

Medizinrechtliche Rechtsprechung

des BGH im 2. Halbjahr 2018

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2018 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2018 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der privaten Krankenversicherung, das Vergütungsrecht der Heilberufe und das Krankenhausrecht zu berichten. Daneben geht es um die Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukte-rechts sowie des Apothekenrechts und letztlich um Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ 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.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

² Abrufbar auf unserer Website „Aktuelles“ unter dem Menüpunkt „Newsletter“.

³ Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2018 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 zu dieser Thematik sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen, wobei nachfolgend auch zwei Entscheidungen des III. sowie des XII. Zivilsenats behandelt werden.

a)

Behauptete ärztliche **Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit einer Geburt** spielten in einem Revisionsverfahren eine Rolle, welches zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt hat.⁴ Die Klägerin war mit einer Hirnschädigung geboren worden, die sie in ihrer geistigen und körperlichen Entwicklung praktisch rund um die Uhr betreuungs- und pflegebedürftig machte. Sie hatte behauptet, die bei ihr eingetretene Schädigung beruhe auf einem Sauerstoffmangel in der letzten Phase der Geburt, der seinerseits auf diverse Behandlungsfehler der Beklagten zurückgehe. So stelle es einen **Befunderhebungsfehler** dar, dass zwischen 7:20 Uhr und 10:30 Uhr **keine CTG-Überwachung** erfolgt sei. **Ferner habe** bereits um 12:05 Uhr eine **eilige Sectio angeordnet werden müssen**. Um 12:48 Uhr, spätestens aber um 13:06 Uhr, habe die **Indikation für eine Notsectio** bestanden. Auch in der **Überschreitung der EE-Zeit** (Zeit von der Entscheidung zum Kaiserschnitt bis zur Entwicklung des Kindes) liege ein **(grober) Behandlungsfehler**. Die Mutter der Klägerin habe frühzeitig über die **Möglichkeit einer Sectio aufgeklärt** werden müssen.⁵

Soweit von der Revision der Verfahrensfehler einer unvollständigen Beweiswürdigung (Verstoß gegen § 286 ZPO) gerügt worden war, lag dieser allerdings nicht vor. Grundsätzlich ist die **Würdigung der Beweise dem Tatrichter vorbehalten**. An dessen Feststellung ist das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Dieses kann lediglich nachprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und dem Beweisergebnis umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und

⁴ Urteil vom 28. August 2018 – [VI ZR 509/17](#) – ArztR 2019, 44 ff. = GesR 2018, 770 ff. = NJW-RR 2019, 17 ff. = VersR 2018, 1510 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 5.

rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.⁶ Im Zusammenhang mit der **Bewertung von Sachverständigengutachten** gilt folgendes: Hier muss der **Tatrichter allen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachgehen.**⁷ Das gilt zum einen für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen. Zum anderen hat der Tatrichter gerade in Arzthaftungsprozessen nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung die Pflicht, Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger von Amts wegen nachzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, **auch** wenn es sich um **Privatgutachten** handelt.⁸ Legt eine Partei ein medizinisches Gutachten vor, welches im Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, so darf der Tatrichter den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt.⁹ Die vorstehenden Grundsätze hatte das Berufungsgericht allerdings beachtet.

Revisionsrechtlich fehlerhaft war jedoch die beanstandete **Beurteilung des Berufungsgerichts, die Mutter der Klägerin sei nicht verspätet über die Durchführung einer Sectio als Behandlungsalternative aufgeklärt worden**, so dass sich hieraus auch nicht ergebe, dass die Sectio auf entsprechenden Wunsch der Mutter zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführt worden wäre.¹⁰ Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Mutter der Klägerin **nicht über** die Behandlungsalternative einer **Sectio** aufgeklärt, **sondern allein über** die Notwendigkeit der Durchführung einer eiligen Sectio; dies geschah allerdings **zu einem Zeitpunkt, zu dem eine Behandlungsalternative nicht mehr bestand.**¹¹ Hieraus ergibt sich Folgendes: Das Unterlassen der Aufklärung über die Behandlungsalternative der Sectio hat sich vorliegend nicht dahin ausgewirkt, dass diese unterblieben wäre oder dass zunächst ein schadensursächlicher vaginaler Entbindungsversuch vorgenommen worden wäre. **Das Unterlassen der Aufklärung kann sich aber dahingehend ausgewirkt haben, dass die Sectio später durchgeführt wurde als sie bei rechtzeitiger Aufklärung durchgeführt worden wäre.** In diesem Zusammenhang kann einer **et-**

⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 19; dazu auch noch später unter 9. c).

⁸ a.a.O., juris, Rn. 19 m.w.N.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

waig gebotenen vorgezogenen Aufklärung deshalb besondere Bedeutung zukommen, **weil** sie zu einer **schadenshindernden oder -mindernden Zeitersparnis** hätte führen können. Mit der Erwägung, dass die Sectio auch bei vorgezogener Aufklärung erst mit der medizinischen Indikation vorzunehmen sei, hat das Berufungsgericht diese Bedeutung der vorgezogenen Aufklärung rechtsfehlerhaft verkannt und die diesbezüglich gebotenen Feststellungen deshalb unterlassen.¹²

Da mithin eine **Haftung wegen Unterlassenes der (vorgezogenen) Aufklärung** über die Behandlungsalternative der Sectio in Betracht kam, wenn die Sectio später durchgeführt wird als sie bei rechtzeitiger Aufklärung durchgeführt worden wäre und diese Verzögerung zu einem Geburtsschaden geführt hat, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Dies auch deshalb, weil sich das Unterlassen der Aufklärung über die **Möglichkeit der Sectio vor Beginn der EE-Zeit** auf die rechtliche Beurteilung auswirkt, ob die vom Berufungsgericht festgestellte Überschreitung der für eine eilige Sectio empfohlenen EE-Zeit einen Behandlungsfehler darstellt. Insoweit ist in den Blick zu nehmen, dass mit der erst in der EE-Zeit und noch vor der Ingangsetzung der Informationskette vorgenommenen Aufklärung eine der Sphäre der Beklagten zuzurechnende – möglicherweise schadensursächliche – **Verzögerung eingetreten** sein kann, die bei der gebotenen früheren Aufklärung hätte vermieden werden können.¹³

Soweit sich die Revision ergänzend gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts gewandt hatte, die Klägerin sei **für weitere als Behandlungsfehler zu wertende Verzögerungen in der EE-Zeit beweisfällig geblieben**, ist der Bundesgerichtshof dem allerdings nicht gefolgt. Dafür, dass und in welchem Umfang in der Überschreitung der empfohlenen EE-Zeit ein Behandlungsfehler der Beklagten liegt, **trägt die Klägerin die Beweislast**. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt ihr die Vermutung eines Organisationsfehlers von vornherein nicht zugute.¹⁴ Im Bereich des ärztlichen Handels trägt grundsätzlich der Patient die Darlegungs- und Beweislast für einen von ihm behaupteten Behandlungsfehler. Nur **ausnahmsweise** kann er dabei **Beweiserleichterungen** nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsät-

¹² a.a.O., juris, Rn. 25.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 30.

zen für sich in Anspruch nehmen. So muss die Behandlungsseite dann, wenn sich ein Risiko verwirklicht, welches von ihr hätte voll beherrscht werden können und müssen, darlegen und beweisen, dass sie alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen hatte, um das Risiko zu vermeiden. Voll beherrschbare Risiken sind dadurch gekennzeichnet, dass sie durch den Klinik- oder Praxisbetrieb gesetzt und durch dessen ordnungsgemäße Gestaltung – wie sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens – objektiv voll ausgeschlossen werden können und müssen. Sie sind abzugrenzen von den Gefahren, die aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bzw. den Besonderheiten des Eingriffs in diesen Organismus erwachsen und deshalb der Patientsphäre zuzurechnen sind.¹⁵ Nach diesen Grundsätzen kann die Klägerin **aus dem Umstand, dass die empfohlene EE-Zeit für die eilige Sectio von 30 Minuten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um 12 Minuten überschritten wurde, keine Beweiserleichterungen** für sich herleiten. Die Klägerin kann sich lediglich auf eine erweiterte Darlegungslast der Beklagten berufen, der diese allerdings genügt haben.¹⁶

b)

Um einen **Geburtsschaden** ging es auch in einem weiteren Revisionsverfahren.¹⁷ In diesem Fall war die schwangere Mutter des Klägers wegen Überschreitung des errechneten Geburtstermins stationär aufgenommen und am Morgen des 20. Oktober 2004 in den Kreissaal verlegt und dort an den Wehentropf angeschlossen worden. Es erfolgt zudem eine **CTG-Dauerüberwachung**. Um 15:52 Uhr kam es zum Blasensprung. Nach 16:00 Uhr wurde das **CTG-Gerät ausgewechselt**, nachdem es mit dem ersten Gerät Schwierigkeiten gegeben hatte. Um 16:45 Uhr wurde der Kläger entbunden, musste allerdings wegen Herz- und Kreislaufstillstands beatmet werden. Er leidet u.a. unter einer hypoxisch-ischämischen Enzephalopathie, zentralen Tonus- und Koordinationsstörungen, allgemeiner Entwicklungsstörung, zentralen Bewegungsstörungen sowie einer explosiven Sprachstörung und wurde in die Pflegestufe 2 eingruppiert. Er führt diese Beschwerden auf eine von den Beklagten zu

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 34 ff.

¹⁷ Urteil vom 24. Juli 2018 – [VI ZR 294/17](#) – ArztR 2019, 41 ff. = GesR 2019, 65 ff. = MDR 2019, 31 f. = VersR 2019, 32 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

verantwortende Sauerstoffunterversorgung im Mutterleib unter der Geburt nach Uterusruptur zurück.¹⁸

Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen war, dem Kläger stehe ein Anspruch wegen fehlerhafter medizinischer Behandlung nicht zu, beruhe dies auf **tatbestandlichen Feststellungen, die durch das Sitzungsprotokoll entkräftet** wurden (§§ 314 Satz 2; 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsurteil war schon wegen dieses Mangels aufzuheben.¹⁹ Der **Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt das Parteivorbringen, welches aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist** (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Grundsätzlich liefert der Tatbestand des Urteils Beweis für das Parteivorbringen (§ 314 Satz 1 ZPO). Der Beweis kann aber durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden (§ 314 Satz 2 ZPO). Letzteres geht dann für die Bestimmung des Parteivorbringens vor.²⁰

Das Berufungsgericht hatte als unstreitiges Parteivorbringen festgestellt, das **CTG-Gerät sei gegen 16:09 Uhr ausgewechselt** worden. **Dem steht** das – vom Berufungsgericht für das mündliche Vorbringen der Eltern der Kläger im Übrigen ausdrücklich in Bezug genommene – **Sitzungsprotokoll** der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht **entgegen**. Danach hat der Vater und gesetzliche Vertreter des Klägers in seiner Anhörung vorgetragen, dass es **mindestens eine halbe Stunde** gedauert habe, bis ein neues CTG angeschlossen worden sei. Damit ist die Feststellung im Berufungsurteil zum Parteivorbringen hinsichtlich des Zeitpunkts des Geräteaustausches durch das Sitzungsprotokoll entkräftet.²¹ Da die schadensursächliche Sauerstoffmangelversorgung des Klägers nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts wahrscheinlich auf einer zwischen 16:00 Uhr und 16:15 Uhr eingetretenen Uterusruptur der Mutter beruhe, ist die Frage, ob in dieser Zeit und bis 16:37 Uhr das defekte CTG-Gerät oder bereits das grundsätzlich funktionstüchtige Ersatzgerät eingesetzt wurde, für die rechtliche Beurteilung der Ersatzansprüche des Klägers maßgeblich.²²

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 2.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 11.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

²² a.a.O., juris, Rn. 14.

Auf der Grundlage der dem Kläger günstigen Sachverhaltsvariante, wonach das Ersatzgerät um 16:37 Uhr angeschlossen wurde, lässt sich ein Ersatzanspruch des Klägers nicht verneinen. Ein solcher ergäbe sich bei dieser Sachlage und unter Zugrundelegung des vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Vortrags des Klägers vielmehr unter dem Gesichtspunkt des **Befunderhebungsfehlers**.²³ Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass ein von vornherein nur **notdürftig mit einem Heftpflaster geflicktes CTG-Gerät zum Einsatz gekommen** und insoweit streitig war, ob aufgrund der nach Ausfall der Schreibfunktion weiterhin zu hörenden akustischen Signale ein ordnungsgemäßer Abgleich mit dem Pulsschlag der Mutter erfolgen konnte. Der **Ausfall der Schreibfunktion des CTG-Gerätes**, das den Pulsschlag des Klägers (des Kindes) bis dahin zuverlässig aufgezeichnet hatte, beruhte nach dem vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Vortrag des Klägers auf dem bereits zuvor bestehenden Defekt des Gerätes, der sich dahin realisierte, dass der nur notdürftig mit Heftpflaster befestigte Stecker im Zuge eines Papierwechsels herausfiel und sich danach wegen eines abgebrochenen Plastikteils nicht mehr richtig befestigen ließ, woraufhin das Gerät nunmehr unvollständige Befunde lieferte.²⁴

Die zur Aufhebung des Berufungsurteils führende Revisionsentscheidung knüpft daran an, dass **bei weiterhin ordnungsgemäßer Aufzeichnung der Herztöne** des Klägers eine zum Zeitpunkt des Ausfalls der Schreibfunktion einsetzende **Unterversorgung des Klägers** nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts mit hinreichender Wahrscheinlichkeit **offenbar geworden** wäre und **mithin eine Reaktion**, nämlich eine Entscheidung über die sofortige Entbindung des Klägers etwa in Gestalt der Vakuumextraktion oder der Sectio, **erfordert hätte**. Ein **Absehen von einer Reaktion** unter den für den Kläger lebensbedrohenden Umständen des Falles wäre **grob fehlerhaft** gewesen, mit der Folge, dass dem Kläger eine **Umkehr der Beweislast** für die haftungsbegründende Kausalität von Pflichtverletzung und Schaden zugutekommen könnte.²⁵ Von daher hat der Bundesgerichtshof dem Berufungsgericht aufgegeben, nach Zurückverweisung festzustellen, wie lange das defekte CTG-Gerät trotz der nach 16:00 Uhr auftretenden Aufzeichnungslücken noch in Betrieb war und wann genau das Ersatzgerät ange-

²³ a.a.O., juris, Rn. 15.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

geschlossen wurde. Sodann wird sich das Berufungsgericht eine Überzeugung davon zu bilden haben, ob es auch bei Verwendung eines funktionstüchtigen Geräts zu einer nicht erkennbaren Fehlableitung der Herztöne gekommen wäre. Abhängig hiervon wird das Berufungsgericht ggf. weiter aufzuklären haben, ob der Defekt des CTG-Gerätes bereits am Morgen des 20. Oktober 2004 bestand, ob dies für die Beklagten zurechenbar erkennbar war und wer im Belegarztverhältnis für die Funktionsfähigkeit des CTG-Gerätes verantwortlich war. Weiter wird ggf. zu klären sein, wann die vor Ort tätige Gynäkologin die ärztliche Leitung des Geburtsvorgangs übernommen hatte und zu welchem Zeitpunkt sie ihrerseits Kenntnis von dem Defekt des CTG-Gerätes hätte erlangen können.²⁶

c)

Im Rahmen eines eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschlusses hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass sich **Defizite in Rahmen einer Aufklärung nur dann zu einer Haftung verdichten, wenn der aufgezeigte Rechtsfehler entscheidungserheblich ist.**²⁷ Konkret war mit der Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet worden, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, dass die Aufklärung über ein schweres Behandlungsrisiko die Aufklärung über ein gleichgerichtetes geringeres Risiko entbehrlich machen würde, nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs standen. Danach ist nämlich auch über ein gegenüber dem Hauptrisiko weniger schweres Risiko aufzuklären, wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet würde.²⁸ Die aufgezeigte Abweichung war jedoch nicht entscheidungserheblich, da das Urteil von der weiteren Begründung getragen wurde, dass über das Risiko, welches sich verwirklicht hatte, durch Beschreibung der Beschwerden hinreichend aufgeklärt worden war.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

²⁷ Beschluss vom 23. Oktober 2018 – [VI ZR 205/18](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁸ a.a.O., bei juris mit Hinweis auf Urteil vom 10. Oktober 2006 – [VI ZR 74/05](#) – NJW 2007, 217 = juris, Rn. 12.

d)

Nicht mit dem Haftungsgrund, sondern mit den **Haftungsfolgen** befasst sich ein weiteres, die **Verurteilung zu Schmerzensgeld** betreffendes Revisionsurteil.²⁹ Streitgegenstand war ein (einheitlicher) Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schmerzensgeld aus einem bestimmten Schadensereignis. Verlangt der Geschädigte für erlittene Körperverletzungen uneingeschränkt ein Schmerzensgeld, so werden durch den Klageantrag nach dem **Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes** alle diejenigen **Schadensfolgen erfasst**, die **entweder bereits eingetreten oder objektiv erkennbar waren oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte**.³⁰ Lediglich solche Verletzungsfolgen, die zum Beurteilungszeitpunkt noch nicht eingetreten sind oder deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war, mit denen also nicht oder nicht ernstlich gerechnet werden musste und die deshalb zwangsläufig bei der Bemessung des Schmerzensgeldes unberücksichtigt bleiben müssen, werden von einem Antrag auf Zahlung eines einheitlichen Schmerzensgeldes nicht umfasst und können deshalb die Grundlage für einen Anspruch auf weiteres Schmerzensgeld und Gegenstand eines Feststellungsantrages sein.³¹

e)

Ebenfalls mit den Haftungsfolgen – und hier konkret mit den **vermehrten Bedürfnissen i.S.v. § 843 Abs. 1 Alt. 2 BGB** – befasst sich ein weiteres in der Berichtsperiode ergangenes Judikat.³² Zu den vermehrten Bedürfnissen i.S.d. § 843 Abs. 1 Alt. 2 BGB gehören sowohl die **Kosten für die Beschaffung einer Pflegeperson** als auch der **Betreuungsaufwand naher Angehöriger**, der über die üblicherweise im Krankheitsbild zu erwartende persönliche Zuwendung innerhalb der Familie hinausgeht.³³

Der ersatzfähige Aufwand zur Befriedigung vermehrter Bedürfnisse bestimmt sich nach den Dispositionen, die ein verständiger Geschädigter in seiner besonderen La-

²⁹ Urteil vom 10. Juli 2018 – [VI ZR 259/15](#) – MDR 2018, 1436 = NJW-RR 2018, 1426 f. = RuS 2018, 678 f = ZfSch 2019, 20 ff.; dazu auch noch später unter 9. d).

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 6.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 6 mit Hinweis auf Urteil vom 20. Januar 2015 – [VI ZR 27/14](#) – juris, Rn. 8.

³² Urteil vom 28. August 2018 – [VI ZR 518/16](#) – GesR 2019, 63 ff. = NJW 2019, 362 ff. = VersR 2019, 51 ff.

³³ a.a.O., juris, Rn. 12.

ge treffen würde.³⁴ Kommen zum Ausgleich der Pflegebedürftigkeit verschiedene Möglichkeiten mit unterschiedlichem Kostenaufwand in Betracht, so bestimmt sich die Höhe des Anspruchs danach, welcher Bedarf in der vom Geschädigten in zumutbarer Weise gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt.³⁵ Die Frage, ob der Geschädigte seine Lebensgestaltung in zumutbarer Weise gewählt hat, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Eine für sämtliche Fallgestaltungen geltende **Obergrenze** in dem Sinne, dass der Ersatz der für die häusliche Pflege anfallenden Kosten generell auf den doppelten Betrag (oder ein anderes Vielfaches) der jeweiligen Heimunterbringungskosten beschränkt wäre, **existiert nicht**.³⁶

f)

Weiter ist über ein Urteil des III. Zivilsenats zu berichten, in dem es um die **Teilnahme eines Notarztes bei einem rettungsdienstlichen Einsatz** und die Frage ging, ob die Wahrnehmung rettungsdienstlicher Aufgaben im Freistaat Sachsen der hoheitlichen Betätigung zuzurechnen ist.³⁷

Zunächst gab das Revisionsverfahren Anlass, sich mit dem prozessualen Vorgehen des Berufungsgerichts zu befassen, welches ein **Teilurteil** erlassen hatte. Insbesondere in Amtshaftungssachen mit subjektiver Klagehäufung dürfte ein zulässiges Teilurteil eher die Ausnahme darstellen. Vorliegend richtete sich die Klage gegen den erstbeklagten Landkreis sowie die Beklagte zu 3, die den Rettungswagen als verantwortliche Notärztin begleitet hatte. Ergänzend war während des Einsatzes der Beklagte zu 2, ein Facharzt für Anästhesie, zur Intubation des Klägers hinzugezogen worden. Sämtliche Beklagten hatten ihre **Passivlegitimation** in Abrede gestellt. Der Beklagte zu 1, welcher im Wege der Widerklage an den Kläger geleistete Abschlagszahlungen zurückverlangte, hatte eingewandt, er hafte nicht, da die Sicherstellung der notärztlichen Versorgung im Rettungsdienst dem Freistaat Sachsen nicht den Trägern des Rettungsdienstes, sondern den Krankenkassen und ihren Verbänden sowie den Verbänden der Ersatzkassen zugewiesen sei. Die Beklagten zu 2 und 3 hatten argumentiert, ihre Haftung richte sich nach Amtshaftungsgrundsätzen, so dass

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 21.

³⁷ Urteil vom 15. November 2018 – [III ZR 69/17](#) – MDR 2019, 162 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

eine persönliche Haftung ausscheide.³⁸ Das Landgericht hatte mit **Teil-Endurteil die Klage gegen den Beklagten zu 1 abgewiesen** und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung verurteilt. Auf die Berufungen des Klägers und seiner Streithelferin hat das Oberlandesgericht das Ersturteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Dies **führte** nun seinerseits **zur Aufhebung und Zurückverweisung** durch den Bundesgerichtshof **an das Landgericht**. Die auf § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO gestützte Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Gericht der ersten Instanz war **verfahrensfehlerhaft** erfolgt, **weil das Berufungsgericht über den Anspruch nicht vollständig selbst befunden hatte**. Allerdings waren eine **Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO** veranlasst gewesen, da das Erstgericht ein **unzulässiges Teilurteil** erlassen hatte. Aus diesen Gründen war das Berufungsurteil vom Revisionsgericht aufzuheben, weil die Bindungswirkung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts für das Erstgericht in den Fällen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO einerseits und des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO andererseits unterschiedlich weit reicht. Entsprechend hat der III. Zivilsenat die Sache direkt – unter Aufhebung auch des Ersturteils – an das erstinstanzliche Gericht zurückverwiesen.³⁹

In der Sache selbst war – anders als beispielsweise für das Land Thüringen⁴⁰ – die **Wahrnehmung rettungsdienstlicher Aufgaben** im Freistaat Sachsen der **hoheitlichen Betätigung zuzurechnen**. Bezüglich des landesrechtlich geregelten Rettungsdienstes ist **maßgeblich**, ob dieser **öffentlich-rechtlich organisiert ist oder nicht**. Nach § 1 Abs. 1 des Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG) ist Zweck dieses Gesetzes der wirksame Schutz der Bevölkerung. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 SächsBRKG umfasst der Rettungsdienst Notfallrettung und Krankentransport als öffentliche Aufgabe. In § 2 Abs. 2 Satz 2 SächsBRKG wird Notfallrettung beschrieben als die in der Regel unter Einbeziehung von Notärzten erfolgende Durchführung von lebensrettenden Maßnahmen bei Notfallpatienten, die Herstellung ihrer Transportfähigkeit und ihre unter fachgerechter Betreuung erfolgende Beförderung in das für die weitere Versorgung nächstgelegene geeignete Krankenhaus oder die nächstgelegene geeignete Behandlungs-

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 4.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁴⁰ Urteil vom 12. Januar 2017 – [II ZR 312/16](#) – BGHZ 213, 270, (272 ff.) = juris, Rn. 9 ff.

einrichtung. § 3 Nr. 3 SächsBRKG bestimmt die Rettungszweckverbände und die Landkreise und Kreisfreien Städte, die sich nicht zu einem Rettungszweckverband zusammengeschlossen haben, zu den Aufgabenträgern für den bodengebundenen Rettungsdienst. Nach § 31 SächsBRKG werden Notfallrettung und Krankentransport auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages durchgeführt.⁴¹

Die Teilnahme eines Notarztes bei einem rettungsdienstlichen Einsatz stellt sich hiernach als **Ausübung eines öffentlichen Amtes** i.S.d. Art. 34 Satz 1 GG dar.⁴² Im amtshaftungsrechtlichen Sinne „anvertraut“ wird den Notärzten ihre örtliche Betätigung im Rettungsdienst nicht durch die Arbeitsgemeinschaft sächsischer Krankenkassen und Verbände der Krankenkasse für die notärztliche Versorgung (ARGE NÄV), sondern durch die Rettungszweckverbände bzw. durch die Landkreise und Kreisfreien Städte, die sich nicht zu einem Rettungszweckverband zusammengeschlossen haben. Insoweit stellt sich die **Rechtslage in Sachsen also anders dar als die Rechtslage in Thüringen⁴³ bzw. in Bayern.⁴⁴**

g)

Der XII. Zivilsenat hatte sich mit der **Unterbringung** eines Betroffenen in einer **geschlossenen Einrichtung** sowie mit der Einwilligung des Betreuers in eine **ärztliche Zwangsmaßnahme (Medikation)** zu befassen.⁴⁵ Eine Zwangsmaßnahme ist nur dann gemäß § 1906a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB zulässig, wenn zuvor ernsthaft, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks versucht worden ist, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen. Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das Gericht in jedem Einzelfall festzustellen und in seine Entscheidung in nachprüfbarer Weise darzulegen.⁴⁶

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 26.

⁴³ Urteil vom 12. Januar 2017 – [III ZR 312/16](#) – ArztR 2017, 151 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁴ Urteil vom 16. September 2004 – [III ZR 346/03](#) – BGHZ 160, 216 (218 ff.) = NJW-RR 2018, 1477 f. = PflR 2019, 120 ff.

⁴⁵ Beschluss vom 12. September 2018 – [XII ZB 87/18](#) – ArztR 2019, 20 ff. = GesR 2018, 717 f.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Mit dem Recht der privaten Krankenversicherung ist der IV. Zivilsenat befasst, der in der Berichtsperiode zwei erwähnenswerte Entscheidungen abgesetzt hat.

a)

Zum einen ging es um die **Erstattungsfähigkeit von Kosten** für die Wartung eines Hilfsmittels (hier **eines computergesteuerten Kniegelenks einer Beinprothese**) in der privaten Krankheitskostenversicherung.⁴⁷

Der Kläger, dessen linkes Bein am Oberschenkel amputiert war, trug eine Beinprothese, die mit einem computergesteuerten Kniegelenk im Wert von über 40.000,00 € ausgestattet war. Er fordert vom beklagten Versicherer die Erstattung von Kosten, die anlässlich der Wartung des Kniegelenks entstanden waren. Während das Amtsgericht die Klage abgewiesen und das Landgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen hatte, führte die Revision des Klägers zur Aufhebung der Berufungsentcheidung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.⁴⁸

Das in **§ 1 Abs. 3 MB/KK 2009** (i.V.m. B Nr. 2.4. des einschlägigen Tarifs) **gegebene Leistungsversprechen** des Krankenversicherers **beschränkt sich nicht auf die reinen Anschaffungskosten** einer Beinprothese, sondern erfasst **auch Kosten**, die für die Aufrechterhaltung der bestimmungsgemäßen Funktion und den sicheren Gebrauch des Hilfsmittels erforderlich sind, mithin **Wartungs- und Reparaturkosten sowie Kosten für den Austausch von Verschleißteilen**.⁴⁹ Entscheidend ist, dass der Versicherte nicht die Erstattung von Kosten für den Betrieb eines computergesteuerten Kniegelenks, sondern für den **Erhalt der Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit** seiner Beinprothese verlangt.⁵⁰

⁴⁷ Urteil vom 07. November 2018 – [IV ZR 14/17](#) – MDR 2019, 34 f. = NJW 2019, 855 ff. = VersR 2018, 1498 ff. = ZfSch 2019, 33 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 25, Abgrenzung zu Beschluss vom 13. Mai 2009 – [IV ZR 217/08](#) – juris, Rn. 11; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

b)

Daneben ist über einen Streit zu berichten, in dem es darum ging, ob die Beklagte gegenüber dem **Anspruch des Klägers auf Übernahme der Kosten für eine Krankenhausbehandlung im sog. Notlagentarif die Aufrechnung mit rückständigen Prämien** erklären darf.⁵¹ Während der Kläger die Auffassung vertreten hatte, eine Aufrechnung gegenüber Leistungsansprüchen im Notlagentarif sei unzulässig, hatte die Vorinstanz die Möglichkeit der Aufrechnung mit bestehenden Prämienrückständen zugelassen. Die dagegen vom Kläger anhängig gemachte Revision blieb erfolglos.

Konkret war der Kläger bei der Beklagten im sog. Notlagentarif gemäß § 193 Abs. 6 und 7 VVG versichert. Ziel der Neuregelung des § 193 Abs. 6 bis 9 VVG war es, die Beitragsschuldner vor weitere Überschuldung zu schützen, gleichzeitig ihre Notfallversorgung zu gewährleisten und das Kollektiv der versicherten Gemeinschaft finanziell zu entlasten.⁵² Ob der Versicherer berechtigt ist, gegen die Ansprüche des Versicherungsnehmers auf Versicherungsleistungen aus dem Notlagentarif mit rückständigen Prämien aufzurechnen, war in der Literatur unterschiedlich beurteilt worden.⁵³ Der Bundesgerichtshof hat sich der Auffassung angeschlossen, wonach eine Aufrechnung zulässig ist. Der **Versicherer ist also im Notlagentarif der privaten Krankenversicherung nicht gehindert, mit rückständigen Beiträgen gegen Kostenerstattungsansprüche des Versicherungsnehmers aufzurechnen.**⁵⁴ Zunächst enthält der Wortlaut der Neuregelungen der §§ 193 Abs. 6 bis 9 VVG keinerlei Anordnung eines Aufrechnungsverbot des Versicherers.⁵⁵ Auch aus § 153 VAG in der seit dem 01. Januar 2016 geltenden Fassung (bis 31. Dezember 2015: § 12h VAG) ergibt sich kein Aufrechnungsverbot für den Versicherer.⁵⁶ Nichts anderes folgt auch aus der systematischen Stellung der Regelung über den Notlagentarif.⁵⁷ Dabei ergibt sich die **grundsätzliche Zulässigkeit der Aufrechnung** mit einer Prämienforderung des Versicherers zunächst aus **§ 394 Satz 2 BGB, wobei § 35 VVG** einer

⁵¹ Urteil vom 05. Dezember 2018 – [IV ZR 81/18](#) – MDR 2019, 100 f. = NJW 2019, 359 ff. = RuS 2019, 97 ff. = VersR 2019, 152 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 7.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

Aufrechnung durch den Versicherer ebenfalls **nicht entgegensteht**.⁵⁸ Die private Krankenversicherung ist – anders als die Revision meint – keine Pflichtversicherung i.S.v. § 113 ff. VVG mit der Folge eines Ausschlusses der Aufrechnung nach § 35 VVG (§ 121 VVG). Die §§ 113 ff. VVG finden ausschließlich auf eine Haftpflichtversicherung gemäß § 100 ff. VVG Anwendung.⁵⁹ Gegen ein Aufrechnungsverbot spricht auch die Entstehungsgeschichte sowie der Sinn und Zweck des Gesetzes.⁶⁰

3. Berufsrecht der Heilberufe

Bezüge zum Berufsrecht – allerdings des Berufsrechts der Rechtsanwälte – hat eine Entscheidung des Anwaltssenats.⁶¹

Die beklagte Rechtsanwaltskammer hatte den Antrag des Klägers zurückgewiesen, ihm die **Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“** zu gestatten. Zur Begründung war darauf hingewiesen worden, der Kläger habe den **Erwerb der besonderen praktischen Erfahrungen** (§ 5 Abs. 1 Buchst. i; § 14b FAO) **nicht nachgewiesen**. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung wurde zurückgewiesen.⁶² Der Kläger hatte sich dagegen gewandt, dass die sogenannten Mahnsachen bezüglich nicht bezahlter Krankenhaus- und Arztrechnungen im Rahmen des § 14b Nr. 5 FAO („Vergütungsrecht der Heilberufe“) i.V.m. § 5 Abs. 4 FAO regelmäßig mit „höchstens 0,2 Punkten“ – statt (so der Kläger) mit zumindest 0,5 bei „normalen“ Mahnsachen, mit 1 bei Mahnsachen mit „weiteren“ Aktivitäten – bewertet wurden. Dem ist der Anwaltssenat nicht gefolgt. Eine **reine Inkassotätigkeit** stellt nach Auffassung des Anwaltssenats **keinen Fall im Sinne der Fachanwaltsordnung** dar.⁶³ Selbst wenn im Rahmen von **Mahnsachen** die angemahnte Rechnung im Hinblick auf die Mindestangaben zur Fälligkeit (§ 12 Abs. 2 GOÄ bzw. § 10 GOZ) geprüft und möglicherweise im Einzelfall

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 15 und 16.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 18 und 19 ff.

⁶¹ Beschluss vom 14. November 2018 – [AnwZ \(Brgf\) 29/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 7.

auch Eigenanteil und Wahlleistungsvereinbarung kontrolliert werden mussten, war die Berücksichtigung derartiger Mahnsachen nach Auffassung des Anwaltssenats **grundsätzlich mit nicht mehr als 0,2 zu bewerten** (§ 5 Abs. 4 FAO).⁶⁴

4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Zu diesem Themenbereich hat es in der Berichtsperiode – soweit ersichtlich – keine Leitsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs gegeben.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Hier ist über zwei Entscheidungen des III. Zivilsenats zu berichten.

a)

Im Zusammenhang mit einer fehlerhaften zahnärztlich-implantologischen Leistung hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass der **Honoraranspruch eines Zahnarztes** entfällt, **wenn die Implantate fehlerhaft eingesetzt wurden und eine Korrektur ihrer Position durch Nachbehandlung nicht möglich ist.**⁶⁵

Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Arztes hat der **Patient einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB.** Ist die fehlerhafte Leistung des Arztes für den Patienten ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der **(Mindest-) Schaden** des Patienten darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine **Vergütung** zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet, wenn weder der Patient noch seine Versicherung bereits gezahlt haben.⁶⁶

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

⁶⁵ Urteil vom 13. September 2018 – [III ZR 294/16](#) – ArztR 2018, 317 ff. = GesR 2018, 711 ff. = MedR 2019, 137 ff. = NJW 2018, 3513 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

Fehlerhaft eingesetzte Implantate sind objektiv und subjektiv völlig wertlos i.S.d. § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB, wenn es keine dem Patienten zumutbare Behandlungsvariante gibt, die zu einem wenigstens im Wesentlichen den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechenden Zustand hinreichend sicher führen könnte. Der Umstand, dass der Patient einzelne Implantate als Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels weiter verwendet, ändert nichts an der **völligen Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistung** und dem **Entfallen der Vergütungspflicht insgesamt**.⁶⁷

b)

Um die **Vergütung für anästhesiologische Leistungen bei Operationen** in der Klinik der Beklagten ging es in einem weiteren beim III. Zivilsenat anhängigen Revisionsverfahren.⁶⁸

Die Beklagte hatte sich im Rechtsstreit gegen die Zulässigkeit der Klage gewandt und zur Begründung darauf verwiesen, dass nach dem maßgeblichen „Vertrag zur Hausanästhesie in der Praxisklinik S.“ unter § 15 ein **Schlichtungsverfahren** vorgesehen gewesen sei, welches jedoch nicht stattgefunden habe. Während das Landgericht die Klage als unzulässig abgewiesen und das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen hatte, führte die Revision zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.⁶⁹

Das Berufungsgericht hatte – dem Landgericht folgend – die Schlichtungsklausel in § 15 Abs. 1 des einschlägigen Vertrages dahingehend ausgelegt, dass eine Anrufung der ordentliche Gerichte erst nach gescheiterter Schlichtung möglich sei. Die Klage sei daher auf die von der Beklagten erhobene **Einrede des (noch) ausstehenden Schlichtungsversuchs** als derzeit unzulässig abzuweisen. Bedenken gegen die Wirksamkeit der vertraglichen Schlichtungsregelungen bestünden auch dann

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 22 im Anschluss an Urteil vom 29. März 2011 – [VI ZR 133/10](#) – juris, Rn. 29; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁸ Urteil vom 16. August 2018 – [III ZR 267/16](#) – GesR 2018, 677 ff. = ZKM 2018, 228 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 6 ff.

nicht, wenn sie – was offen bleiben könne – Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten seien.⁷⁰ Diesen Ausführungen ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.⁷¹

Der Zulässigkeit der Klage stand nicht entgegen, dass die Parteien keinen außgerichtlichen Schlichtungsverstoß unternommen hatten. Zu diesem Ergebnis kam der Bundesgerichtshof, weil er die Schlichtungsklausel anders als die Vorinstanzen verstanden hat. Konkret ging es um die Auslegung von § 15 Abs. 3 der Schlichtungsklausel, die lautete:

„Die **Anrufung** der Schlichtung **hat innerhalb von drei Monaten** nach Geltendmachung der Ansprüche unter gleichzeitiger Benennung des Schlichters **zu erfolgen.**“

Die vorbenannte Vertragsklausel, nach der die Anrufung der Schlichtung innerhalb von drei Monaten nach Geltendmachung der Ansprüche **zu erfolgen hat**, ist nach der Revisionsentscheidung so auszulegen, dass die Frist von drei Monaten zur Anrufung der Schlichtung eine **Ausschlussfrist** ist, **nach deren fristlosem Ablauf der vereinbarte dilatorische Klageverzicht entfällt.**⁷² Dass die Anrufung der Schlichtung „innerhalb“ der vorgenannten Frist zu erfolgen „**hat**“ (**und nicht „soll“**), schließt schon nach allgemeinem Sprachverständnis aus, dass auch noch nach dem Ablauf der Frist ein Schlichtungsverfahren eingeleitet werden kann.

6. Krankenhausrecht

Gleichermaßen Bezüge zum Vergütungsrecht als auch zum Krankenhausrecht haben diverse in der Berichtsperiode vom III. Zivilsenat entschiedene (Parallel-)Verfahren.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 10.

Daneben ist über einen dem XII. Zivilsenat zugewiesenen Rechtsstreit zu den Voraussetzungen der zivilrechtlichen Unterbringung zum Schutz vor Selbstgefährdung bei einem alkoholkranken Betroffenen zu berichten.

a)

Nachdem der III. Zivilsenat bereits im Verlauf der vergangenen Berichtsperiode⁷³ zur Frage der **Begrenzung der Entgelthöhe für eine mit einem Plankrankenhaus verbundene Privatklinik** eine erste Grundsatzentscheidung abgesetzt hatte, sind in der Berichtsperiode diverse weitere beim III. Zivilsenat anhängig gemachte Revisions-⁷⁴ bzw. Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren⁷⁵ erledigt worden. In sämtlichen der angeführten Verfahren hatte die Klägerin geltend gemacht, sie sei als reine Privatklinik berechtigt, ihre Preise mit den Patienten im Rahmen des bürgerlichen Rechts frei zu vereinbaren, und unterliege nicht den preisrechtlichen **Vorgaben** des seit dem 01. Januar 2012 geltenden **§ 17 Abs. 1 Satz 5 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG)**. Mit dieser Bestimmung, die die Entgelthöhe für allgemeine Krankenhausleistungen auf die Pflegesätze eines Plankrankenhauses beschränke, habe der Gesetzgeber auf die nachträgliche (missbräuchliche) Ausgründung von Privatkliniken aus bestehenden Plankrankenhäusern reagieren wollen. Demgegenüber sei die **Klägerin schon vor der A. Klinik gegründet** worden.

In den verschiedenen Beschlüssen des III. Zivilsenats wird ausgeführt, **dass § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG weder formell noch materiell verfassungswidrig** ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelführer bestand auch keine Notwendigkeit, die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihres Sinns und Zwecks teleologisch bzw. verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass von ihrem Anwendungsbereich nur die vom Träger eines vor Bestehen des Plankrankenhauses „ausgegründete“ oder erstmalig gegründete Privatklinik erfasst wird.⁷⁶ Im Weiteren hält der III. Zivilsenat an seiner Auffassung fest, dass die Anwendung von § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG auf nicht öffentlich ge-

⁷³ Urteil vom 17. Mai 2018 – [III ZR 195/17](#) – Arztr 2018, 239 ff. = GesR 2018, 437 ff. = MedR 2019, 58 ff. = NJW 2019, 368 ff. = ZMGR 2018, 258 ff.; an dieser Entscheidung war unsere Kanzlei beteiligt.

⁷⁴ Beschlüsse vom 30. August bzw. 20. September und 20. Dezember 2018 – [III ZR 370/17](#), [III ZR 374/17](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt), [III ZR 381/17](#), [III ZR 383/17](#), [III ZR 42/18](#), [III ZR 52/18](#), [III ZR 63/18](#) sowie [III ZR 65/18](#), veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁵ Beschluss vom 30. August 2018 – [III ZR 7/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁶ vgl. etwa Beschluss vom 30. August 2018 – [III ZR 52/18](#) – juris, Rn. 13.

förderte Privatkliniken (ohne Versorgungsauftrag) nicht durch § 20 Satz 1 KHG ausgeschlossen ist.⁷⁷

b)

In einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehen Urteil⁷⁸ ging es um die **Zahlungspflicht eines Pflegeheimbewohners bei vorzeitigem Auszug**. Konkret galt es zu entscheiden, ob für Bewohner eines Pflegeheims, die Leistungen nach dem SGB XI beziehen, die Kündigungsfrist des § 11 Abs. 1 WBVG gilt, wonach der Vertrag bis zum dritten Werktag eines Monats zum Ablauf des selben Monats gekündigt werden kann, oder ob der **Grundsatz der taggenauen Abrechnung** nach § 87a Abs. 1 Satz 2 SGB XI zur Anwendung kommt und ein „Entlassen“ aus dem Heim i.S.d. Vorschrift auch dann vorliegt, wenn der Bewohner vor Ablauf der Kündigungsfrist eigenmächtig und endgültig auszieht.⁷⁹

Die bislang streitige Frage, ob der Heimbewohner sich gegenüber dem privatrechtlichen Vergütungsanspruch des Heimbetreibers auf die Regelung des § 87a Abs. 1 Satz 2 SGB XI berufen kann, ist vom Bundesgerichtshof **bejaht** worden.⁸⁰ § 87a Abs. 1 Satz 2 SGB XI regelt nicht allein die Zahlungspflicht des Kostenträgers, sondern erfasst ebenso die zivilrechtliche Vergütungspflicht des Heimbewohners. Es handelt sich um eine gegenüber den heimvertraglichen Bestimmungen des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes vorrangige Sonderregelung zugunsten von Heimbewohnern, die gleichzeitig Leistungsbezieher der Pflegeversicherung sind. Dieser Vorrang kommt darin zum Ausdruck, dass abweichende Vereinbarungen nichtig sind (§ 15 Abs. 1 Satz 2 WBVG; § 87a Abs. 1 Satz 4 SGB XI).⁸¹ Ein „**Entlassen**“ i.S.d. **§ 87a Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 SGB XI liegt auch dann vor**, wenn der **Pflegebedürftige – nach einer Kündigung des Heimvertragsverhältnisses – das Pflegeheim vor Ablauf der Kündigungsfrist des § 11 Abs. 1 Satz 1 WBVG endgültig verlässt.**⁸²

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁷⁸ Urteil vom 04. Oktober 2018 – [III ZR 292/17](#) – GesR 2018, 808 ff. = NJW 2019, 53 ff. siehe auch die Anmerkungen von Schrinner, jurisPR-MedizinR 1/2019 Anm. 5 sowie Geisler, jurisPR-BGHZivilR 21/2018 Anm. 1.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 26.

c)

In einer **Unterbringungs- und Betreuungssache** hatte der XII. Zivilsenat über die Voraussetzungen der Unterbringung zum Schutz vor Selbstgefährdung bei Alkoholismus zu entscheiden.⁸³

Nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist eine Unterbringung eines Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt. Nun ist allerdings **Alkoholismus für sich gesehen keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung** i.S.v. § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, **so dass allein darauf die Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden darf.**⁸⁴ Ebenso wenig vermag eine bloße Rückfallgefahr eine Anordnung der zivilrechtlichen Unterbringung zu rechtfertigen. **Etwas anders gilt aber, wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen**, insbesondere einer psychischen Erkrankung, steht **oder** ein auf den Alkoholmissbrauch zurückzuführender Zustand eingetreten ist, der das **Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht hat.**⁸⁵ Dies hatten die Vorinstanzen rechtsfehlerfrei bejaht.⁸⁶

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um diese Materie ranken sich Entscheidungen des I. und X. Zivilsenats.

a)

In der Berichtsperiode hat es erneut zwei Vorlagen an den EuGH gegeben. Eine Vorlage beschäftigt sich mit **der Auslegung der Richtlinie zur Schaffung eines Ge-**

⁸³ Beschluss vom 18. Juli 2018 – [XII ZB 167/18](#) – FamRZ 2018, 1861 f. = MDR 2018, 1186 f. = NJW-RR 2018, 1221 f.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

meinschaftskodexes Humanarzneimittel.⁸⁷ Konkret geht es um die Zulässigkeit der Abgabe kostenloser Fertigarzneimittel an Apotheker zu Demonstrationszwecken und die Frage, ob Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dahin auszulegen ist, dass pharmazeutische Unternehmer **kostenlose Fertigarzneimittel** auch an Apotheker abgeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ versehen sind, die Arzneimittel der Erprobung des Arzneimittels durch den Apotheker dienen, keine Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an Endverbraucher besteht und die in Art. 96 Abs. 1 Buchst. a bis d und f bis g dieser Richtlinie geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen.⁸⁸

Bejahendenfalls soll der EuGH weiter beantworten, ob Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG eine nationale Vorschrift wie § 47 Abs. 3 AMG erlaubt, wenn diese dergestalt ausgelegt wird, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel nicht an Apotheker abgeben dürfen, wenn die vorstehenden Voraussetzungen und die in § 47 Abs. 4 AMG geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen.⁸⁹

In der zweiten Vorlageentscheidung an den EuGH geht es um die **Auslegung der Health-Claims-Verordnung.**⁹⁰ Die erste Vorlagefrage geht dahin, ob einem Verweis auf allgemeine, nichtspezifische gesundheitsbezogene Vorteile spezielle gesundheitsbezogene Angaben gemäß einer der Listen nach Art. 13 oder Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 bereits dann im Sinne von Art. 10 Abs. 3 dieser Verordnung „beigefügt“ sind, wenn sich der Verweis auf der Vorderseite und die zugelassenen Angaben auf der Rückseite einer Umverpackung befinden und nach der Verkehrsauffassung die Angaben zwar inhaltlich eindeutig auf den Verweis bezogen sind, der Verweis aber keinen eindeutigen Hinweis wie etwa einen Sternchenhinweis auf die rückseitigen Angaben enthält.⁹¹ Daneben wird die Frage aufgeworfen, ob auch bei Verweisen auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile im Sinne des Art. 10

⁸⁷ EuGH-Vorlage vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 235/16](#) – GRUR 2019, 97 ff. = PharmRecht 2019, 16 ff.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁹⁰ EuGH-Vorlage vom 12. Juli 2018 – [I ZR 162/16](#) – GRUR 2018, 989 ff. = WRP 2018, 1062 ff.; an diesem Verfahren ist unsere Kanzlei beteiligt.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung vorliegen müssen.⁹²

b)

In einem Revisionsurteil hat der I. Zivilsenat entschieden, dass den Artt. 86 und 89 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel nicht zu entnehmen ist, dass allein die **Werbung für einzelne Heilmittel** verboten sein kann, die Werbung für lediglich ihrer Art nach bestimmte Arzneimittel oder das gesamte Warensortiment dagegen erlaubt ist.⁹³ Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes sind bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ohne grenzüberschreitenden Bezug auch nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson-Vereinigung/Zentrale⁹⁴ weder aus unionsrechtlichen noch aus verfassungsrechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam.⁹⁵

c)

Um die **Patentfähigkeit eines Medizinprodukts**, und zwar konkret um eine **in-trakardiale Pumpvorrichtung**, ging es in einem Berufungsurteil, welches den X. Zivilsenat beschäftigt hatte.⁹⁶ Eine weitere Patentnichtigkeitssache⁹⁷ betraf ein **diagnostisches Verfahren zur Bestimmung der Ätiologie entzündlicher Prozesse**.

Das dritte entschiedene Patentverfahren rankte sich um die **Patentfähigkeit eines expandierbaren Stents sowie ein System zum Einsetzen eines solchen Stents**.⁹⁸ Die Klägerin hatte das Streitpatent insgesamt wegen fehlender Patentfähigkeit und fehlender Ausführbarkeit seiner technischen Lehre angegriffen und war hiermit in sämtlichen Instanzen erfolgreich.⁹⁹

⁹² a.a.O., juris, Rn. 36.

⁹³ Urteil vom 29. November 2018 – [I ZR 237/16](#) – GRUR 2019, 203 ff. = PharmR 2019, 50 ff.

⁹⁴ Urteil vom 19. Oktober 2016 – C 148/15 – GesR 2016, 801 ff. = NJW 2016, 3771 ff.

⁹⁵ Urteil vom 29. November 2018 – [I ZR 237/16](#) – juris, Rn. 31.

⁹⁶ Urteil vom 20. November 2018 – [X ZR 17/17](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁷ Urteil vom 02. Oktober 2018 – [X ZR 118/16](#) – ebenfalls veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁸ Urteil vom 25. September 2018 – [X ZR 117/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Außer den bereits vorstehend unter 7. angesprochenen Vorlagen zur Vorabentscheidung des I. Zivilsenats zur Abgabe kostenloser Fertigarzneimittel (Apothekenmuster) sind in der Berichtsperiode keine weiteren einschlägigen Judikate bekannt geworden.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit verfahrens- und prozessrechtlichen Besonderheiten hatten sich der III., VI., VIII. sowie IX. Zivilsenat zu befassen.

a)

Um die **Herausgabe von Kopien der Behandlungsdokumentation bezüglich eines Krankenhausaufenthalts** ging es in einem Rechtsbeschwerdeverfahren beim III. Zivilsenat.¹⁰⁰ Der Kläger hatte gegen die landgerichtliche Klageabweisung Berufung eingelegt, die wegen **Nichterreichens der Berufungsbeschwer** von mehr als 600,00 € nach § 522 Abs. 1 ZPO verworfen wurde. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und rechtzeitig eingelegte Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg.¹⁰¹

Soweit das Berufungsgericht den Wert der Berufung auf lediglich 187,50 € festgesetzt hatte, ließ sich dies nicht mit Erfolg angreifen. Soweit der Kläger eingewandt hatte, **nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** noch eine **Erweiterung** vornehmen zu können, war dies für die Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes nicht relevant.¹⁰²

¹⁰⁰ Beschluss vom 20. September 2018 – [III ZB 20/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 6 ff.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 10.

b)

Ebenfalls mit der **Verwerfung einer Berufung** hatte sich der VIII. Zivilsenat im Zusammenhang mit der Klage eines gesetzlich krankenversicherten Klägers gegen einen Hörgeräteakustiker zu befassen.¹⁰³

Auch hier hatte das Berufungsgericht die Berufung **wegen Nichterreichens der notwendigen Berufungsbeschwer** als unzulässig verworfen. Die hiergegen anhängig gemachte Rechtsbeschwerde hatte indes Erfolg.¹⁰⁴

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Berufung sei im Hinblick auf die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unzulässig, verletzte den Kläger in seinem aus **Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip** abzuleitenden **Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes**.¹⁰⁵ Die Besonderheit der zum Erfolg der rechtsbeschwerdeführenden Fallgestaltung lag darin, dass das **Amtsgericht von einer Beschwer von mehr als 600,00 € ausgegangen** war. Von daher hatte es keine Veranlassung gesehen, zu prüfen, ob die Berufung möglicherweise auch nach § 511 Abs. 4 ZPO hätte zugelassen werden müssen.

Hat das erstinstanzliche Gericht keine Veranlassung gesehen, die Berufung nach § 511 Abs. 4 ZPO zuzulassen, weil es den Streitwert – wie vorliegend – auf über 600,00 € festgesetzt hat und deswegen von einem entsprechenden Wert der Beschwer der unterlegenen Partei ausgegangen ist, **hält aber das Berufungsgericht diesen Wert für nicht erreicht, so muss das Berufungsgericht**, das insoweit nicht an die Streitwertfestsetzung des Erstgerichts gebunden ist, die **Entscheidung darüber nachholen, ob die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung nach § 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ZPO erfüllt sind**. Denn die unterschiedliche Bewertung der Beschwer darf nicht zu Lasten der Partei gehen.¹⁰⁶

Die Rechtsbeschwerde des Klägers führte deshalb zur Aufhebung des Verwerfungsbeschlusses des Landgerichts und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht. Dieses wird bei der **Bestimmung des Be-**

¹⁰³ Beschluss vom 21. August 2018 – [VIII ZB 1/18](#) – JurBüro 2018, 614.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

schwerdegegenstandes gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO auf das **Interesse des Rechtsmittelführers an der Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung** abstellen müssen. Maßgebend ist dessen wirtschaftliches Interesse am Erfolg des Rechtsmittels. Dieses wiederum wird durch den Umfang der prozessualen Rechtskraftwirkung bestimmt, die das Urteil haben würde, wenn es nicht angefochten werden könnte.¹⁰⁷ Geht es – wie hier – um eine positive Feststellungsklage, ist der Wert einer derartigen Feststellungsklage in der Weise zu bemessen, dass von dem Wert einer entsprechenden Leistungsklage im Hinblick darauf, dass der Kläger mit einem Feststellungsausspruch keinen vollstreckbaren Titel erhält, ein Abschlag von 20 % zu machen ist.¹⁰⁸

c)

In den Tatsacheninstanzen kommt es immer wieder vor, dass **Anträge der beweisführenden Partei auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen** in verfahrensfehlerhafter Weise behandelt werden. So wird immer wieder verkannt, dass eine Partei zur **Gewährleistung des rechtlichen Gehörs** einen Anspruch darauf hat, dass sie einem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann, es sei denn, der Antrag wäre verspätet oder rechtsmissbräuchlich.¹⁰⁹

Für die Frage, ob die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens geboten ist, kommt es nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von einer Partei nachvollziehbar dargetan worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung hat die Partei **zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf**, dass sie dem Sachverständigen die **Fragen**, die sie zur Aufklärung der Sache erforderlich hält, zur **mündlichen Beantwortung** vorlegen kann.¹¹⁰

Dieser **Pflicht zur Anhörung des Sachverständigen** ist der **Tatrichter nur ausnahmsweise dann enthoben**, wenn der **Antrag auf Anhörung verspätet oder rechtsmissbräuchlich gestellt** worden ist. Von letzterem kann nicht die Rede sein,

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹⁰⁹ Beschluss vom 10. Juli 2018 – [VI ZR 580/15](#) – zitiert nach juris.

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 8.

wenn die Partei (wie in § 411 Abs. 4 ZPO vorgesehen) konkret vorgetragen hat, worin sie Unklarheiten und Erläuterungsbedarf im Hinblick auf das schriftliche Sachverständigengutachten sieht und in welcher Richtung sie ihr Fragerecht ausüben will.¹¹¹ Äußerungen medizinischer Sachverständiger sind kritischer auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen. Dies gilt sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen als auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger, selbst wenn es um Privatgutachten geht. Der Tatrichter darf den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt.¹¹²

d)

Verlangt der Geschädigte für eine erlittene Körperverletzung uneingeschränkt ein Schmerzensgeld, so werden durch den Klageantrag nach dem **Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes** alle diejenigen **Schadensfolgen erfasst, die entweder bereits eingetreten und objektiv erkennbar waren oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte.**¹¹³ Lediglich solche Verletzungsfolgen, die zum Beurteilungszeitpunkt auch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war, mit denen also nicht oder nicht ernstlich gerechnet werden musste und die deshalb zwangsläufig bei der Bemessung des Schmerzensgeldes unberücksichtigt bleiben müssen, werden von einem Klageantrag auf Schmerzensgeldzahlung nicht umfasst und können deshalb die Grundlage für einen Anspruch auf weiteres Schmerzensgeld und Gegenstand eines Feststellungsantrags sein.¹¹⁴

e)

Werden zwei **einfache Streitgenossen rechtskräftig zur Zahlung von Schadensersatz als Gesamtschuldner verurteilt**, so steht ihre Haftung zwar im Verhältnis zum Gläubiger, nicht aber im Verhältnis zwischen den Streitgenossen selbst rechtskräftig fest.¹¹⁵ Jedem der rechtskräftig als Gesamtschuldner verurteilten Streitgenos-

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 10.

¹¹³ Urteil vom 10. Juli 2018 – [VI ZR 259/15](#) – NJW-RR 2018, 1426 f. = VersR 2018, 1462 f.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹¹⁵ Urteil vom 20. November 2018 – [VI ZR 394/17](#) – GesR 2019, 109 ff. = RuS 2019, 112 f.; an

sen bleibt im nachfolgenden Rechtsstreit um den **Innenausgleich** damit die Möglichkeit, die im Vorprozess bejahte Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber und damit auch das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses überhaupt in Frage zu stellen.¹¹⁶

f)

Beauftragt der Prozessbevollmächtigte einer Partei einen anderen Rechtsanwalt damit, eine Berufungsschrift zu erstellen, zu unterschreiben und wegen des mit Ende des Tages eintretenden Ablaufs der Berufungsfrist an das Berufungsgericht zu faxen, unterlässt es der beauftragte Rechtsanwalt dann aber versehentlich, die von ihm erstellte und unterschriebene Berufungsschrift per Fax an das Berufungsgericht zu versenden, so ist das darin liegende **Verschulden des beauftragten Rechtsanwalts der Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen**.¹¹⁷ Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet in diesem Fall aus.

Der **mit einem Prozessbevollmächtigten in bloßer Bürogemeinschaft tätige Rechtsanwalt** ist allerdings nicht allein aufgrund dieses Umstands bevollmächtigter der Partei des eigentlichen Prozessbevollmächtigten i.S.v. § 85 Abs. 2 ZPO.¹¹⁸ Ist er vom Prozessbevollmächtigten im konkreten Fall **unterbevollmächtigt** worden, gilt aber jedenfalls dann anderes, wenn ihm die Sache nach den gesamten Umständen des Einzelfalles zur selbständigen Bearbeitung und nicht nur in Bezug auf untergeordnete Hilfstätigkeiten zugewiesen worden ist.¹¹⁹ Ein dem Unterbevollmächtigten im Rahmen seiner in Untervollmacht erbrachten Tätigkeit vorzuwerfendes Verschulden ist in einem solchen Fall der Partei über § 85 Abs. 2 ZPO direkt zuzurechnen.

g)

Um einen **Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** ging es auch in einer weiteren Rechtsbeschwerdeentscheidung. In der dortigen Fallkonstellation war

¹¹⁶ diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹¹⁸ Beschluss vom 20. November 2018 – [VI ZB 32/17](#) – AnwBl 2019, 166 = NJW 2019, 605 ff. = VersR 2019, 317 f.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

a.a.O., juris, Rn. 8.

die **Übermittlung eines kurz vor 23:58 Uhr begonnenen fünfseitigen Schriftsatzes misslungen.**¹²⁰

Wird eine **Berufungsbegründung per Telefax übersandt**, kommt es für die Rechtzeitigkeit ihres Eingangs allein darauf an, ob sie bei Ablauf des letzten Tages der Frist **vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen** ist. Dabei hat der Rechtsmittelführer die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsbegründung zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen,¹²¹ was im vorliegenden Fall nicht gelungen war.

Wird ein fünfseitiger Schriftsatz kurz vor 23:58 Uhr mithilfe eines Telefaxgerätes an das Gericht übermittelt und geht dieser Schriftsatz erst nach 24:00 Uhr vollständig ein, scheidet ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten an der Fristwahrung nur aus, wenn er vorträgt und glaubhaft macht, dass nach seinen Erfahrungswerten bei einer üblichen Übertragungsdauer von einem Eingang vor 24:00 Uhr auszugehen war.¹²² Bei der **Faxübermittlung** ist wegen **schwankender Übertragungsgeschwindigkeiten** eine **gewisse Zeitreserve einzukalkulieren**, wobei der Rechtsanwalt ansonsten **grundsätzlich einen Zeitbedarf von 30 Sekunden je Seite anzusetzen** hat und von daher im konkreten Fall mit einer voraussichtlichen Übermittlungsdauer von 2:30 Minuten und mithin einem vollständigen Eingang erst am Folgetag zu rechnen war.¹²³

Im konkreten Fall kam hinzu, dass unabhängig vom Vorliegen hinreichender Wiedereinsetzungsgründe die **Monatsfrist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO)** nicht gewahrt war. Die Frist des § 234 Abs. 1 ZPO beginnt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu laufen, sobald die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter erkannt hat oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass die Rechtsmittelfrist versäumt war.¹²⁴ In diesem Zeitpunkt ist das Hindernis behoben, durch welches die Partei von der Einhaltung der Frist abgehalten worden ist. Ein

¹²⁰ Beschluss vom 27. September 2018 – [IX ZB 67/17](#) – MDR 2018, 1456 f. = NJW-RR 2018, 1398 ff.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 21.

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 23.

Hindernis ist nicht erst bei Kenntnis des wahren Sachverhalts entfallen; es ist auch behoben, sobald die Unkenntnis und damit die Verhinderung nicht mehr **unverschuldet** ist. Unter Berücksichtigung dieser Grundätze musste der Prozessbevollmächtigte im Anschluss an eine ausdrückliche am 24. März 2017 vorgenommene fernmündliche Erkundigung beim Berichterstatter des Berufungsgerichts davon ausgehen, dass die Berufungsbegründung verspätet eingegangen war. Ab diesem Zeitpunkt war die Unkenntnis und damit die Verhinderung nicht mehr unverschuldet und mithin die Monatsfrist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) in Gang gesetzt, die wiederum durch den erst nach Ablauf der Monatsfrist beim Berufungsgericht eingegangenen Wiedereinsetzungsantrag nicht mehr gewahrt werden konnte.¹²⁵

Karlsruhe, den 08. Mai 2019



Dr. Menne Meyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.