

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 2. Halbjahr 2016**

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

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2016 betreffenden Übersichten<sup>2</sup> fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2016 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der Krankenversicherungen, das Krankenhausrecht sowie über Sachverhalte aus den Bereichen des Berufsrechts einschließlich des Vertrags- und Gesellschaftsrechts bzw. 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 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 2016 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten 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 III. Zivilsenats zu berichten ist.

### a)

So hat der III. Zivilsenat in einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Urteil<sup>4</sup> entschieden, dass der **Notarzt im Rettungsdienst in Thüringen ein öffentliches Amt ausübt**.<sup>5</sup> Soweit der Bundesgerichtshof in seiner älteren Rechtsprechung<sup>6</sup> angenommen hatte, dass die Tätigkeit des Notarztes im Verhältnis zum Notfallpatienten auch dann auf einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis gründet, wenn in dem betreffenden Bundesland der Rettungsdienst öffentlich-rechtlich organisiert ist, beruhte diese Rechtsprechung auf einer mittlerweile – jedenfalls für das Land Thüringen – überholten Gesetzeslage und steht daher der Bewertung der Tätigkeit des Notarztes als Ausübung eines öffentlichen Amtes nicht entgegen.<sup>7</sup>

**Für die Fehler des Notarztes bei einem Rettungseinsatz haftet im konkreten Fall deshalb nicht der zunächst verklagte Landkreis, sondern die Kassenärztliche Vereinigung Thüringen.**<sup>8</sup>

### b)

Mit der **Abgrenzung von durchgangsarztlicher und nicht durchgangsarztlicher Heilbehandlung** befassen sich zwei Revisionsentscheidungen des VI. Zivilsenats.

---

<sup>4</sup> Urteil vom 12. Januar 2017 – [III ZR 312/16](#) – an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>6</sup> vgl. etwa Beschluss vom 26. Oktober 1989 – III ZR 99/88 – juris, Rn. 3 ff.

<sup>7</sup> Urteil vom 12. Januar 2017 – [III ZR 312/16](#) – juris, Rn. 11.

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

**aa)**

In einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Urteil<sup>9</sup> war der Kläger nach einem **Arbeitsunfall** in ein Krankenhaus eingeliefert worden. Die Behandlung in der Ambulanz erfolgte durch eine Ärztin, durch die sich der Beklagte in seiner **Funktion als Durchgangsarzt** (künftig: D-Arzt) vertreten ließ, ohne dass diese Ärztin allerdings zur ständigen Vertreterin des Beklagten (D-Arzt) bestellt war. Die Ärztin untersuchte den Kläger und **übersah eine Fraktur LWK-I mit Hinterkantenbeteiligung**. Stattdessen erstellte sie nach Fertigung von Röntgenaufnahmen die Erstdiagnose „Prellung BWS“ und verordnete neben Voltaren und Pantozol die Prellung zu kühlen und zu schonen. Ansonsten wurde der Kläger als „arbeitsfähig“ erachtet. Eine Nachschau sollte gut zehn Tage später erfolgen, sofern dann noch Arbeitsunfähigkeit oder Behandlungsbedürftigkeit vorliegen sollte, bei Verschlimmerung sofort.<sup>10</sup>

Der Kläger hatte den Beklagten als Chefarzt des Krankenhauses und D-Arzt wegen Diagnosefehlers in Anspruch genommen. Sein Anliegen war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Dies galt auch für seine vom VI. Zivilsenat zurückgewiesene Revision.

Insbesondere im Schrifttum ist **heillos umstritten, wie Diagnose- oder Befunderhebungsfehler des D-Arzt im Rahmen der Eingangsuntersuchung zu beurteilen sind. Teilweise** wird die Auffassung vertreten, der **Arzt** hafte für Fehler bei der Untersuchung zur Diagnosestellung und bei der Diagnosestellung stets **persönlich**.<sup>11</sup> **Demgegenüber** vertreten **andere** die Auffassung, hinsichtlich eines Fehlers bei der durchgangsarztlichen Eingangsuntersuchung zur Diagnosestellung sowie der Diagnosestellung selbst habe die **Berufsgenossenschaft** einzustehen.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Urteil vom 29. November 2016 – [VI ZR 208/15](#) – GesR 2017, 90 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 2.

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

Der Bundesgerichtshof hat sich der letzten Auffassung angeschlossen.<sup>13</sup> Wegen des regelmäßig gegebenen **inneren Zusammenhangs mit der Diagnosestellung und der sie vorbereitenden Maßnahmen** mit der Entscheidung über die richtige Heilbehandlung sind entsprechende **Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des D-Arztes zuzuordnen** mit der Folge, dass die **Unfallversicherungsträger** für etwaige Fehler in diesem Bereich **haften**.<sup>14</sup> Dies gilt insbesondere für den Bereich der **Erstversorgung** durch den D-Arzt, welche der **Ausübung eines öffentlichen Amtes zuzurechnen** ist.<sup>15</sup> Die Betrachtung der von dem D-Arzt zu treffenden **Maßnahmen als einheitlicher Lebensvorgang** soll die bestehenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Passivlegitimation vermeiden, zumal der D-Arzt in dem hier interessierenden Durchgangsarztbericht selbst die „Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)“ dokumentiert hatte.<sup>16</sup>

**bb)**

Dass die vom Durchgangsarzt zu treffende **Entscheidung, ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist**, als **hoheitlich** im Sinne von Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB zu qualifizieren ist, hat der VI. Zivilsenat auch noch in einer weiteren Entscheidung betont.<sup>17</sup>

Die Klägerin war bei ihrer Arbeit als Krankenpflegerin auf feuchtem Untergrund ausgerutscht und hatte sich dabei am linken Bein im Adduktorenbereich verletzt. Wegen starker Schmerzen hatte sie sich in die Notaufnahme der von der Beklagten zu 4 betriebenen Klinik begeben und sich dort in der **durchgangsärztlichen Sprechstunde** des Chefarztes, des Beklagten zu 3, vorgestellt, wo sie vom Beklagten zu 1, durch den sich der Beklagte zu 3 vertreten ließ, untersucht wurde. Der Beklagte zu 1 gab im

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, so etwa Urteil vom 09. Dezember 1974 – III ZR 131/72 – BGHZ 63, 265 ff. = NJW 1975, 589 ff. = VersR 1974, 283 ff.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>17</sup> Urteil vom 20. Dezember 2016 – [VI ZR 395/15](#) – veröffentlicht nur bei juris mit Anm. Dahm, juris PR-SozR 5/2017 Anm. 2; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Durchgangsbericht als Erstdiagnose „Muskelzerrung rechter Oberschenkel“ an. Unter „Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)“ hieß es: „Beratung, bei Bedarf Ibuhexal 600“. Im weiteren Verlauf stellte sich die Klägerin erneut im Hause der Beklagten zu 4 vor und wurde dort vom Beklagten zu 2 untersucht. Der Beklagte zu 2, der an diesem Tag als D-Arzt in der Notaufnahme tätig war, stellte die Diagnose „Zerrung“ und verordnete Ibuhexal 600. Tatsächlich stellte sich in der Folgezeit heraus, dass die Notwendigkeit einer operativen Revision bestand, da am Sitzbein ein Abriss der Sehnenstruktur im Adduktorenbereich und der Abriss zweier Muskelgruppen vorlagen. Die Klägerin wirft den beklagten Ärzten vor, **bei der Untersuchung nach dem Arbeitsunfall unterlassen** zu haben, die notwendigen und **erforderlichen Befunde zu erheben und die gebotene Indikation zur Operation zu stellen.**

Das Landgericht hatte die Klage gegen die Beklagten zu 1 und 2 durch Teilurteil abgewiesen, weil sie als Durchgangsarzte in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden und deshalb nicht passivlegitimiert seien. Auf die Berufung der Klägerin hatte das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Die Beklagten hätten nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt.

Der Bundesgerichtshof hat unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen und festgestellt, dass der Beklagte zu 1 vorliegend **in der Funktion als Durchgangsarzt und damit in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden** ist.<sup>18</sup> Er hat in diesem Zusammenhang nochmals wiederholt, dass die vom Durchgangsarzt im Rahmen der Eingangsuntersuchung vorgenommene Untersuchungen zur Diagnosestel-

---

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

lung und die anschließende Diagnosestellung als **hoheitlich** im Sinne von Art. 34 Satz 1 GG; § 839 BGB zu qualifizieren sind.<sup>19</sup>

c)

Um **Haftungsfolgen einer wahlärztlichen Behandlung** ging es in einem weiteren Revisionsverfahren.<sup>20</sup> Eine chirurgische **Handoperation** war **nicht vom Chefarzt, sondern von dessen Oberarzt vorgenommen** worden, **ohne dass** der **Patient** zuvor in eine Operation durch den stellvertretenden Oberarzt **eingewilligt hatte**. Die Beklagten hatten den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erhoben und vorgetragen, der Eingriff wäre in seiner konkreten Ausführung nicht anders verlaufen, wenn ihn der Chefarzt vorgenommen hätte. Das Berufungsgericht hatte die Klageabweisung durch das Landgericht bestätigt. Dies hielt einer Kontrolle durch den Bundesgerichtshof nicht stand.

Der **Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens**, der darauf zielte, der Patient sei mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen Operateur einverstanden gewesen, war **nicht erheblich, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses** bei ärztlichen Eingriffen **widersprach** (§ 823 Abs. 1 BGB).<sup>21</sup> Die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten, d.h. der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Dabei muss allerdings der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist.<sup>22</sup>

Die Rechtsprechung leitet das Erfordernis der Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn.12 mit Hinweis auf Urteil vom 29. November 2016 – [VI ZR 208/15](#) – juris, Rn. 18 ff.

<sup>20</sup> Urteil vom 19. Juli 2016 – [VI ZR 75/15](#) – NJW 2016, 3523 ff. = MedR 2017, 132 ff. = ZMGR 2016, 365 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

Integrität aus dem Recht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausfluss der Rechts auf Menschenwürde (Art. 1 GG) her. Vor diesem Hintergrund kann sich der **Arzt, der ohne eine auf seine Person bezogene Einwilligung des Patienten operiert hat, nicht darauf berufen, dass der Patient** mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen – zumal besser qualifizierten – Operateur **einverstanden gewesen sei**. Könnte er sich mit diesem Einwand einer Haftung entziehen, bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten sanktionslos.<sup>23</sup>

**d)**

Über das **Erfordernis der nochmaligen Aufklärung der Schwangeren über die Möglichkeit der Schnittentbindung bei nachträglicher Veränderung des Nutzen-Risiko-Verhältnisses der verschiedenen Geburtswege** verhält sich eine Wiedereinsetzungs- und Nichtzulassungsbeschwerdeentscheidung des Bundesgerichtshofes.<sup>24</sup>

Nach einem vorzeitigen Blasensprung in den frühen Morgenstunden des 09. Februar 2005 waren die wehenhemmenden Mittel abgesetzt und die Mutter des Klägers unter fortlaufender CTG-Registrierung an einen Wehentropf angeschlossen worden. Ab 15:50 Uhr verzeichnete das CTG einen zunehmenden auffälligen Verlauf der fetalen Herzfrequenz. Ab etwa 16.25 Uhr zeichnet das CTG ein pathologisches Muster. Um 16.42 Uhr fassten die behandelnden Ärzte den Entschluss zur Notsectio. Der Kläger wurde um 16.59 Uhr geboren und musste reanimiert werden. Bis zum 18. Februar 2005 wurde er beatmet. Wegen verschiedener subarachnoidaler und epikranieller Blutungen, akuten Nierenversagens, Leberinfarkts, Cholestase bei Leberinfarkt und Hämolyse sowie akuter Blutungsanämie und cerebralen Krampfanfällen ist der Kläger schwerstbehindert.

---

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

<sup>24</sup> Urteil vom 13. September 2016 – [VI ZR 239/16](#) – GesR 2016, 790 f. = NJW RR 2016, 1359 f. = VersR 2017, 43 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Im Instanzenzug hatte der VI. Zivilsenat bereits eine Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben.<sup>25</sup>

Nach Fortführung des Rechtsstreits in zweiter Instanz hatte das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil auf die Berufung der Beklagten und die Klage abgewiesen. Hiergegen konnte die Nichtzulassungsbeschwerde mit Erfolg einwenden, dass sich die **Entscheidungsgrundlage für die Beurteilung der Frage, ob eine Sectio oder eine vaginale Entbindung durchgeführt werden sollte, entgegen der Annahme des Oberlandesgerichtes entscheidend verändert hatte**. Konkret beruhte die daraufhin ausgesprochene erneute Aufhebung und Zurückverweisung darauf, dass das Berufungsgericht wesentliche, dem Kläger günstige Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen unberücksichtigt gelassen hatte.<sup>26</sup>

e)

Durch Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO hat der Bundesgerichtshof ein Berufungsurteil wegen **Gehörsverletzung** aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.<sup>27</sup> Die Klägerin war im Krankenhaus an der Schulter operiert worden. Sie hatte vorgetragen, dass sich aufgrund der Operation in der Folge eine vollständige Einsteifung des linken Schultergelenkes entwickelt hatte. Landgericht und Oberlandesgericht hatten das Begehren der Klägerin zurückgewiesen. Soweit Behandlungsfehler geltend gemacht worden waren, hatten die Vordergerichte festgestellt, die Operationsindikation habe bestanden und auch der Facharztstandard sei eingehalten worden.<sup>28</sup> Dieses Behandlungsgeschehen wurde von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen, allerdings eine fehlerhafte Abweisung im Hinblick auf die von der Klägerin in den Vorinstanzen geltend gemachten **Aufklärungsversäumnisse** angeführt.

<sup>25</sup> Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 – [VI ZR 125/13](#) – GesR 2015, 160 ff. = MedR 2015, 721 ff. = NJW-RR 2015, 591 ff. = VersR 2015, 579 ff. = ZMGR 2015, 102 ff.; vgl. zu dieser Entscheidung unseren Newsletter aus dem 2. Halbjahr 2014 (dort unter I. d)).

<sup>26</sup> Urteil vom 13. September 2016 – [VI ZR 239/16](#) – juris, Rn. 6 ff.

<sup>27</sup> Beschluss vom 20. September 2016 – [VI ZR 432/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 1.



Konkret war beanstandet worden, dass **im Zusammenhang mit der streitigen Aufklärung nicht das gesamte Beweisanerbieten der Klägerin Berücksichtigung gefunden** hatte. So war eine **Zeugenvernehmung** des Ehemanns der Klägerin zu Inhalt und Umfang der Aufklärung **unterblieben**.<sup>29</sup>

Nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats liegt die **Primärschädigung bei fehlerhafter Aufklärung** bei einer Operation **bereits in dem** mangels wirksamer Einwilligung per se **rechtswidrigen Eingriff** als solchem. Im Hinblick darauf hatte die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht geltend gemacht, dass das Berufungsgericht ausweislich seines protokollierten Hinweises in der mündlichen Verhandlung rechtsfehlerhaft auf das **Beweismaß des § 286 Abs. 1 ZPO** abgestellt hatte, obgleich die Kausalität für den behaupteten Gesundheitsschaden nach dem Beweismaß des **§ 287 Abs. 1 ZPO** hätte beurteilt werden müssen.<sup>30</sup> Nach den bisherigen Ausführungen des Sachverständigen war nämlich nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Anwendung des Beweismaßstabs des § 287 Abs. 1 ZPO, evtl. nach weiteren Erörterungen mit dem Sachverständigen, die Kausalität bejaht hätte. Dann hätte es den Ehemann der Klägerin als Zeugen vernehmen müssen, um zu klären, ob eine Aufklärungspflichtverletzung vorgelegen hat.<sup>31</sup>

f)

Über das einem ärztlichen Eingriff spezifisch anhaftenden **Risiko der Lähmung des Beines oder Fußes**, welches bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet, **ist der Patient aufzuklären**.<sup>32</sup> Nach ständiger Rechtsprechung muss der Patient nur „**im Großen und Ganzen**“ über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt

---

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 4.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>32</sup> Urteil vom 11. Oktober 2016 – [VI ZR 462/15](#) – MDR 2017, 29 = VersR 2017, 100 f. sowie die Anmerkung von Hofmann, jurisPR-MedizinR 2/2017 Anm. 3; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

werden. Dem Patienten muss eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern.

Im streitgegenständlichen Fall hatte der Kläger eingewandt, der im Rahmen der Aufklärung verwendete Begriff **Lähmung** impliziere nicht die Gefahr einer dauerhaften Lähmung. Der Begriff sei vielmehr einschränkend dahin zu verstehen, dass er nur vorübergehende Lähmungszustände erfasse. Da aber eine dauerhafte Lähmung eingetreten sei, fehlte es an einer ordnungsgemäßen Aufklärung.

Dieser Argumentation ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.<sup>33</sup> Der VI. Zivilsenat hatte bereits in einer älteren Entscheidung ausgeführt, dass beispielsweise bei Schluckimpfungen gegen Kinderlähmung der Hinweis auf das Risiko von „Lähmungen“ auch das Risiko der Kinderlähmung sowie eine Lähmung aufgrund des Guillain-Barré-Syndroms erfasst.<sup>34</sup> **Ohne Vorliegen besonderer Umstände** gibt es grundsätzlich **keinen Grund für die Annahme, der Begriff „Lähmung“** impliziere nicht die Gefahr einer dauerhaften Lähmung, sondern **sei einschränkend dahin zu verstehen, dass er nur vorübergehende Lähmungszustände erfasse.**<sup>35</sup> Damit, dass der Patient einer solchen Fehlvorstellung unterliegt, muss – bei fehlenden entsprechenden Anhaltspunkten – der aufklärende Arzt nicht rechnen. Will der Patient Einzelheiten über Art und Größe des Lähmungsrisikos wissen, kann er diese erfragen.<sup>36</sup>

#### g)

Um Ansprüche auf Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz und Feststellung wegen behaupteter Aufklärungs- und Behandlungsfehler ging es auch in einem weiteren Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.<sup>37</sup> Die Klägerin hatte sich im Klinikum der Beklagten zu 1 wegen eines Band-

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>34</sup> Urteil vom 15. Februar 2000 – [VI ZR 48/99](#) – juris, Rn. 11.

<sup>35</sup> Urteil vom 11. Oktober 2016 – [VI ZR 462/15](#) – juris, Rn. 12.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>37</sup> Beschluss vom 26. Juli 2016 – [VI ZR 611/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

scheibenvorfalls im Segment HW 6/7 einer von dem Beklagten zu 2 durchgeführten Operation unterzogen, bei der der Beklagte zu 3 attestierte. Wegen zunehmender Atembeschwerden stellte sich die Klägerin erneut bei der Beklagten zu 1 vor. Nach einem Aufklärungsgespräch mit dem Beklagten zu 4 entfernte dieser einen dislozierten Knochenzementdübel und nahm eine vertikale Spondylodese HW 6/7 mittels eines Beckenkammspans und einer Verplattung vor, wobei der Beklagte zu 5 attestierte. Dabei kamen die kaudalen Schrauben im Bereich des Zwischenwirbelraumes zu liegen.

Landgericht und Berufungsgericht hatten dem Schadensersatzbegehren der Klägerin nicht stattgegeben. Die Nichtzulassungsbeschwerde führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Dies beruhte darauf, dass das Berufungsgericht dem Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung zu der fehlenden Vorlage und Berücksichtigung eines Röntgenbildes nicht nachgegangen war. Die Annahme des Berufungsgerichts, einer weiteren Sachaufklärung im Hinblick auf diese Röntgenaufnahme bedürfe es nicht, weil ohnehin unstrittig sei, dass die kaudalen Schrauben nach der Operation im Zwischenwirbelraum HW 7/BW 1 und damit anders als angestrebt gelegen hätten, verletzte die Klägerin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör.<sup>38</sup>

#### **h)**

Dass **Art. 103 Abs. 1 GG** die Gerichte verpflichtet, die Ausführung der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, hat der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung betont.<sup>39</sup>

Da das Berufungsgericht dieser Verpflichtung nicht nachgekommen war, hatte eine weitere Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg.<sup>40</sup> In der Sache ging

---

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>39</sup> Beschluss vom 27. September 2016 – [VI ZR 565/15](#) – juris, Rn. 6; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

es um eine Klage auf Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz und Feststellung wegen behaupteter **Diagnose- und Befunderhebungsfehler**. Der Kläger hatte sich **wegen starker Bauchschmerzen und Übelkeit in der Praxis der Beklagten, seiner Hausärztin, vorgestellt. Ob der Kläger dabei auch über Durchfall geklagt hatte, war zwischen den Parteien streitig**. Die Beklagte diagnostizierte eine Magen-Darm-Infektion (Gastroenteritis). Sie verordnete Magentropfen und schrieb den Kläger für eine Woche krank. Zwei Tage später wurde der Kläger wegen akuten Abdomens in eine Klinik eingeliefert, wo er noch am selben Tage operiert werden musste.

Der Kläger hatte der Beklagten vorgeworfen, fehlerhaft eine Gastroenteritis diagnostiziert und weitere Untersuchungen unterlassen zu haben. Die Nichtzulassungsbeschwerde führte zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, da das Berufungsgericht dem angebotenen **Zeugenbeweis auf Vernehmung der** den Kläger am 22. Februar 2012 behandelnden **Kliniker zu dem Inhalt des dortigen Anamnesegesprächs nicht nachgegangen war**. Konkret ging es darum, ob in diesem Anamnesegespräch angegeben worden war, dass der Kläger schon seit einigen Tagen unter Durchfall litt. Insoweit lagen zwei unterschiedliche Versionen eines Arztberichtes vor, wobei der Kläger nach seinen eigenen Angaben selbst keine Erinnerung mehr an das Erstaufnahmegespräch hatte. Er hatte jedoch unter das Zeugnis der erstaufnehmenden Ärzte gestellt, dass von Anfang an auf bestehenden Durchfall hingewiesen worden war. Dem dahingehenden Zeugenbeweis war das Berufungsgericht nicht nachgegangen. Dies hat der VI. Zivilsenat nicht durchgehen lassen.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 4.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

**i)**

Um das Vorliegen eines Gehörsverstoßes in einem Arzthaftungsprozess ging es um einen weiteren Beschluss des VI. Zivilsenats.<sup>42</sup> Bei einer operativen **Krampfaderentfernung** war es zu einer **Schädigung des Nervus Peroneus** gekommen. Das Berufungsgericht hatte auf der Basis des medizinischen Sachverständigengutachtens eine Nervdurchtrennung ausgeschlossen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte zutreffend als Gehörsverstoß beanstandet, dass der Vortrag der Klägerin, vom Ausschluss einer – behandlungsfehlerhaften – **vollständigen** Durchtrennung des Nervs dürfe nicht darauf geschlossen werden, dass nur eine – dann nicht behandlungsfehlerhafte – Druckschädigung des Nervs vorliege, weil in Betracht komme, dass der Nerv **teilweise** durchtrennt worden sei, was dann auch als behandlungsfehlerhaft anzusehen sei.<sup>43</sup>

**j)**

Mit der **sekundären Darlegungslast des Krankenhausträgers bei behaupteten Hygieneverstößen** befasst sich eine weitere grundlegende Nichtzulassungsbeschwerdeentscheidung des VI. Zivilsenats.<sup>44</sup>

Der Kläger ist im Zusammenhang mit der Behandlung eines sog. „Tennisarms“ in das beklagte Krankenhaus überwiesen worden. Nach einer dort durchgeführten Operation ergab ein im Bereich des anschließend angeschwollenen rechten Ellenbogengelenks vorgenommener Abstrich, dass die Wunde mit dem *Staphylococcus aureus* infiziert war, der multisensibel auf Antibiotika reagierte. Der Kläger hatte geltend gemacht, dass die Infektion auf einen Verstoß gegen Hygienestandards im Krankenhaus zurückzuführen sei.

---

<sup>42</sup> Beschluss vom 08. November 2016 – [VI ZR 512/15](#) – VersR 2017, 316 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>44</sup> Beschluss vom 16. August 2016 – [VI ZR 634/15](#) – GesR 2016, 701 ff. = NJW-RR 2016, 1360 ff. = ZMGR 2016, 363 ff.

Soweit sich sein Rechtsmittel gegen die Annahme des Berufungsgerichts gewandt hatte, er – der Kläger – müsse einen von der Beklagten zu verantwortenden Hygienefehler beweisen, da kein Raum für eine Beweislastumkehr war, hat der Bundesgerichtshof dies bestätigt und ausgesprochen, dass eine Beweislastumkehr nur für Risiken in Betracht kommt, welche von der Behandlerseite **voll beherrscht** werden können.<sup>45</sup> Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts stand aber nicht fest, wo und wann der Kläger sich infiziert hatte. Es war gleichermaßen möglich, dass der Kläger selbst Träger des Keims war und dieser in die Wunde gewandert war oder der Keim durch einen Besucher übertragen wurde.

Die Nichtzulassungsbeschwerde wandte sich aber mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe **einen Verstoß gegen Hygienestandards nicht bewiesen**.<sup>46</sup> Nach dem zu unterstellenden Sachvortrag des Klägers war er nämlich im Anschluss an die Operation in einem Zimmer neben einem Patienten untergebracht, der unter einer offenen, eiternden und mit einem Keim infizierten Wunde im Kniebereich litt.<sup>47</sup> In diesem Zusammenhang war drittinstanzlich mit Recht beanstandet worden, dass die Feststellung des Berufungsgerichts, der gerichtliche Sachverständige habe keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des von ihm beschriebenen Hygienestandards gefunden, in den Ausführungen des Sachverständigen keine Grundlage fand.<sup>48</sup>

Bei der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass **die Beklagte die sekundäre Darlegungslast** hinsichtlich der Maßnahmen **trifft**, die sie ergriffen hat, um sicherzustellen, dass die vom Sachverständigen als Voraussetzung für ein behandlungsfehlerfreies Vorgehen aufgeführten Hygienebestimmungen eingehalten wurden.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

**k)**

Ansprüche aus **Behandlungsfehlern** können zu anderen Zeiten verjähren als solche aus Aufklärungsversäumnissen.<sup>50</sup> Zwischen den Ansprüchen wegen unzureichender ärztlicher Aufklärung einerseits und wegen fehlerhafter Behandlung andererseits besteht zwar eine Verknüpfung dergestalt, dass es Ziel des Schadensersatzbegehrens des Patienten ist, eine Entschädigung für die beim ihm aufgrund der Behandlung eingetretenen gesundheitlichen Nachteile zu erlangen, doch liegen den Haftungstatbeständen verschiedene voneinander abgrenzbare Pflichtverletzungen zugrunde.<sup>51</sup>

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die **Verjährung gemäß § 203 Satz 1 BGB gehemmt**, bis die eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Dem Abbruch der Verhandlung durch eindeutige Erklärung steht das **Einschlafenlassen der Verhandlungen** gleich, bei dem die Verjährungshemmung zu dem Zeitpunkt endet, zu dem unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben mit dem nächsten Verhandlungsschritt zu rechnen gewesen wäre.<sup>52</sup>

## **2. Recht der privaten Krankenversicherung**

Das private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

---

<sup>50</sup> Urteil vom 08. November 2016 – [VI ZR 594/15](#) – GesR 2017, 94 ff. = NJW 2017, 949 ff. = ZMGR 2017, 43 ff.

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

a)

Mit einer zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Entscheidung<sup>53</sup> hat der IV. Zivilsenat ausgesprochen, dass die **Regelung über die Herabsetzung des Krankentagegeldes und des Versicherungsbeitrages in § 4 Abs. 4 der Musterbedingungen** für die Krankentagegeldversicherung 2009 **wegen Intransparenz unwirksam ist.**<sup>54</sup>

Der **Kläger**, ein selbständiger Ofensetzer- und Fliesenlegermeister, **hatte sich gegen** eine von seinem Krankengeldversicherer vorgenommene **Kürzung seines Krankentagegeldes** von kalendertäglich 100,00 € auf 62,00 € **gewandt**. Mit einer sehr detaillierten Begründung hat der Bundesgerichtshof **§ 4 Abs. 4 MB/KT** als **intransparent** i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB bewertet. Im Einzelnen hat er beanstandet, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer schon nicht mit der gebotenen Klarheit entnehmen kann, welcher Bemessungszeitpunkt und -zeitraum für den nach der Regelung vorzunehmenden Vergleich der Einkommen maßgeblich sein soll<sup>55</sup> und wie sich das nach der Klausel maßgebliche „**Nettoeinkommen**“ **bei beruflich selbständigen Versicherungsnehmern** zusammensetzt.<sup>56</sup>

b)

Darum, ob eine an Schmerzen im Bereich der Hals- und Brustwirbelsäule leidende Versicherungsnehmerin auch die Kosten der zur Linderung der Beschwerden **durch ihre Mutter als Physiotherapeutin erbrachten Leistungen** vom Krankenversicherer erstattet verlangen konnte, rankt sich eine weitere Revisionsentscheidung des IV. Zivilsenats.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Urteil vom 06. Juli 2016 – [IV ZR 44/15](#) – NJW 2017, 388 ff. = VersR 2016, 1177 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 ff.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 36 ff.

<sup>57</sup> Urteil vom 13. Juli 2016 – [IV ZR 292/14](#) – NJW-RR 2016, 1309 ff. = VersR 2016, 1133 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.



Zunächst hielt das Revisionsurteil fest, dass **auch physiotherapeutische Leistungen Behandlungen i.S.d. § 5 Abs. 1 Buchst. g MB/KK 2009** sind.<sup>58</sup>

Dies hat dann allerdings zur Folge, dass **für Behandlungen etwa durch Ehepartner, Kinder oder – wie hier – Eltern eine Einschränkung der Leistungspflicht** bestand. Im Übrigen wird die **Wirksamkeit der Untersuchungsobliegenheitsklausel** des § 9 Abs. 3 MB/KK 2009 bestätigt<sup>59</sup> und ausgesprochen, dass **§ 213 VVG** auf die Gewinnung von Gesundheitsdaten des Versicherten durch eine vom privaten Krankenversicherer veranlasste ärztliche Untersuchung **weder unmittelbar noch analog anwendbar** ist.<sup>60</sup>

**c)**

Ebenfalls um Ansprüche aus einer Krankentagegeldversicherung ging es in einem Beschluss, in dem auf eine beabsichtigte Zurückweisung der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision nach Maßgabe von § 552a Satz 1 ZPO hingewiesen wurde.<sup>61</sup>

Das Berufungsgericht hatte die **Revision** „mit Blick auf das ... Verständnis des **Begriffs der Berufsunfähigkeit in § 15 Ziff. 1 lit. b MB/KT 2008 ...**“ **zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** zugelassen. Der IV. Zivilsenat hält dazu fest, dass der Wortlaut des § 15 Abs. 1 Buchst. b Satz 2 MB/KT 2008 der auf den „**bisher ausgeübten Beruf**“ abstellt, nicht offenlässt, ob darunter der bisherige Beruf in seiner konkreten Ausprägung oder nur ein allgemeines Berufsbild zu verstehen ist. Der **durchschnittliche, um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer versteht unter dem „bisher ausgeübten Beruf“ dasselbe wie unter dem Begriff der „beruflichen Tätigkeit“ i.S.d. § 1 Abs. 3 MB/KT**, d.h. den

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 24

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>61</sup> Beschluss vom 14. Dezember 2016 – [IV ZR 422/15](#) – RuS 2017, 146 ff. = ZfSch 2017, 161 f.

Beruf in seiner konkreten Ausprägung, so wie die versicherte Person ihn zuletzt ausgeübt hat.<sup>62</sup>

d)

Im Nachprüfungsverfahren können bei der Prüfung, ob die versicherte Person eine **andere Tätigkeit ausübt, die aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung ausgeübt werden kann und ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht**, ein höherer Freizeitanteil und Arbeitserleichterungen nicht berücksichtigt werden.<sup>63</sup>

Die Versicherte war ausgebildete Gesundheits- und Krankenpflegerin und in der Vergangenheit als Krankenschwester bei einem ambulanten Pflegedienst mit der Betreuung von pflegebedürftigen Personen in der stationären und ambulanten Pflege beschäftigt. Nachdem die Versicherte mehrere Bandscheibenvorfälle erlitten hatte, waren ihr Leistungen aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung zuerkannt worden. In der weiteren zeitlichen Folge hat die Versicherte eine Beschäftigung mit ausschließlich administrativen und unterstützenden Tätigkeiten ohne körperliche Belastungen bei einem Pflegedienst aufgenommen. Die Parteien streiten darüber, ob die Versicherte auf **die von ihr ausgeübte Tätigkeit als Krankenschwester mit ausschließlich administrativen Tätigkeiten verwiesen** werden kann. Landgericht und Berufungsgericht hatten dies bejaht. Der Bundesgerichtshof hat die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen und dem Berufungsgericht aufgegeben, nochmals zu prüfen, ob die Einkommenseinbuße – ohne Kompensation durch mehr Freizeit und Wegfall besonderer Belastungen – der Versicherten zumutbar ist.<sup>64</sup> Das Berufungsgericht hatte die Lebensstellung der Versicherten nur deshalb als „noch“ gesichert angesehen, weil sie nun durch einen wesentlich höheren Freizeitanteil geprägt werde und besondere Belastungen, wie Nachtarbeit, entfielen. Eine solche **Verrechnung von Freizeit und Arbeitser-**

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>63</sup> Urteil vom 07. Dezember 2016 – [IV ZR 434/15](#) – NJW 2017, 731 ff. = VersR 2017, 147 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

**leichterungen mit der Einkommensdifferenz ist aber mit dem Zweck der Berufsunfähigkeitsversicherung nicht vereinbar.**<sup>65</sup>

**e)**

Steht dem privaten Krankenversicherer im Falle eines **Tarifwechsels der Versicherungsnehmers** nach **§ 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG** das Recht zu, für die **Mehrleistung im Zieltarif einen angemessenen Risikozuschlag zu verlangen**, so darf er **nur für diese Mehrleistung auch eine erneute Gesundheitsprüfung durchführen.**<sup>66</sup>

Steht dem privaten Krankenversicherer im Falle eines Tarifwechsels des Versicherungsnehmers nach § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG das Recht zu, für die Mehrleistung im Zieltarif einen **Leistungsausschluss** zu verlangen, ist **nicht erforderlich**, dass ein **erhöhtes Risiko** auf Seiten des Versicherungsnehmers vorliegt.<sup>67</sup>

**f)**

Die **rückwirkende Einstufung in den Notlagentarif** des § 12h VAG in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung gemäß Art. 7 Satz 2 EGVVG setzt voraus, dass ein **Ruhen der Leistungen** noch bei Inkrafttreten der Regelung am 01. August 2013 vorgelegen hat.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>66</sup> Urteil vom 20. Juli 2016 – [IV ZR 45/16](#) – NJW 2017, 169 f. = VersR 2016, 1108 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>67</sup> Urteil vom 13. April 2016 – [IV ZR 393/15](#) – NJW 2016, 3599 ff. = VersR 2016, 718 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>68</sup> Urteile vom 06. Juli 2016 – [IV ZR 169/15](#) – NJW 2016, 3535 ff. = VersR 2016, 1107 f. sowie – [IV ZR 526/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

### 3. Berufsrecht der Heilberufe

Berufsrechtliche Fragen haben den I. Zivilsenat in einer im Verlauf dieser Berichtsperiode veröffentlichten Entscheidung beschäftigt.<sup>69</sup>

Erbringt ein Unternehmen sowohl an einem Ort in einem Sanitätshaus als auch an einem anderen Ort innerhalb einer von Fachärzten für Orthopädie betriebenen Arztpraxis Leistungen des Orthopädietechnikerhandwerks, stellt die **Raumnutzung in der Arztpraxis keinen Nebenbetrieb i.S.v. § 3 Abs. 1 HwO** dar, **die** bei einem nur unerheblichen Umfang der handwerksmäßigen Tätigkeit **vom Gebot der Meisterpräsenz befreit wäre**. Die Raumnutzung in der Arztpraxis ist vielmehr als Zweig- oder Außenstelle des Hauptbetriebs anzusehen, die dem Gebot der Meisterpräsenz unterliegt, wenn dort wesentliche Tätigkeiten des Orthopädietechnikerhandwerks erbracht werden.<sup>70</sup>

Überlässt ein Arzt einem Unternehmen in seiner Praxis für die Tätigkeit eines Orthopädietechnikers einen Raum und duldet er in der Praxis Schilder, die den Weg zu diesem Raum weisen, spricht er damit **gegenüber seinen Patienten eine Empfehlung aus**, die ihm nach **§ 31 Abs. 2 Bay-BOÄ nicht gestattet** ist.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Urteil vom 16. Juni 2016 – [I ZR 46/15](#) – GesR 2017, 123 ff. = GRUR 2017, 194 ff. = WRP 2017, 64 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

#### 4.

### Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Unter diesem Gliederungspunkt ist über eine Entscheidung des IX. Zivilsenats im Zusammenhang mit der steuerlichen Beratung einer Praxis für Physiotherapie zu berichten.<sup>72</sup> Im Rahmen einer Betriebsprüfung hatte das Finanzamt festgestellt, dass von der zum Betrieb einer Praxis für Physiotherapie gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts Wellnessbehandlungen erbracht wurden, die der Umsatz- und Gewerbesteuer unterlagen. Die Gewerbesteuerpflicht erfasste aufgrund der Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG sämtliche Einnahmen der Klägerin. Die Klägerin warf ihren steuerlichen Beratern deshalb vor, den verursachten Gewerbesteuereschaden sowie angefallene Umsatzsteuer nicht durch eine Ausgliederung des Wellnessbereichs in eine gesonderte Gesellschaft vermieden zu haben.<sup>73</sup> Während die Vorinstanzen dem Klagebegehren im Wesentlichen stattgegebenen hatten, hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass bei den Gesellschafterinnen der Klägerin angefallene Anrechnungsvorteile im Rahmen einer konsolidierten Schadensbetrachtung in die Gesamtbewertung miteinzubeziehen sind.<sup>74</sup>

#### 5.

### Vergütungsrecht der Heilberufe

Mit Fragen des Vergütungsrechts der Heilberufe haben sich der 4. Strafsenat sowie der I. und III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes befasst.

#### a)

Den Vertragsarzt einer Krankenkasse trifft dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB, die ihm zumindest gebie-

---

<sup>72</sup> Urteil vom 08. September 2016 – [IX ZR 255/13](#) – NZG 2017, 177 ff. = ZIP 2017, 287 ff.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

tet, Heilmittel nicht ohne jegliche medizinische Indikation in der Kenntnis zu verordnen, dass die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen.<sup>75</sup>

Der Angeklagte betrieb als Chirurg und Durchgangsarzt eine eigene Praxis und war als sog. „Kassenarzt“ zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. In den Jahren 2005 bis 2008 erstellte er insgesamt 479 Heilmittelverordnungen für physiotherapeutische Leistungen, ohne dass eine medizinische Indikation bestanden hätte. Der 4. Strafsenat hat die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue bestätigt und ausgesprochen, dass dem Angeklagten eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB gegenüber den geschädigten Krankenkassen oblag.<sup>76</sup>

**b)**

Der I. Zivilsenat hat entschieden, dass die Regelungen zur **Zuzahlung gesetzlicher Versicherter bei Hilfsmitteln** in § 33 Abs. 8, § 61 SGB V **keine Marktverhaltensregelungen** i.S.d. § 3a UWG sind.<sup>77</sup>

Die Beklagte handelte im Internet mit medizinischen Hilfsmitteln, insbesondere zur Behandlung von Diabetes. Sie warb damit, dass ihre Kunden keine gesetzliche Zuzahlung entrichten müssten, weil sie diese übernehmen. Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, hatte diese Werbung beanstandet und deren Unterlassung begehrt. Dem hatte das Berufungsgericht stattgegeben, während der Bundesgerichtshof die erstinstanzliche Klageabweisung wiederhergestellt hat.

Nach Auffassung des I. Zivilsenats dienen die gesetzlichen Zuzahlungsregelungen der Kostendämpfung im Gesundheitswesen und nicht dem Schutz der dort tätigen Mitbewerber.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Beschluss vom 16. August 2016 – [4 StR 163/16](#) – GesR 2016, 785 ff. = NJW 2016, 3253 ff. = MedR 2017, 134 ff.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

<sup>77</sup> Urteil vom 01. Dezember 2016 – [I ZR 143/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 21 ff.

Bei der Abgabe von Hilfsmitteln sind Leistungserbringer nach § 33 Abs. 8 SGB V nicht verpflichtet, die Zuzahlung der Versicherten einzuziehen.<sup>79</sup>

**c)**

Ein weiteres vom Wettbewerbssenat entschiedenes Unterlassungsverfahren der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. bezog sich auf die Präsentation von Hörgeräten zum Tragen im Ohr (IdO-Geräte) und zum Tragen hinter dem Ohr (HdO-Geräte) ohne Preisauszeichnung.<sup>80</sup> Das Berufungsgericht hatte im Ergebnis zu Recht angenommen, dass ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.) i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 PAngV nicht bestand, weil die Beklagte mit ihrer beanstandeten Präsentation von Hörgeräten im Schaufenster nicht gegen die in dieser Vorschrift der Preisangabenverordnung vorgesehene Pflicht verstoßen hatte.<sup>81</sup>

**d)**

Fragen im Zusammenhang mit dem Anspruch eines Zahnarztes gegen einen gesetzlichen Versicherten auf Zahlung des Eigenanteils für eine prothetische Versorgung haben den III. Zivilsenat beschäftigt.<sup>82</sup>

Im Ausgangspunkt hatten die Prozessparteien im Rahmen des zustande gekommenen zahnärztlichen Behandlungsvertrages **keine wirksame Honorarvereinbarung** getroffen, da der der Behandlung zugrunde liegende **Heil- und Kostenplan** nicht der Form des § 2 Abs. 3 Satz 1 GOZ genügt und deshalb nach § 125 Satz 1 i.V.m. § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB **nichtig** war.<sup>83</sup> Die **Berufung des Patienten auf die Formunwirksamkeit** des Heil- und Kostenplanes **verstieß** jedoch **gegen Treu und Glauben** (§ 242

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 44 ff.

<sup>80</sup> Urteil vom 10. November 2016 – [I ZR 29/15](#) – GRUR 2017, 286 ff. = WRP 2017, 296 ff.

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

<sup>82</sup> Urteil vom 03. November 2016 – [III ZR 286/15](#) – GesR 2017, 104 ff. = ZMGR 2017, 68 ff.

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 f.

BGB).<sup>84</sup> Zwar dürfen Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitsgründen außer Acht gelassen werden. Vorliegend lag jedoch die Ausnahme einer besonders schweren Treuepflichtverletzung der Patientin vor, denn nach den getroffenen Feststellungen hatte sich die über die geplanten Leistungen und die voraussichtlich entstehenden Kosten umfassend aufgeklärte Patientin bewusst für die teurere, über das zahnmedizinisch notwendige Maß hinausgehende Behandlungsalternative entschieden und sich erstmals nach Abschluss der Behandlung, nachdem sie sämtliche Vorteile aus der zahnärztlichen Versorgung gemäß dem Heil- und Kostenplan in Anspruch genommen hatte, auf die Nichteinhaltung der Schriftform berufen.<sup>85</sup>

e)

In einem weiteren Revisionsverfahren ging es um einen **Vertrag über eine Therapie zur Gewichtsabnahme** und die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung.<sup>86</sup>

Umfassen die sich aus dem Vertrag über eine Therapie zur Gewichtsabnahme ergebenden Vertragspflichten die Durchführung eines ärztlich begleiteten ernährungs- medizinischen Konzepts, welches dem ärztlichen Standard entspricht und neben der Ernährungsberatung auch die Verabreichung eines eigens zusammengestellten, die Gewichtsabnahme fördernden homöopathischen Mittels zum Gegenstand hat, so handelt es sich um **Dienste höherer Art** i.S.d. § 627 Abs. 1 BGB, da die vertraglich geschuldete Tätigkeit besonders qualifizierte Fähigkeiten und Kenntnisse erfordert.<sup>87</sup> Die Verabreichung eines eigens hergestellten homöopathischen Präparates, welches Auswirkungen auf den Körper des Therapiepartners haben soll, betrifft den persönlichen Lebensbereich und steht

---

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>86</sup> Urteil vom 10. November 2016 – [III ZR 193/16](#) – MedR 2017, 266 f. = VersR 2017, 432 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.



einer ärztlichen Behandlung unter dem Blickwinkel des § 627 Abs. 1 BGB gleich.<sup>88</sup>

## 6. Krankenhausrecht

Im Umfeld des Krankenhausrechts hat der XII. Zivilsenat im Zusammenhang mit Unterbringungs- und Betreuungsverfahren im Verlauf der Berichtsperiode erneut verschiedene Entscheidungen getroffen.

### a)

Mit den Anforderungen an **Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung** im Zusammenhang mit dem **Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen** befasst sich ein zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehener Beschluss.<sup>89</sup> Die maßgebliche Patientenverfügung war dahingehend formuliert, dass die Betroffene den Wunsch geäußert hatte, lebensverlängernde Maßnahmen sollten dann unterbleiben, wenn sie sich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde oder eine schwere Dauerschädigung des Gehirns durch Krankheit zurückbleibe. Vor dem Hintergrund dieser Patientenverfügung stritten sich die drei Kinder der Betroffenen darüber, ob mit der schriftlichen Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, **der Abbruch der künstlichen Ernährung als Behandlungswunsch** gemeint sei.

Der XII. Zivilsenat hat in der Formulierung, keine lebensverlängernden Maßnahmen zu wünschen, keinen konkreten Patientenwillen i.S.v. **§ 1901 a Abs. 2 BGB** gesehen. Mit dieser Formulierung komme nicht die rechtlich gebotene Eindeutigkeit zum Ausdruck, dass damit auch der Abbruch

---

<sup>88</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>89</sup> Beschluss vom 06. Juli 2016 – [XII ZB 61/16](#) – GesR 2016, 592 ff. = MedR 2017, 36 ff. = NJW 2016, 3297 ff.

einer künstlichen Ernährung als Behandlungswunsch gemeint sei.<sup>90</sup> Die insoweit erforderliche Konkretisierung kann aber ggf. durch die **Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen** oder die **Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen** erfolgen.<sup>91</sup>

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes führt dazu, dass sämtliche notariell beurkundeten oder privatschriftlich verfassten Patientenverfügungen oder Vorsorgeurkunden daraufhin überprüft werden sollten, ob den nunmehr geforderten Bestimmtheitsanforderungen genüge getan worden ist.<sup>92</sup>

**b)**

Ergänzend ist noch über drei Beschlüsse in **Unterbringungssachen** zu berichten. Konkret geht es dabei um Fragen der **regelmäßig notwendigen Anhörung des Betroffenen**.

**aa)**

Eine **Anhörung des Betroffenen** in Unterbringungsverfahren, die stattgefunden hat, **ohne** dass der **Verfahrenspfleger** Gelegenheit hatte, an ihr teilzunehmen, ist **verfahrensfehlerhaft**.<sup>93</sup>

**bb)**

Mit den **Voraussetzungen**, unter denen im Beschwerdeverfahren in einer Unterbringungssache **von** der persönlichen **Anhörung** des Betroffenen **abgesehen** werden kann, befasst sich ein weiterer Beschluss des XII. Zivilsenats.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>92</sup> so zutreffend Jorzig, juris PR-MedizinR 10/2016 Anm. 2

<sup>93</sup> Beschluss vom 21. September 2016 – [XII ZB 57/16](#) – NJW 2016, 3596.

<sup>94</sup> Beschluss vom 28. September 2016 – [XII ZB 119/16](#) – FamRZ 2016, 2095 f.

cc)

Die in § 319 Abs. 1 Satz 1 FamFG enthaltene **Verpflichtung** des Gerichts, **vor der Entscheidung über eine Unterbringungsmaßnahme den Betroffenen persönlich anzuhören** und sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen, besteht nach § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG **grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren.**<sup>95</sup>

## 7.

### Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

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

a)

Eine in der Berichtsperiode veröffentlichte Revisionsentscheidung beanstandet eine **Werbung für ein Nahrungsergänzungsmittel** (Repair-Kapseln).<sup>96</sup> Eine gesundheitsbezogene Angabe, die von den angesprochenen Verkehrskreisen dahin verstanden wird, ein bestimmtes Produkt könne Schäden an Haut, Haaren und Fingernägeln beseitigen, ist mit den nach der Verordnung (EU) Nr. 432/2012 zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben, ein bestimmter Nährstoff trage zur Erhaltung normaler Haut, Haar oder Nägel bei, nicht inhaltsgleich und daher unzulässig.<sup>97</sup>

b)

Ein **Vorabentscheidungsersuchen** des I. Zivilsenats betrifft die **Auslegung der Gemeinschaftsmarkenverordnung.**<sup>98</sup> Konkret geht es um einen Widerspruch des Markeninhabers gegen den weiteren Vertrieb eines aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Medizinprodukts (**Ver-**

<sup>95</sup> Beschluss vom 28. September 2016 – [XII ZB 313/16](#) – FamRZ 2016, 2089 f.

<sup>96</sup> Urteil vom 07. April 2016 – [I ZR 81/15](#) – GRUR 2016, 1200 ff. = WRP 2016, 1359 ff.

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>98</sup> EUGH-Vorlage vom 06. Oktober 2016 – [I ZR 165/15](#) – GRUR 2017, 71 ff. = PharmR 2017, 27 ff.

**bandsmaterial**) in seiner inneren und äußeren Originalverpackung mit einem vom Importeur versehenen zusätzlichen äußeren Aufkleber (Debrisoft).<sup>99</sup>

**c)**

Fragen des **Persönlichkeitsrechts eines Journalisten** haben den VI. Zivilsenat im Zusammenhang mit einem Zeitungsartikel befasst, dessen Untertitel lautete:

„Das TV-Magazin“ „Frontal 21“ enthüllte, wie eine **Pharmafirma Journalisten instrumentalisieren** wollte.“<sup>100</sup>

Die Entscheidung grenzt **Verdachtsberichterstattungen und Meinungsfreiheit** voneinander ab<sup>101</sup> und befasst sich mit der zulässigen Kritik an journalistischer Arbeit.<sup>102</sup>

**d)**

Der X. Zivilsenat hatte in der Berichtsperiode **Patentsachen** zu entscheiden. Ein Patent betraf die **Verwendung von Kollagenase zur Behandlung der Dupuytren-Krankheit**.<sup>103</sup> Daneben standen **Patentnichtigkeitsverfahren** betreffend ein eine **Fettabsaugvorrichtung** betreffendes Streitpatent<sup>104</sup> sowie **Purin-Derivate zur antiviralen Behandlung von Krankheiten**<sup>105</sup> zur Entscheidung an.

---

<sup>99</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>100</sup> Urteil vom 27. September 2016 – [VI ZR 250/13](#) – NJW 2017, 482 ff.

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>103</sup> Beschluss vom 20. Dezember 2016 – [X ZB 7/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>104</sup> Urteil vom 20. Dezember 2016 – [X ZR 84/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>105</sup> Beschluss vom 06. Dezember 2016 – [X ZR 105/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

## 8. Grundzüge des Apothekenrechts

Hier ist über die nachfolgenden Entscheidungen zu berichten.

### a)

Der I. Zivilsenat hatte eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, der die **Beanstandung einer Internet-Werbung einer in den Niederlanden ansässigen Versandapotheke** zugrunde lag, die mit der Aussage „Ihre Versandapotheke mit den günstigen Medikamenten“ geworben hatte.<sup>106</sup> Eine Zulassung der Revision war auch nicht im Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Europäischen Union und konkret deshalb geboten, dass die in § 78 AMG vorgesehene Festsetzung einheitlicher Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige humane Arzneimittel eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt und nicht mit Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen i.S.d. Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden kann.<sup>107</sup> Die nach Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Union unionswidrige Preisbildung für verschreibungspflichtige humane Arzneimittel war im Streitfall nicht entscheidungserheblich. Angegriffen war die Werbung der Beklagten mit der Angabe „Ihre Versandapotheke mit den günstigen Medikamenten“. Diese Werbung war aber zu Recht als **irreführend** beanstandet worden, weil der Verkehr ihr entnimmt, die Beklagte biete (auch) verschreibungspflichtige Medikamente günstiger als andere Apotheken an.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Beschluss vom 03. November 2016 – [I ZR 35/16](#) – PharmR 2017, 76.

<sup>107</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – GesR, 2016, 801 ff. = NJW 2016, 3771 ff.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

**b)**

Ein zur Veröffentlichung in der öffentlichen Sammlung bestimmtes Revisionsurteil betrifft einen **Heimversorgungsvertrag**, den ein **Apotheker mit einem Heimträger** nach **§ 12a Abs. 1 a ApoG** geschlossen hatte.<sup>109</sup>

Der Heimversorgungsvertrag, den der Apotheker mit dem Heimträger nach § 12a Abs. 1 ApoG schließt, ist seiner Rechtsnatur nach ein der behördlichen Genehmigung unterliegender, privatrechtlicher, zugunsten der Heimbewohner wirkender Rahmenvertrag, der eine zentrale Versorgung der Heimbewohner durch die in dem Vertrag bestimmte Apotheke öffentlich-rechtlich legalisiert.<sup>110</sup> **In der Sache ging es darum, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen ein mit einem Apotheker geschlossener Heimversorgungsvertrag auch gekündigt werden konnte.** Der Heimträger hatte die Auffassung vertreten, dass ihm ein Recht zur jederzeitigen Kündigung zustand. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.

§ 12 a ApoG verfolge eine doppelte Zielrichtung. Einerseits will der Gesetzgeber den Heimen i.S.d. § 1 HeimG einen sachkundigen Apotheker zur Seite stellen, der die „Heimapotheke“ kostenlos führt. Andererseits soll der Apotheker für den nicht abgegolten Aufwand einen (potentiellen) finanziellen Ausgleich dergestalt erhalten, dass er die Heimbewohner im Rahmen eines auf längere Dauer angelegten Vertragsverhältnisses mit Arzneimitteln beliefert.<sup>111</sup> Eine Vertragspartei, die das Vertragsverhältnis unter Nichtbeachtung einer vereinbarten Kündigungsfrist kündigt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und begeht eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>112</sup> Entsprechend hat der Bundesgerichtshof das Heim verurteilt, den dem Apotheker bis zum Ablauf

---

<sup>109</sup> Urteil vom 14. Juli 2016 – [III ZR 446/15](#) – GesR 2016, 582 ff. = MedR 2016, 1193 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

der an sich zu beachtenden Kündigungsfrist entgangenen Gewinn zu erstatten.<sup>113</sup>

## 9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben in der Berichtsperiode insbesondere den VI. sowie den XI. Zivilsenat beschäftigt.

### a)

Ein **Sachverständiger kann nach § 406 Abs. 1 Satz 1, § 41 Nr. 8 ZPO abgelehnt werden, wenn er in derselben Sache in einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, wozu auch ein Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle einer Landesärztekammer zählt, als Sachverständige mitgewirkt hat.**<sup>114</sup>

Nach § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Da der hier im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens bestellte Sachverständige vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle für ärztliche Behandlungsmaßnahmen bei der Landesärztekammer – ein anderes Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung i.S.d. § 41 Nr. 8 ZPO – ein Gutachten erstattet hatte, konnte er **als Sachverständiger im selbständigen Beweisverfahren abgelehnt** werden.<sup>115</sup> Für eine teleologische Reduktion der genannten Vorschriften dahingehend, dass sich die Ablehnungsmöglichkeit nicht auf im Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle einer Landesärztekammer hinzugezogene Sachverständige erstreckt, hat der VI. Zivilsenat keine hinreichenden Gründe gesehen.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>114</sup> Beschluss vom 13. Dezember 2016 – [VI ZB 1/16](#) – GesR 2017, 175 ff. = VersR 2017, 376 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

**b)**

Ein **Sachverständiger** kann wegen **Besorgnis der Befangenheit** auch dann **abgelehnt** werden, wenn er für einen nicht unmittelbar oder mittelbar am Rechtsstreit beteiligten Dritten ein entgeltliches Privatgutachten zu einer gleichartigen Fragestellung in einem gleichartigen Sachverhalt erstattet hat und wenn die Interessen der jeweiligen Parteien in beiden Fällen in gleicher Weise kollidieren.<sup>117</sup> Im Zusammenhang mit der Behauptung, infolge einer Fehlkonstruktion einer Hüftgelenkprothese sei es zu einem übermäßigen Metallabrieb gekommen, hatte das Landgericht die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet. Die Beklagte hatte den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und zur Begründung u.a. angeführt, der Sachverständige habe in einem gleichgelagerten anderen gegen die Beklagte geführten Rechtsstreit für den dortigen Kläger ein entgeltliches Privatgutachten über eine Prothese derselben Modellreihe erstellt.<sup>118</sup> Während das Ablehnungsgesuch in den Vorinstanzen keinen Erfolg hatte, war die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde erfolgreich.<sup>119</sup>

**c)**

Der **Geltendmachung für die Inanspruchnahme eines Privatgutachters angefallenen Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren** steht nicht entgegen, dass die entsprechenden Aufwendungen nicht von der Partei selbst, sondern von einem hinter der Partei stehenden (im Streitfall: Haftpflicht-) Versicherer getragen wurden.<sup>120</sup> **Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit** dieser Kosten ist allein, dass die **zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig** waren. In

---

<sup>117</sup> Beschluss vom 10. Januar 2017 – [VI ZB 31/16](#) – GesR 2017, 177 f.

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 4 ff.

<sup>120</sup> Beschluss vom 25. Oktober 2016 – [VI ZB 8/16](#) – AnwBl 2017, 332 f. = GesR 2017, 100 f. = NJW 2017, 672 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.



Bezug auf die im Streitfall in Rede stehenden Kosten des Privatgutachters traf dies zu.<sup>121</sup>

d)

Das **Gericht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG, wenn es – ohne** zuvor einen **Hinweis** auf seine geänderte Auffassung zu geben – einen **Feststellungsantrag überraschend** mit der Begründung **abweist**, er sei unklar und könne auch nicht in ausreichend klarer Form gestellt werden.<sup>122</sup> Die Partei muss Gelegenheit erhalten, ihren Klageantrag zu ändern und die Bedenken des Gerichts auszuräumen.<sup>123</sup> Konkret war beantragt worden, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet war, den Aufwand wegen eines Haushaltsführungsschadens des Geschädigten zu erstatten, soweit der Ersatzanspruch gemäß § 116 SGB X übergegangen war. Während das Landgericht diesem Begehren noch stattgegeben hatte, vermisste das Berufungsgericht das notwendige Rechtsschutzbedürfnis. Der VI. Zivilsenat hat das Berufungsgericht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO als verpflichtet angesehen, dahin zu wirken, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen.<sup>124</sup>

e)

**Nach Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde** stellt sich immer wieder die Frage, ob eine **einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung** ausgesprochen werden kann. Regelmäßig scheidet ein Begehren auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung daran, dass im Berufungsverfahren kein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt wurde. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn das **Berufungsgericht der rechtsirrigen Annahme** war, das **gegen seine Entscheidung unzweifelhaft kein Rechtsmittel gegeben** sei, und es deshalb keine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO gewährt hat. Auf diese fehlerhafte Rechtsanwendung musste sich der Beklagte nämlich nicht ein-

---

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 f.

<sup>122</sup> Beschluss vom 13. Dezember 2016 – [VI ZR 116/16](#) – MDR 2017, 355 f.

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

stellen, so dass ihm das Unterlassen eines Antrages gemäß § 712 ZPO nicht vorgeworfen werden kann.<sup>125</sup> Macht der Beklagte in einer derartigen Situation glaubhaft, dass ihm die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil i.S.d. § 719 Abs. 2 ZPO bringen würde und steht nicht fest, dass die Nichtzulassungsbeschwerde oder die mit ihr beabsichtigte Revision keine Aussicht auf Erfolg haben, so ist die Zwangsvollstreckung auf Antrag des Beklagten einstweilig gegen Sicherheitsleistung einzustellen, wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Klägers entgegensteht.<sup>126</sup>

f)

Schließlich ist noch von einer **Wiedereinsetzungsentscheidung** des XI. Zivilsenats zu berichten,<sup>127</sup> die von allgemeiner Bedeutung ist. Da die **Prüfung der angegebenen Wiedereinsetzungsgründe von Amts wegen erfolgt, unterliegen Wiedereinsetzungsgründe nicht der Parteidisposition** und können deshalb auch nicht unstrittig gestellt werden.<sup>128</sup> Ansonsten befasst sich der Beschluss mit der **Glaubhaftmachung eines plötzlich und unerwartet aufgetretenen krankheitsbedingten Ausfalls des Prozessbevollmächtigten** und hält fest, dass **eine ärztliche Bescheinigung, die dem Prozessbevollmächtigten eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von „mindestens“ 14 Tagen attestiert, keine Aussage über eine Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt danach trifft.**<sup>129</sup> Macht der Prozessbevollmächtigte geltend, am Tage nach Ablauf der bescheinigten voraussichtlichen Arbeitsunfähigkeit sei es zu einem Rückfall bzw. erneuten Krankheitsausbruch gekommen, ist die ärztliche Bescheinigung nicht geeignet, eine völlig überraschende und unvorhersehbare Erkrankung glaubhaft zu machen. Vielmehr besteht auf Grundlage der Bescheinigung die Möglichkeit, dass der Prozessbevollmächtigte seinen krankheitsbedingten Ausfall über die bescheinigte Dauer hinaus hätte vorherse-

---

<sup>125</sup> Beschluss vom 29. November 2016 – [VI ZR 25/16](#) – NJW-RR 2017, 127 f.

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>127</sup> Beschluss vom 27. November 2016 – [XI ZB 12/14](#) – NJW-RR 2017, 308 ff.

<sup>128</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

hen und die Fristversäumung durch geeignete Maßnahmen hätte abwen-  
den können.<sup>130</sup>

Karlsruhe, den 27. April 2017



Dr. Siegfried Mennemeyer  
auch Fachanwalt für Medizinrecht

---

<sup>130</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.