urteil<sup>101</sup> hat der Bundesgerichtshof nunmehr abschließend entschieden, dass die **Voraussetzungen der Vorschrift des § 3a HWG im Streitfall nicht vorlagen.**<sup>102</sup>

### b)

In einem weiteren Revisionsverfahren sollte einem **Apotheker untersagt** werden, seine **Apotheke unter der Bezeichnung „MediCo Apotheke“ zu betreiben.** Die Klägerin sah in der Verwendung der vorbenannten Bezeichnung eine Verletzung der ihr lizenzierten Marken unter dem Ge-

<sup>99</sup> Urteil vom 09. Februar 2017 – [I ZR 130/13](#) – GRUR 2017, 833 ff. = WRP 2017, 948 ff.  
<sup>100</sup> Beschluss vom 16. April 2015 – [I ZR 130/13](#) – GRUR 2015, 705 ff. = WRP 2015, 863 ff.

<sup>101</sup> EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2016 – C - 276/15 – GRUR 2017, 206 ff. = WRP 2017, 158 ff.

<sup>102</sup> Urteil vom 09. Februar 2017 – [I ZR 130/13](#) – juris, Rn. 13 ff.

sichtspunkt der Verwechslungsgefahr.<sup>103</sup> Während die Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten, hat der Bundesgerichtshof die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden könne, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliege.<sup>104</sup>

## 9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben den II., VI. und VIII. Zivilsenat beschäftigt.

### a)

Der II. Zivilsenat hatte sich mit einem **Wiedereinsetzungsgesuch** zu befassen, **in dem die Fristversäumnis auf eine plötzliche Erkrankung des Prozessbevollmächtigten gestützt worden war.**<sup>105</sup> Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hatte vorgetragen, in der Nacht vor dem Tag des Fristablaufs an einem Brechdurchfall erkrankt zu sein, so dass er am Tage des Fristablaufs gegen 7:30 Uhr einen Kreislaufkollaps erlitten habe. Krankheitsbedingt sei es ihm – was anwaltlich versichert worden war – am Tage des Fristablaufs nicht möglich gewesen, selbst einen Fristverlängerungsantrag zu stellen oder Kontakt mit anderen Anwälten aufzunehmen, um diese damit zu betrauen.<sup>106</sup>

Das so begründete Wiedereinsetzungsgesuch blieb auch beim Bundesgerichtshof ohne Erfolg. Der Verwerfungsbeschluss hält fest, dass das Berufungsgericht die Anforderungen, die an eine Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsgesuchs zu stellen sind, nicht überspannt hat. Die Fra-

<sup>103</sup> Urteil vom 02. März 2017 – [I ZR 30/16](#) – GRUR 2017, 914 ff. = WRP 2017, 1104 ff.

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 42 ff.

<sup>105</sup> Beschluss vom 11. April 2017 – [II ZB 5/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

ge, ob die eine Wiedereinsetzung begründenden **Tatsachen im Sinne von § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO glaubhaft gemacht** sind, bestimmt sich nach den zu § 294 ZPO entwickelten Grundsätzen.<sup>107</sup> Danach **genügt ein geringer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung. An die Stelle des Vollbeweises tritt eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung.** Wenngleich auch grundsätzlich von der Richtigkeit eines anwaltlich versicherten Vorbringens in einem Wiedereinsetzungsantrag ausgegangen werden müsse, **gelte dies aber dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend anzusehen.**<sup>108</sup> So liege es im vorliegenden Fall, in dem letztlich keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass der Prozessbevollmächtigte am Tage des Fristablaufes aufgrund seiner Erkrankung wirklich keine Möglichkeit gehabt habe, ein Fristverlängerungsversuch zu veranlassen.<sup>109</sup>

**b)**

Ein Rechtsmittelführer, der **innerhalb der Rechtsmittelfrist die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt** und ein wegen bestehenden Anwaltszwangs unzulässiges persönliches Rechtsmittel eingelegt hat, ist **bis zur Entscheidung über seinen Antrag als unverschuldet verhindert** anzusehen, das **Rechtsmittel wirksam einzulegen, wenn er nach den gegebenen Umständen vernünftiger Weise nicht mit der Ablehnung seines Antrags wegen fehlender Bedürftigkeit rechnen musste.**<sup>110</sup> Mit dieser Begründung hat der VI. Zivilsenat eine Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben, mit der eine Berufung unter gleichzeitiger Zurückweisung des Prozesskostenhilfeantrags als unzulässig verworfen worden war.

Da die Prozesskostenhilfe beantragende Partei wegen ihrer Prozesskostenhilfebedürftigkeit gehindert war, einen Rechtsanwalt mit ihrer Vertre-

---

<sup>107</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>110</sup> Beschluss vom 14. März 2017 – [VI ZB 36/16](#) – NJW-RR 2017, 895 f. = VersR 2017, 1035.

tung im Berufungsverfahren zu beauftragen, muss ihr, wenn sie nach den gegebenen Umständen nicht mit Ablehnung ihres Antrags wegen fehlender Bedürftigkeit rechnen musste, **nach Entscheidung über die Prozesskostenhilfe auf entsprechenden Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gewährt werden. Von daher hätte das Berufungsgericht zunächst über das Prozesskostenhilfegesuch gesondert entscheiden müssen, um so der Partei Gelegenheit zu geben, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen, falls sie beabsichtigt, das Berufungsverfahren – im Falle der Versagung von Prozesskostenhilfe auf eigene Kosten – durchzuführen.<sup>111</sup>

c)

Den Prozessbevollmächtigten trifft **kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist**, wenn er seine bisher **zuverlässige Angestellte** mittels einer auf den Schriftsatz vermerkten **Anweisung** dazu anhält, die **falsche Bezeichnung des Berufungsgerichts zu korrigieren**, und er die Berufungsschrift vor der von ihm für erforderlich gehaltenen Korrektur unterzeichnet hat.<sup>112</sup> Zu der **gemäß § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO erforderlichen Angabe** der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen im Wiedereinsetzungsantrag gehört in diesen Fällen allerdings **zwingend der Vortrag zur bisherigen Zuverlässigkeit der Kanzleiangestellten**, der die Einzelweisung erteilt worden war, da andernfalls ein Vertrauen des Rechtsanwalts auf die Befolgung der Weisung nicht gerechtfertigt wäre. Dabei sind die Gründe, aus denen die Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, dazustellen; **floskelhafte Bemerkungen genügen den Anforderungen des § 236 Abs. 2 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht.**<sup>113</sup>

Im vom Berufungsgericht zu entscheidenden Fall war es so, dass im Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin die notwendigen **Angaben** zur Zuverlässigkeit der eingeschalteten Angestellten, der die Weisung zur Korrektur

---

<sup>111</sup> a.a.O. juris, Rn. 6.

<sup>112</sup> Beschluss vom 25. April 2017 – [VI ZB 45/16](#) – NJW-RR 2017, 956 f. = MDR 2017, 782 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

des Schriftsatzes hinsichtlich des anzuschreibenden Gerichts erteilt worden war, **vollständig fehlten**. Deshalb konnte dem Wiedereinsetzungsgesuch nicht stattgegeben werden, wobei das Berufungsgericht nicht verpflichtet war, vor Ablehnung der Wiedereinsetzung auf die nicht ausreichenden Gründe des Wiedereinsetzungsgesuchs hinzuweisen. Eine Hinweispflicht besteht nämlich nur bezogen auf erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben.<sup>114</sup> Nur solche Angaben dürfen auch noch nach Ablauf der Antragsfrist des § 234 Abs. 1 ZPO erläutert oder vervollständigt werden.

**d)**

Der VIII. Zivilsenat hatte im Zusammenhang mit einer Stufenklage auf Schadensersatz wegen der Abwerbung von Privatpatienten im Zusammenhang mit einer Praxisübertragung über ein **Wiedereinsetzungsgesuch** zu entscheiden.<sup>115</sup> Die gegen die Versagung der Wiedereinsetzung geführte Rechtsbeschwerde hatte Erfolg. Denn die **nicht rechtzeitige Begründung der Berufung war allein darauf zurückzuführen, dass die Kanzleiangestellte, was sich die Klägerin nicht zurechnen lassen musste, versehentlich das im Handaktenbogen vermerkte Ende der Berufungsbegründungsfrist nicht in den Fristenkalender eingetragen hatte** und den Prozessbevollmächtigten der Klägerinnen die Akte daher nicht rechtzeitig vor dem Ende der Begründungsfrist (erneut) vorgelegt worden war.<sup>116</sup>

Die Sorgfaltspflicht in Fristensachen verlangt von einem Rechtsanwalt, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. Dabei erstreckt sich die Pflicht zur Prüfung der zu beachtenden Fristen auch darauf, ob das (zutreffend errechnete) **Fristende im Fristenkalender notiert** worden ist. Insoweit **kann sich der Rechtsanwalt jedoch** – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – **grund-**

---

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>115</sup> Beschluss vom 09. Mai 2017 – [VIII ZB 5/16](#) – NJW-RR 2017, 953 ff.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

**sätzlich auf die Prüfung des Erledigungsvermerkes in der Handakte beschränken.**<sup>117</sup> Ist die Erledigung der Eintragung im Fristenkalender ordnungsgemäß in der Handakte vermerkt und drängen sich an der Richtigkeit insoweit keine Zweifel auf, braucht der Rechtsanwalt **nicht noch zusätzlich zu prüfen, ob das Fristende auch tatsächlich im Fristenkalender eingetragen ist.** Andernfalls würde die Einschaltung von Bürokräften in die Fristenüberwachung weitgehend sinnlos, die jedoch aus organisatorischen Gründen erforderlich und deshalb zulässig ist.<sup>118</sup>

e)

**Der Rechtsanwalt darf regelmäßig erwarten, dass seinem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist entsprochen wird, wenn er einen erheblichen Grund – hier: Arbeitsüberlastung des sachbearbeitenden Prozessbevollmächtigten wegen vorrangiger Fristsachen – vorträgt.**<sup>119</sup> In derartigen Fällen besteht grundsätzlich keine Verpflichtung der Prozessbevollmächtigten, sich innerhalb des Laufs der Berufungsbegründungsfrist beim Gericht zu erkundigen, ob der Verlängerungsantrag rechtzeitig eingegangen ist und ob ihm stattgegeben wurde.<sup>120</sup>

**Zu einer wirksamen Fristenkontrolle gehört allerdings die Anordnung, dass die Erledigung von fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags durch eine dazu beauftragte Bürokräft anhand des Fristenkalenders nochmals selbständig geprüft wird.** Dabei ist, ggf. anhand der Akten, auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.  
Beschluss vom 30. Mai 2017 – [VI ZB 54/16](#) – MDR 2017, 837 ff. = VersR 2017, 1166 ff.;  
an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

Da diese Anforderungen im vorliegenden Fall nicht glaubhaft gemacht worden waren, hat das Berufungsgericht dem Antrag auf Wiedereinsetzung zu Recht nicht stattgegeben.<sup>122</sup>

f)

Auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit des Streitgegenstandes darf ein **Teilurteil (§ 301 ZPO) nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist.**<sup>123</sup> Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht in weiterem Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Das gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden.<sup>124</sup>

Eine solche **Gefahr besteht bei einer Mehrheit selbständiger prozessualer Ansprüche, wenn** zwischen den prozessual selbständigen Ansprüchen eine **materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche** prozessual in einem **Abhängigkeitsverhältnis** gestellt sind.

Im konkreten Fall hat das Berufungsgericht der anhängigen Arzthaftungsklage teilweise stattgegeben und der Klägerin – insoweit unter Klageabweisung im Übrigen – ein Schmerzensgeld von 15.000,00 € zugesprochen sowie die Ersatzpflicht der Beklagten für alle zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden festgestellt. Der (bereits entstandene) materielle Schaden und die Nebenforderungen wurden demgegenüber nicht abschließend beschieden.<sup>125</sup> Von daher bestand bei einer späteren Aufnahme des noch beim Berufungsgericht anhängigen Teils des Rechtsstreits

---

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

<sup>123</sup> Urteil vom 11. April 2017 – [VI ZR 576/15](#) – GesR 2017, 582 ff. = VersR 217, 888 f. = ZMGR 2017, 242 ff.

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

(Anspruch auf Ersatz des bereits entstandenen materiellen Schadens und auch Ersatz der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten) die Gefahr einer widersprüchlichen Entscheidung.<sup>126</sup>

Diese Gefahr wurde auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht seine Entscheidung als „Grund- und Teilurteil“ bezeichnet hatte. Tatsächlich war indes **keine Grundentscheidung über den noch ausstehenden Teil getroffen** worden und ergab sich aus den Entscheidungsgründen gerade nicht, dass auch bereits entstandene Schäden dem Grunde nach berechtigt waren.<sup>127</sup>

Karlsruhe, den 11. Oktober 2017



Dr. Siegfried Mennemeyer  
auch Fachanwalt für Medizinrecht

---

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.  
<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.