

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 2. Halbjahr 2017**

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

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

---

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

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

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

## 1.

### Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

#### a)

In einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde ging es um **Verbrennungen eines Patienten** durch atypischen Stromfluss **bei der Verwendung eines Hochfrequenzgeräts**.<sup>4</sup> Der Kläger war im von der Beklagten zu 2 betriebenen Krankenhaus von dem Beklagten zu 1 **wegen eines Prostata-Karzinoms** unter Verwendung eines Hochfrequenzgeräts (Elektrokauter) operiert worden. Am Folgetag wurde bei dem Kläger eine Rötung mit Blasenbildung auf beiden Gesäßhälften festgestellt, die sehr schmerzhaft war. Die Befunde wiesen eine Verbrennung Stadium 2a mit einer Längenausdehnung von 20 cm und einer Breitenausdehnung von 10 cm aus. In der weiteren Folge entwickelten sich entzündliche Komplikationen, die aufgrund deutlich angestiegener Entzündungsparameter, einem Fieberanstieg auf 38,8°C und eines MRT-Befundes in Form einer sog. nekrotisierenden Faszitis notoperiert werden mussten. Bei der Notoperation wurde das von dem nekrotisierenden Entzündungsgeschehen erfasste Binde- und Muskelgewebe entfernt. In der weiteren Folge schloss sich eine Revisionsoperation mit der Entfernung von entzündetem Muskel- und Bindegewebe an. Aus Hygienegründen war darüber hinaus die vorübergehende Anlage eines Anus praeter erforderlich.

Der Kläger hatte geltend gemacht, dass seine **Lagerung** und/oder die Durchführung der Operation mit dem Hochfrequenzgerät **fehlerhaft** gewesen waren. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen und angenommen, dass es im Rahmen der Operation zwar zu einer erheblichen

---

<sup>4</sup> Beschluss vom 26. September 2017 – [VI ZR 529/16](#) – juris, Rn. 8.

Verbrennung im Bereich des Rückens und des Gesäßes des Klägers gekommen sei. Dies beruhe aber nicht auf einem Behandlungsfehler der Beklagten, sondern stelle einen schicksalhaften Verlauf dar. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen.<sup>5</sup>

Die beim Bundesgerichtshof anhängig gemachte **Nichtzulassungsbeschwerde führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits** an das Berufungsgericht. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe einen Behandlungsfehler in Form fehlerhafter Lagerung nicht bewiesen, beruhte auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>6</sup> Das **Berufungsgericht hatte verkannt, das nach Operationen entstandene Lagerungsschäden grundsätzlich als vollbeherrschbar gelten, mit der Folge, dass sich die Behandlungsseite von der Fehlervermutung entlasten muss.**<sup>7</sup> Danach sind die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und die Beachtung der dabei zum Schutz des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden ärztlichen Regeln Maßnahmen, die dem Risikobereich des Krankenhauses und dem ärztlichen Bereich zuzuordnen sind und von diesem voll beherrschbar sind.<sup>8</sup> Die vom Berufungsgericht beiläufig erwähnten Umstände (OP-Dauer, Übergewicht des Patienten und Periduralanästhesie) waren allesamt Risikofaktoren, die vor der Operation eingeplant werden konnten. Das Berufungsgericht hatte sich aber schon nicht mit der Frage befasst, ob für den Fall, dass Ursache der Schädigung des Klägers keine Verbrennung, sondern eine fehlerhafte Lagerung im engeren Sinne ist, eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen des objektiv beherrschbaren Risikos in Betracht kommt.

---

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 3 und 4.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 m.w.N.

**b)**

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör spielt in Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren in Arzthaftungssachen regelmäßig eine gewichtige Rolle. So ist etwa auch dann eine **Gehörsverletzung** anzunehmen, **wenn ein Gericht bei seiner Annahme, ein Behandlungsfehler sei nicht als grober Fehler anzusehen, von der Partei vorgetragene, für die Bewertung des Behandlungsgeschehens erhebliche Umstände übergeht.**<sup>9</sup> Nachdem bei der Klägerin in den Jahren 2003 und 2004 bei Behandlungen erhöhte Creatinkinase-Werte (CK-Werte) festgestellt worden und auch in der Folgezeit deutlich erhöhte CK-Werte gemessen worden waren, hatte sich die Klägerin im September 2007 wegen des Verdachts auf einen Epstein-Barr-Virus-Infekt (erneut) in der Klinik der Beklagten vorgestellt. Während der stationären Behandlung erfolgte unter konsiliarischer Hinzuziehung eine (erneute) EMG-Untersuchung. Diese ergab keinen elektromyographischen Hinweis auf eine Myopathie. In dem damaligen Konzilbefund war u. a. vermerkt: **„Aufgrund der unklaren CK-Erhöhung Muskelbiopsie relativ indiziert.“**<sup>10</sup> Eine Muskelbiopsie wurde tatsächlich aber nicht umgesetzt, wobei die Gründe hierfür nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unklar geblieben waren.

Die **Klägerin hatte der Beklagten vorgeworfen, dass infolge unterlassener Diagnostik in den Jahren 2004 und 2007 die Erkrankung nicht früher bemerkt und behandelt worden sei.** Das Landgericht hatte die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und mündlicher Anhörung eines Sachverständigen abgewiesen, wobei die Berufung erfolglos geblieben war.<sup>11</sup> Die Nichtzulassungsbeschwerde führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht war nämlich unter entscheidungserheblichem Verstoß gegen Art. 103

---

<sup>9</sup> Beschluss vom 07. November 2017 – [VI ZR 173/17](#) – juris, Rn. 14; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

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

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

Abs. 1 GG zu der Annahme gelangt, dass der im Jahr 2007 von ihm festgestellte Befunderhebungsfehler nicht als grober Fehler anzusehen sei.<sup>12</sup>

**Der Gehörsverstoß bestand darin, dass das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen das Vorbringen der Klägerin nicht berücksichtigt und nicht hinreichend zur Kenntnis genommen hatte, dass das Unterlassen der Muskelbiopsie nicht auf einer planmäßigen und nachvollziehbaren Entscheidung der Beklagten, sondern auf einem Organisationsfehler beruhte.**<sup>13</sup>

Zutreffend war das Berufungsgericht noch davon ausgegangen, dass ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Es hatte auch noch im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass sich ein Verstoß des Krankenhausträgers gegen ihm obliegende Organisationspflichten im Einzelfall als grober Fehler darstellen kann. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügte allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht den Sachvortrag der Klägerin zu den Umständen des hier vorliegenden Einzelfalls nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt hatte. So hatte die Klägerin vorgetragen, das Unterbleiben der Muskelbiopsie habe nicht auf einer bewussten Entscheidung der behandelnden Ärzte, sondern auf einem Organisations- und Übertragungsfehler beruht, in deren Folge zu Unrecht angenommen worden sei, eine Muskelbiopsie sei nicht indiziert, obwohl das Gegenteil der Fall war.<sup>14</sup> Diese Bewertung des Behandlungsgeschehens hatten weder der Sachverständige noch das Berufungsgericht in ihre Erwägungen einbezogen, mit der Folge, dass sich die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht auf ein tatsächliches Behandlungsgeschehen, sondern auf einen lediglich fiktiven Sach-

---

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

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

verhalt bezogen, nämlich darauf, ob eine Muskelbiopsie bei einer – tatsächlich nicht vorliegenden – Abwägung der Chancen und Risiken durch die behandelnden Ärzte hätte unterbleiben dürfen.<sup>15</sup>

**Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht nun aufzuklären haben, aus welchen Gründen die Muskelbiopsie trotz der konsiliarisch festgehaltenen relativen Indikation unterblieben ist.**

c)

**Das Berufungsgericht muss eine in erster Instanz angehörte Partei nochmals anhören, wenn es deren Aussage anders würdigen will als die Vorinstanz.** Trägt das Berufungsgericht dem nicht Rechnung, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>16</sup>

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist dabei eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht einen bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals gemäß § 398 Abs. 1 ZPO vernehmen, wenn es dessen Aussage anders würdigen will als die Vorinstanz. **Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit der Aussage betreffen.**<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>16</sup> Beschluss vom 25. Juli 2017 – [VI ZR 103/17](#) – juris, Rn. 9; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

**Diese Grundsätze gelten nach § 451 ZPO für die Parteivernehmung entsprechend.** Auch von der Würdigung der Aussage der Partei darf das Rechtsmittelgericht nicht abweichen, ohne die Partei erneut vernommen zu haben. Trägt das Berufungsgericht dem nicht Rechnung, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

**Nichts anderes kann gelten, wenn das Erstgericht die Partei nicht förmlich vernommen, sondern lediglich nach § 141 ZPO informativ angehört hat.** Jedenfalls soweit die Angaben der Parteien in die Beweiswürdigung des Erstgerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO Eingang gefunden haben und dort in ihrer Glaubhaftigkeit bewertet wurden, kann das Berufungsgericht nicht ohne eigene Anhörung von dieser Würdigung abweichen.<sup>18</sup>

**d)**

In einem weiteren Fall beruhte der Erfolg der Nichtzulassungsbeschwerde darauf, dass die **Beurteilung des Berufungsgerichts**, den Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, den **Kläger unzureichend über Behandlungsalternativen aufgeklärt** zu haben, auf einer **Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs** aus Art. 103 Abs. 1 GG beruhte.<sup>19</sup>

Der 1964 geborene Kläger hatte sich am 23. Februar 2009 in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Klinikum wegen belastungsabhängiger Schmerzen im rechten Fuß vorgestellt. Ein mitgebrachtes MRT zeigte eine inkomplette Sehnenruptur des musculus tibialis posterior. Eine im Klinikum der Beklagten zu 1 veranlasste Röntgenaufnahme führte zur Diagnose eines erworbenen Pes Planovalgus rechts mit tibialis posterior Dysfunktion Grad II. Eine fortgeschrittene Arthrose im Sprunggelenk ergab sich nicht. Dem Kläger waren von einem Vorbehandler Einlagen verordnet worden. Diese hatten aber nicht zu einer Besserung der Beschwerden geführt.

---

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>19</sup> Beschluss vom 26. September 2017 – [VI ZR 81/17](#) – juris, Rn. 10; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Dem Kläger wurde von den im Klinikum der Beklagten zu 1 tätigen Ärzten eine komplexe Rückenfußkorrektur rechts, gelenkerhaltend im Sinne einer kombinierten Calcaneus-Verlängerungs- und Verschiebungsosteotomie mit lateraler Beckenkammspan-Interposition, einem FDL-Transfer sowie einer plantarisierenden Metatarsale I-Osteotomie empfohlen. Im Mai 2009 wurde der Eingriff im Hause der Beklagten zu 1 durch den Beklagten zu 2 durchgeführt und der Kläger anschließend aus der Klinik entlassen. In der Folgezeit ergaben sich diverse Komplikationen, wobei der Kläger u.a. geltend macht, die Operation sei nicht indiziert gewesen, da konservative Behandlungsmöglichkeiten zuvor nicht ausgeschöpft worden seien. Insbesondere sei er nicht über die Behandlungsalternative einer konservativen Therapie mit Gips, Orthese oder physikalischen Maßnahmen aufgeklärt worden.

Während das Landgericht die Klage abgewiesen und das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hatte, führte die Nichtzulassungsbeschwerde zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Auch hier hatte das Berufungsgericht das Recht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

Mit der Nichtzulassungsbeschwerde hatte der Kläger zum einen beanstandet, das **Berufungsgericht habe nicht zur Kenntnis genommen, dass er – der Kläger – sein erstinstanzliches Vorbringen zur fehlenden Indikation der Operation auch zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht habe.** Daneben und **in zweiter Linie** hatte die Nichtzulassungsbeschwerde den **Vorwurf** erhoben, dass die **Beurteilung des Berufungsgerichts, den Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, den Kläger unzureichend über Behandlungsalternativen aufgeklärt zu haben, ebenfalls** auf einer **Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs** aus Art. 103 Abs. 1

GG beruhe. Die beiden **Gehörsrügen hatten ein durchaus unterschiedliches Schicksal.**

**aa)**

Soweit dem Berufungsgericht vorgeworfen worden war, nicht zur Kenntnis genommen zu haben, dass der **Kläger in der Berufungsinstanz die Frage der Indikation der Operation zum Gegenstand seines Vorbringens gemacht hatte**, blieb der **dahingehende Zulassungsangriff erfolglos** und zwar deshalb, weil der Kläger eine solche Gehörsverletzung im Anschluss an den dem Zurückweisungsbeschluss vorangehenden Hinweisbeschluss hätte gesondert beanstanden müssen. Konkret geht die Argumentation dahin, dass der Geltendmachung des Gehörsverstoßes wegen Nichtberücksichtigung dieses Vorbringens der **allgemeine Grundsatz der Subsidiarität** entgegensteht.<sup>20</sup> Nach dem vorbenannten Subsidiaritätsgrundsatz muss ein Beteiligter die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Dies soll dem in § 295 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken entsprechen, nach dessen Inhalt eine Partei eine Gehörsverletzung nicht mehr rügen kann, wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes gebliebenen Möglichkeiten zu einer Äußerung nicht genutzt hat.<sup>21</sup> **Als Möglichkeit, die Gehörsverletzung zu rügen, stellt der Bundesgerichtshof auf den Inhalt des vorliegend in dem Berufungsverfahren abgesetzten Hinweisbeschlusses ab. In diesem *Hinweisbeschluss* hatte das Berufungsgericht ausdrücklich und in Fettdruck darauf hingewiesen, dass der Vorwurf, die Operation sei nicht indiziert gewesen, von der Berufung nicht mehr weiterverfolgt werde.** In Ansehung dieses klaren Hinweises verlangt der Bundesgerichtshof eine Reaktion des Klägers und führt aus, dass dieser die Möglichkeit, das Berufungsgericht auf das fehlerhafte Verständnis der Berufungsbegründung hinzuweisen, nicht genutzt hat. In seinem im Anschluss an den Hinweis-

---

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

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

beschluss eingereichten Schriftsatz hatte dieser lediglich beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen.<sup>22</sup> Statt dieses Antrags auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung oblag es dem Kläger nach dem allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität, die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten auszuschöpfen, um eine Korrektur des drittinstanzlich geltend gemachten Gehörsverstoßes zu erwirken oder einen Gehörsverstoß zu verhindern. Im Klartext: **Der Kläger hätte auf den Hinweisbeschluss reagieren und mitteilen müssen, dass er seinen Vorwurf, die Operation sei nicht indiziert gewesen, weiterhin aufrecht erhalte.** Da er dies unterlassen hatte, ist es ihm im Rahmen einer sich gegen den Zurückweisungsbeschluss erhobenen Nichtzulassungsbeschwerde verwehrt, das Übergehen seines Vorbringens zur nicht indizierten Operation im Hinweisbeschluss und Zurückweisungsbeschluss beim Bundesgerichtshof mit der Gehörsrüge zu beanstanden.<sup>23</sup>

**bb)**

**Erfolg** hatte die Nichtzulassungsbeschwerde allerdings **insoweit, als das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hatte, den Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, den Kläger unzureichend über Behandlungsalternativen aufgeklärt zu haben.** Diese Beurteilung beruhte auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>24</sup>

Wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht beanstandet hatte, hatte das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers in der Berufungsbegründung nicht berücksichtigt, wonach ausweislich der Angaben des Privatsachverständigen im Streitfall konservative Möglichkeiten zur Behandlung der beim Kläger festgestellten Tibialis-posterior-Sehnen-Dysfunktion – nämlich regressierende Behandlungsmöglichkeiten mit Gips, Orthese sowie physikalische Maßnahmen – zur Verfügung gestanden hätten, über

---

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

die der Kläger nicht aufgeklärt worden war, und wonach die Auffassung des Privatsachverständigen im Widerspruch zu der des gerichtlichen Sachverständigen stand, weshalb bereits das Landgericht den Sachverhalt weiter hätte aufklären müssen.<sup>25</sup> **Der Geltendmachung dieses Gehörverstoßes stand der Grundsatz der Subsidiarität nicht entgegen. Zwar** findet sich die **entsprechende Beurteilung** des Berufungsgerichts **ebenfalls im Hinweisbeschluss. Der Kläger** ist dieser Beurteilung auch im Rahmen seines im Anschluss an den Hinweisbeschluss eingereichten Schriftsatzes **nicht gesondert entgegengetreten**, sondern hatte auch insoweit lediglich beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen. **Dies gereicht ihm aber nicht zum Nachteil.** Das **Berufungsgericht hatte seine Beurteilung**, ein Widerspruch zwischen den Ausführungen des Privatsachverständigen und denen des gerichtlichen Sachverständigen sei nicht zu erkennen, **nicht begründet.** Es hatte sich darauf beschränkt, einen anderen Standpunkt als den vom Kläger vertretenen einzunehmen. Dieser hatte die Widersprüche zwischen den Ausführungen des Privatsachverständigen und denen des gerichtlichen Sachverständigen in der Berufungsbegründung im Einzelnen aufgezeigt und als rechtsfehlerhaft beanstandet, dass sich das Landgericht mit der abweichenden Einschätzung des Privatsachverständigen in keiner Weise auseinandergesetzt hatte. **Der gegenteiligen Auffassung des Berufungsgerichts hätte der Kläger nur dadurch entgegengetreten können, dass er seine bereits in der Berufungsbegründung erhobenen Rügen wiederholt hätte. Hierzu war er aber nicht gehalten.**<sup>26</sup>

e)

Wird eine **Amtshaftungsklage** (hier: gegen einen beamteten Oberarzt einer Universitätsklinik) wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen Dritten (hier: die Universitätsklinik) verbunden und ist **die Frage, ob diesen eine Ersatzpflicht trifft, noch nicht entscheidungsreif**, darf der Amtshaftungsklage **nicht** mit dem Hinweis auf die noch nicht geklärte Er-

---

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

satzpflicht des (einfachen) Streitgenossen **durch Teilurteil abgewiesen werden**, weil die Entscheidung hierüber für den durch Teilurteil entschiedenen Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist.<sup>27</sup>

Im konkreten Fall hatte die Klägerin diverse Beklagte (zu 1 bis 5) auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung in Anspruch genommen. Das Landgericht hatte die Klage hinsichtlich der Beklagten zu 3 und 4 – der Beklagte zu 3 war aufsichtsführender beamteter Oberarzt der Anästhesie, die von den Beklagten zu 4 und 5 durchgeführt wurde – durch **Teilurteil** abgewiesen, da etwaige Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagten zu 3 und 4 jedenfalls verjährt seien. Die hiergegen erhobene Berufung der Klägerin blieb erfolglos und führte auf die daraufhin anhängig gemachte Nichtzulassungsbeschwerde dazu, dass der Senat die im Umfang der gegen den beamteten Oberarzt der Anästhesie geführten Klage die Revision zugelassen und den Rechtsstreit **insoweit** unter Aufhebung der Instanzentscheidungen an das Landgericht zurückverwiesen hat. Das Berufungsgericht hätte die Abweisung der gegen den Beklagten zu 3 gerichteten Klage durch das Landgericht in einem Teilurteil nämlich nicht für zulässig halten dürfen.<sup>28</sup>

**Ein Teilurteil darf auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit des Streitgegenstandes nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen – auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht – ausgeschlossen ist.** Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidung ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Eine solche Gefahr besteht namentlich bei einer

---

<sup>27</sup> Urteil vom 21. November 2017 – [VI ZR 436/16](#) – juris, Rn. 10; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

Mehrheit selbständiger prozessualer Ansprüche, wenn zwischen den prozessual selbständigen Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind.<sup>29</sup> Eine materiell-rechtliche Verzahnung kann bei objektiver Häufung inhaltlich zusammenhängender Anträge, aber auch bei Klagen gegen mehrere Personen (subjektive Klagehäufung) auftreten. Ein Teilurteil über die Klage gegen einen von mehreren einfachen Streitgenossen ist daher in der Regel unzulässig, wenn die Möglichkeit besteht, dass es in demselben Rechtsstreit, auch im Instanzenzug, zu einander widersprechenden Entscheidungen kommt. Zwar muss gegenüber einfachen Streitgenossen grundsätzlich keine einheitliche Entscheidung getroffen werden. Eine Teilentscheidung ist aber nur zulässig, wenn sie unabhängig von der Entscheidung über den restlichen Verfahrensgegenstand ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Teilurteil nur auf Gründen beruht, die ausschließlich diesen Streitgenossen berühren.<sup>30</sup>

**Nach den vorstehenden Grundsätzen durfte das Berufungsgericht das Teilurteil des Landgerichts nicht mit der Erwägung bestätigen, der Beklagte zu 3 könne sich hinsichtlich seiner deliktischen Eigenhaftung auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen und die Klägerin müsse sich auf die anderweitige Ersatzmöglichkeit gegen die Beklagten zu 1, 4 und 5 verweisen lassen. So lange nämlich diese Ersatzmöglichkeit nicht endgültig geklärt ist, besteht die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen.<sup>31</sup>**

Eine Ersatzmöglichkeit gegen den Beklagten zu 4 scheidet bereits deshalb aus, weil das Berufungsgericht die Klageabweisung wegen Verjährung – rechtskräftig – bestätigt hat. Damit ist keine Aussage darüber getroffen, ob der Beklagte zu 4 ursprünglich ersatzpflichtig gewesen ist und ob die Klägerin eine – vorrangige – erfolgreiche Inanspruchnahme des

---

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

Beklagten zu 4 lediglich schuldhaft versäumt hat, in welchem Fall sie sich auf den Wegfall der Ersatzmöglichkeit nicht berufen dürfte. Sollte das Landgericht nach weiterer Beweisaufnahme auch eine Haftung der Beklagten zu 1 und 5 verneinen, bestünde keine anderweitige Ersatzmöglichkeit der Klägerin, so dass eine persönliche Haftung des Beklagten zu 3 aus § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auszuschließen wäre. **Das reicht aus, um ein Teilurteil unzulässig zu machen.**<sup>32</sup>

Ist **ein Beamter** wegen einer **Amtspflichtverletzung** nach § 839 BGB auf Leistung von Schadensersatz **allein verklagt**, so kann zwar, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht auszuschließen ist, die Klage als (derzeit) unbegründet abgewiesen werden. Wird aber die Amtshaftungsklage – wie hier – **wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen Dritten verbunden**, und ist die Frage, ob diesen eine Ersatzpflicht trifft, noch nicht entscheidungsreif, **dann darf die Amtshaftungsklage nicht mit dem Hinweis auf die noch nicht geklärte Ersatzpflicht des (einfachen) Streitgenossen durch Teilurteil abgewiesen werden**, weil die Entscheidung hierüber für den durch Teilurteil entschiedenen Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist.<sup>33</sup>

Da etwaige deliktische Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten zu 3 auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht verjährt sind und das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB wie oben ausgeführt eine Klageabweisung im Wege des Teilurteils nicht rechtfertigt, stellt dessen Erlass einen wesentlichen Verfahrensmangel dar. Angesichts der teilweise noch ausstehenden, teilweise vom Landgericht zwischenzeitlich weiterbetriebenen umfangreichen Beweisaufnahme wäre das **Berufungsgericht im Streitfall auch nicht aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit befugt gewesen, den im ersten Rechtszug anhängig geblieben Teil des Rechtsstreit zur Beseitigung des Verfahrensfehlers an sich zu ziehen** und darüber mitzuentcheiden.

---

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

Das Berufungsgericht hätte vielmehr das erstinstanzliche Urteil aufheben und die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO an das Landgericht zurückverweisen müssen. Da dem so ist, hat der Senat diese Entscheidung gemäß § 563 Abs. 3 ZPO im Umfang der Anfechtung im Rahmen der Revision nachgeholt und den **Rechtsstreit nicht an das Berufungsgericht, sondern an das Landgericht zurückverwiesen.**<sup>34</sup>

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

Das private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

### **a)**

Der IV. Zivilsenat war mit einer Fallkonstellation im Rahmen einer Krankheitskostenversicherung befasst. Konkret ging es um die **Erstattungsfähigkeit der Kosten für ein Elektrostimulationsgerät** bei einem an einer Fußhebeschwäche leidenden Versicherungsnehmer.<sup>35</sup>

Der Streit der Parteien ging darum, ob der private Krankenversicherer verpflichtet war, dem Kläger, der in Folge des Ausfalls von Nervenfunktionen an einer Fußhebeschwäche litt, die Kosten für ein Elektrostimulationsgerät „Walk Aide 1000“ zu erstatten. Insoweit hatte der Kläger die Auffassung vertreten, das Elektrostimulationsgerät sei ein orthopädischer Stützapparat im Sinne der einschlägigen Versicherungsbedingungen, die zwar den Ersatz eines Elektrostimulationsgerätes nicht vorsahen, aber – nach Auffassung des Klägers – insoweit „zukunftsfähig“ hätten ausgelegt werden müssen. Konkret sei das Gerät den erstattungsfähigen „Beinprothesen“ oder „Motor-Bewegungsschienen“ zuzuordnen.

---

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>35</sup> Beschluss vom 05. Juli 2017 – [IV ZR 116/15](#) – NJW-RR 2017, 1064 ff. = RuS 2017, 488 ff.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision blieb erfolglos und wurde zurückgenommen, nachdem der IV. Zivilsenat mitgeteilt hatte, die Revision durch Beschluss nach § 552a Satz 1 ZPO zurückweisen zu wollen. **Mit dem Berufungsgericht verstand auch der Bundesgerichtshof die einschlägigen Versicherungsregelungen über die Erstattung der Kosten für Hilfsmittel dahin, dass es sich um einen abgeschlossenen Katalog ersatzfähiger Hilfsmittel handelte.** Der in dem Katalog aufgeführte orthopädische Stützapparat ist nach dem Sprachgebrauch des technischen Lebens ein mechanisches Gerät, welches infolge seiner eigenen Stabilisierung in der Lage ist, Gewichte oder Kräfte aufzunehmen, um so Körperteile oder Gliedmaßen, die damit überfordert sind, zu unterstützen, zu entlasten und/oder zu ersetzen.<sup>36</sup> **Ein Gerät, das lediglich elektrische Impulse aussendet, um Muskeln anzuregen, übernimmt deren Stützfunktion nicht und ist mithin nicht als Stützapparat einzustufen.** Schon wegen der Strukturunterschiede zwischen den Systemen der privaten und der gesetzlichen Krankenversicherung können Versicherte einer privaten Krankenversicherung nicht erwarten, in gleicher Weise versichert zu sein, wie Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung. Demzufolge kann jedenfalls für Krankheitskostenversicherungen, die nicht im Basistarif abgeschlossen sind, den Vorschriften des Sozialgesetzbuches V, insbesondere den Regelungen in § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V, kein das Leistungsversprechen des privaten Krankenversicherers bestimmendes gesetzliches Leitbild entnommen werden.<sup>37</sup>

**b)**

Ein zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenes Urteil befasst sich mit der Erhebung von Daten aufgrund rechtswidrig erlangter

---

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

Schweigepflichtentbindungen.<sup>38</sup> Die Entscheidung zeigt den unter der Geltung des neuen § 213 VVG bestehenden Konflikt zwischen informationeller Selbstbestimmung und Arglistschutz auf. Obwohl seit der Einführung des § 213 VVG klare Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Schweigepflichtentbindungen gestellt werden, **kann auch eine rechtswidrige Datenerhebung Grundlage für eine wirksame Anfechtung seitens des Versicherers sein.** § 213 VVG steht der Zulässigkeit sog. allgemeiner Schweigepflichtentbindungen nicht entgegen. Der Versicherer darf im Rahmen seiner Leistungsprüfung dem Versicherten die Erteilung einer solchen Erklärung aber regelmäßig nicht abverlangen.<sup>39</sup>

Auch nach Inkrafttreten des § 213 VVG ist in Fällen der Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage, insbesondere bei Nichtbeachtung der Vorgaben des § 213 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und 4 VVG, sachlich-rechtlich **zu prüfen, ob der Versicherer nach § 242 BGB gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen und insbesondere darauf gestützt von dem Gestaltungsrecht der Arglistanfechtung Gebrauch zu machen.**<sup>40</sup>

### 3. Berufsrecht der Heilberufe

Der II. Zivilsenat war in einem Rechtsbeschwerdeverfahren mit einer Konstellation befasst, in der ein Apotheker seine Apotheke mit der Firma „C.-Apotheke Inh. W. R. e.K.“ sowie **eine Einzelprokura für einen nicht einen approbierten Apotheker in das Handelsregister hatte eintragen lassen.**

---

<sup>38</sup> Urteil vom 05. Juli 2017 – [IV ZR 121/15](#) – NJW 2017, 3235 ff. = VersR 2017, 1129 f. = ZfSch 2017, 571 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

Konkret ging es um eine vom Registergericht gemäß § 395 FamFG angekündigte Löschung der Prokuraeintragung, die damit begründet worden war, dass ein Apotheker gemäß § 7 Apothekengesetz (ApoG) keine Prokura erteilen dürfe.<sup>41</sup> Den hiergegen eingelegten Widerspruch hatte das Registergericht zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht hatte den Beschluss auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 aufgehoben und das Registergericht angewiesen, die Prokura nicht aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zu löschen. Dagegen wandte sich die Beteiligte zu 3 mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Die Rechtsbeschwerde blieb im Ergebnis erfolglos, wobei es allerdings **nicht darauf ankam, ob die Eintragung der Prokura berufsrechtlich gegen § 7 ApoG verstieß**. Die vom Registergericht angekündigte Löschung der Prokuraerteilung war bereits deshalb aufzuheben, **weil ein etwaiger Verstoß gegen § 7 ApoG nicht der Prüfungsbefugnis des Registergerichts unterfiel**.<sup>42</sup> Die Prüfung eines Verstoßes der Prokuraerteilung in § 7 ApoG durch das Registergericht ist nämlich nach § 7 HGB ausgeschlossen.

Die Erteilung einer Prokura durch einen Apotheker ist ansonsten selbst bei einem Verstoß gegen § 7 ApoG weder sittenwidrig noch strafbar.<sup>43</sup> **Die Frage, inwieweit die Erteilung einer Prokura der in § 7 ApoG vorgeschriebenen Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung widerspricht, ist in Rechtsprechung und Schrifttum, insbesondere seit der beschränkten Zulassung des Mehrbesitzes an Apotheken durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14. November 2003 umstritten**. Teilweise wird vertreten, mit der berufsrechtlichen Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung sei es generell unvereinbar, einem Mitarbeiter die umfas-

---

<sup>41</sup> Beschluss vom 25. Juli 2017 – [II ZB 8/16](#) – MDR 2017, 1372 f. = NZG 2017, 1226 ff. = WM 2017, 2023 ff.

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

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

sende und gegenüber Dritten nicht beschränkte Vertretungsbefugnis eines Prokuristen einzuräumen. Nach anderer Ansicht ist danach jedenfalls die Prokuraerteilung an einen Nichtapotheker unzulässig. Zunehmend wird jedoch unter Verweis auf eine schrittweise Liberalisierung des Apothekenrechts insbesondere durch die Zulassung des beschränkten Mehrbesitzes auch vertreten, dass die Erteilung einer Prokura durch einen Apotheker entweder generell, zumindest aber an einen Filialleiter gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ApoG oder Vertreter gemäß § 2 Abs. 5 ApBetrO zulässig sein soll.<sup>44</sup> Danach wäre die Beachtung der Vorgaben des § 7 ApoG durch die konkrete Ausgestaltung des Prokuraverhältnisses und die Überwachung des Prokuristen sicherzustellen.

#### 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

Wenn auch nicht unmittelbar zu Vergütungsansprüchen eines Zahnarztes, so aber doch zu den im Rahmen der **Bemessung des Erwerbsschadens an die Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebs eines Selbständigen (hier: Zahnarztpraxis)** zu stellenden Anforderungen finden sich lesenswerte Ausführungen in einem Urteil des VI. Zivilsenats.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>45</sup> Urteil vom 19. September 2017 – [VI ZR 530/16](#) – GesR 2017, 794 ff. = NJW 2018, 864 ff. = ZMGR 2018, 32 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der Kläger, ein selbständiger Zahnarzt, hatte bei einem Unfall u.a. eine Verletzung am linken Handgelenk erlitten, die ihn bei seiner zahnärztlichen Tätigkeit dauerhaft beeinträchtigte. Während die Tatsacheninstanzen seinem Begehren auf Verdienstfall nur in beschränktem Umfang stattgegeben hatten, führte die vom Bundesgerichtshof zugelassene Revision zur einer weitergehenden Verurteilung.

Mit der Begründung des Berufungsgericht konnte ein Anspruch auf Ersatz des weiter geltend gemachten Verdienstschadens nach Maßgabe von §§ 842; 249 Abs. 1; 252 Satz 2 BGB nicht verneint werden.<sup>46</sup> Zwar ist die **Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruches in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO freigestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Richter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat.**<sup>47</sup> Vorliegend hatten die Vorinstanzen aber verkannt, dass dem Geschädigten die **Darlegungs- und Beweiserleichterungen nach §§ 252 BGB; 287 ZPO** zugute kommen. An die schwierige Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebs eines Selbständigen dürfen dabei keine zu strengen Maßstäbe angelegt werden. Die Klage darf deshalb nicht wegen lückenhaften Vortrags zur Schadensentstehung und Schadenserhöhung abgewiesen werden, solange greifbare Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung vorhanden sind.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

## 6. Krankenhausrecht

Unter diesem Schwerpunkt ist von zwei Entscheidungen des XII. Zivilsenats in Unterbringungs- bzw. Betreuungssachen zu berichten.

### a)

Die **Zulässigkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme** setzt gemäß § 1906a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB voraus, dass zuvor ernsthaft, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Gericht in jedem Einzelfall festzustellen und in seiner Entscheidung in nachprüfbarer Weise darzulegen.<sup>49</sup>

Im konkreten Fall hatte der Betroffene die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer durch Zeitablauf erledigten Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme begehrt. Die Rechtsbeschwerde hatte Erfolg, da die Instanzgerichte die Genehmigung zur Durchführung der ärztlichen Zwangsmaßnahme ausgesprochen hatten, ohne einen **vorherigen Überzeugungsversuch** ausreichend darzulegen. In der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts fand sich überhaupt nichts zur Frage eines Überzeugungsversuchs, während der erstinstanzliche Beschluss lediglich den nicht näher konkretisierten Hinweis enthielt, dass versucht worden sei, den Betroffenen von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahmen zu überzeugen. Diese pauschale Angabe genügte als nachvollziehbare Darlegung nicht.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Beschluss vom 13. September 2017 – [XII ZB 185/17](#) – NJW 2017, 3714 f. = FamRZ 2017, 2056.

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 und 7.

b)

Mit den **Anforderungen an einen Überzeugungsversuch vor der Durchführung einer Zwangsbehandlung im Rahmen einer einstweiligen Unterbringung** nach § 126a StPO befasst sich ein weiterer vom XII. Zivilsenat abgesetzter Beschluss.<sup>51</sup>

Wenn der Betroffene bereits frühzeitig umfassend über die Vor- und Nachteile der beabsichtigten Medikamenteneinnahme aufgeklärt worden ist, während der Zeit der Unterbringung regelmäßig auf die Medikamenteneinnahme angesprochen und ebenso ständig versucht wurde, ihn von einer freiwilligen Medikamenteneinnahme zur überzeugen, er aber ein eingehendes Gespräch abgelehnt hat, sind die Anforderungen erfüllt, die § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SächsPsychKG, der im vorliegenden Fall der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO anwendbar ist, als Voraussetzungen für die gerichtliche Genehmigung einer ärztlichen Zwangsbehandlung aufstellt.<sup>52</sup>

## 7.

### Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts ranken sich diverse Entscheidungen des I. Zivilsenats.

a)

In einer **als „Knochenzement I“** bezeichneten Entscheidung hat der I. Zivilsenat ausgesprochen, dass ein nach § 3a UWG i.V.m. § 17 UWG gestützter **Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Fruchtziehung** aus einer vorangegangenen Verletzung von Betriebsgeheimnissen **nicht den Vertrieb und die Bewerbung von Produkten erfasst, die zwar Nachfolgeprodukte von unter Verletzung von**

<sup>51</sup> Beschluss vom 30. August 2017 – [XII ZB 430/16](#) – FamRZ 2017, 1869 = RuP 2018, 32.  
<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

**Betriebsgeheimnissen hergestellten Produkten sind, selbst aber nicht unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen hergestellt werden.**<sup>53</sup> Die Ausnutzung der Auswirkungen eines vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens ist nicht per se, sondern nur dann nach der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gem. § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie unmittelbar mit dem vorangegangenen Wettbewerbsverstoß zusammenhängt und ihrerseits die Voraussetzungen einer unlauteren geschäftlichen Handlung i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG erfüllt.<sup>54</sup> Anknüpfend an diese Grundsätze hat der I. Zivilsenat deshalb ausgesprochen, dass die Belieferung von Abnehmern mit „H. “-Knochenzementen und die Werbung hierfür keinen Verstoß gegen §§ 3; 4 Nr. 11 UWG a.F. sowie §§ 3; 3a UWG n.F. jeweils i.V.m. § 17 UWG darstellt.<sup>55</sup>

**b)**

In einer Entscheidung „**Knochenzement II**“<sup>56</sup> ging es um die Zulässigkeit einer **Pressemitteilung**, mit der die Beklagte im Internet mit der Angabe „Zurück an die Spitze: B vertreibt ab sofort H®-Knochenzemente“ warb. Die Klägerin hatte beanstandet, dass die Beklagte mit dieser Werbung eine **Spitzenstellung** behauptet.

**Der I. Zivilsenat hat ausgesprochen, dass der Verkehr mit der Behauptung einer Spitzenstellung regelmäßig die Erwartung verbindet, dass der Anbieter in der Lage ist, nach den maßgeblichen Kriterien von Qualität, Service und Preis für den Käufer besonders attraktive Produkte anzubieten;** dass das Unternehmen eine in der Werbung herausgestellte Spitzenstellung nicht (allein) durch eigene Leistung bei der Entwicklung oder dem Vertrieb eines besonders wettbewerbsfähigen Produkts, sondern unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen eines Wettbewerbers erreicht hat, stellt der Verkehr erfahrungsgemäß nicht in Rechnung.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 161/16](#) – WRP 2018, 424 ff.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

<sup>56</sup> Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 160/16](#) – WRP 2018, 429 ff.

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

Bewirbt der Anbieter ein neues Produkt unter Hinweis auf die in der Vergangenheit mit einem anderen Produkt erworbene Marktführerschaft, ist das Verschweigen dieses Umstands deshalb im Regelfall geeignet, eine unrichtige Vorstellung über die Leistungspflicht eines Anbieters hervorzurufen und damit die Entschließung des Publikums über den Erwerb des beworbenen Nachfolgeprodukts im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG in unlauterer Weise zu beeinflussen.<sup>58</sup>

**c)**

In letzter Linie ist noch über eine Entscheidung im Zusammenhang mit dem **Vertrieb** von zwei **Kräutermischungen** mit den Bezeichnungen „Detox“ und „Detox mit Zitrone“ zu berichten.<sup>59</sup>

Das Berufungsgericht hatte einer Klage des Verbandes Sozialer Wettbewerb stattgegeben und ausgesprochen, dass es sich bei den Produktbezeichnungen um irreführende i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV) und um unzulässige gesundheitsbezogene Angaben im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel handele. **Die angesprochenen Verkehrskreise verstünden die Bezeichnung „Detox“ nämlich im Sinne einer entgiftenden Wirkung des Tees auf den menschlichen Körper.** Dies erwecke beim Durchschnittsverbraucher den Eindruck, der Verzehr der beworbenen Tees habe wegen der darin enthaltenen pflanzlichen Stoffe eine entgiftende Wirkung und führe zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes.

Die gegen die Unterlassungsverurteilung vom Berufungsgericht zugelassene Revision führte durch Beschluss gemäß § 552a Satz 1 ZPO zur Zurückweisung, da – wie in der Revisionsentscheidung näher ausgeführt

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

<sup>59</sup> Beschluss vom 06. Dezember 2017 – [I ZR 167/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

wird<sup>60</sup> – die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg hatte.

## 8. Grundzüge des Apothekenrechts

Unter diesem Gliederungspunkt ist über zwei Entscheidungen, einmal des I. Zivilsenats sowie des Kartellsenats, zu berichten.<sup>61</sup>

### a)

Die Vorschrift des **§ 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV** legt für den **pharmazeutischen Großhandel** bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken mit den dort vorgesehenen Großhandelszuschlägen **lediglich eine Preisobergrenze fest**.<sup>62</sup> Der Großhandel ist danach nicht verpflichtet, einen Mindestpreis zu beanspruchen, der der Summe aus dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens, der Umsatzsteuer und einem Festzuschlag von 0,70 € entspricht. Er **kann** deshalb nicht nur auf den in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV genannten preisabhängigen bis zur Hilfsgrenze von 3,15% veränderlichen Zuschlag, höchstens jedoch 37,80 €, sondern auch **auf den darin erwähnten Festzuschlag von 0,70 € ganz oder teilweise verzichten**.<sup>63</sup>

### b)

Der Kartellsenat hatte unter dem Entscheidungsnamen „Almased Vitalkost“ über die Zulässigkeit einer Aktion zu entscheiden, in der sich die Beklagte mit einem Prospekt an Apotheken gewandt und diesen angeboten hatte, sie mit mindestens 12, höchstens 90 Dosen des Produktes unter

---

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

<sup>61</sup> Im Übrigen vgl. auch oben unter 3. – [II ZB 8/16](#) – zur Frage des Prüfungsumfangs des Registergerichts im Amtslöschungsverfahren im Blick auf eine von einem Apotheker an einen Nichtapotheker erteilte Prokura und die Frage eines hierin etwaig liegenden Verstoßes gegen § 7 ApoG.

<sup>62</sup> Urteil vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 172/16](#) – GesR 2018, 179 ff. = GRUR 2017, 1281 ff. = NJW-RR 2018, 106 ff. = PharmR 2018, 8 ff. = WRP 2018, 60 ff.

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

Gewährung eines Rabatts von 30% zu beliefern. Die Klägerin hatte darin ein Angebot zu einer Vereinbarung gesehen, mit der ein Mindestverkaufspreis festgelegt werden sollte und einen Verstoß gegen **§ 21 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB** gerügt und die Beklagte auf Unterlassung sowie Ersatz der Abmahnkosten in Anspruch genommen. Während die Klage beim Landgericht noch erfolgreich gewesen war, führte die Berufung zur Klageabweisung und die vom Kartellsenat zugelassene Revision zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil.<sup>64</sup>

Im Ausgangspunkt noch zutreffend hatte das Berufungsgericht angenommen, dass ein Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB in der bis zum 08. Juni 2017 geltenden Fassung i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB begründet ist, wenn ein Unternehmen einem anderen Unternehmen einen Vorteil verspricht, um es zu einem Verhalten zu veranlassen, welches gegen § 1 GWB verstößt.<sup>65</sup>

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts **durfte ein Verstoß gegen § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. 1 GWB aber nicht deshalb verneint werden, weil die Aktion der Beklagten nicht auf eine spürbare wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gerichtet war.** Im Weiteren wird dann ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Urteil vom 17. Oktober 2017 – [KZR 59/16](#) – WRP 2018, 199 ff.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 18 ff.

## 9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben den IV., VI., IX. sowie XII. Zivilsenat beschäftigt.

### a)

In erster Linie ist über diverse Entscheidungen zu berichten, in denen es um versäumte Fristen und die Frage ging, ob **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** zu bewilligen war.

### aa)

**Ein Prozessbevollmächtigter muss seine Partei darüber unterrichten, ob, in welchem Zeitraum, in welcher Weise und bei welchem Gericht gegen eine Entscheidung Rechtsmittel eingelegt werden kann.**<sup>67</sup> Diese Unterrichtung erfordert eine richtige Belehrung über den Zeitpunkt des Ablaufs der Rechtsmittelfrist.<sup>68</sup>

Im maßgeblichen Fall hatten die Kläger nicht dargelegt, dass ihr vorinstanzlicher Prozessbevollmächtigter seine Mitarbeiterin genau und unverständlich angewiesen hatte, den Zeitpunkt des Ablaufs der Einlegungsfrist mitzuteilen. Wegen der **Bedeutung der Notwendigkeit einer richtigen Belehrung über den Zeitpunkt des Ablaufs der Rechtsmittelfrist** hätte der Rechtsanwalt **diese Aufgabe** zudem **nur einem gut ausgebildeten und zuverlässigen Büropersonal**, welches er mit **genauen, unmissverständlichen Anweisungen** zu versehen hatte, **übertragen** dürfen.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Beschluss vom 18. Juli 2017 – [VI ZR 52/16](#) – AnwBl 2017, 1117 = MDR 2017, 1203 = NJW-RR 2017, 1210 f. = VersR 2017, 1419 f.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 f.

**bb)**

Fristversäumnisse beruhen nicht selten darauf, dass ein **Rechtsanwalt** aufgrund einer **Erkrankung** die zur Wahrung einer Frist notwendigen Maßnahmen nicht ergreift. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Rechtsanwalt aber selbst bei einer unvorhergesehenen Erkrankung **alle ihm dann noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Frist ergreifen.**<sup>70</sup>

Auch **der krankheitsbedingte Ausfall** des Rechtsanwalts **am letzten Tag der Frist rechtfertigt für sich** genommen deshalb **eine Wiedereinsetzung** noch **nicht**. An einem dem Verfahrensbeteiligten gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden Verschulden seines Rechtsanwalts fehlt es nur dann, wenn infolge der Erkrankung weder kurzfristig ein Vertreter eingeschaltet noch ein Fristverlängerungsantrag gestellt werden konnte; auch dies ist glaubhaft zu machen.<sup>71</sup>

**cc)**

Ein Prozessbevollmächtigter ist verpflichtet, einen **Fristverlängerungsantrag darauf zu überprüfen, ob er an das zuständige Gericht adressiert ist.**<sup>72</sup>

Erteilt der Rechtsanwalt eine den Inhalt der Rechtsmittelschrift oder des Antrags auf Verlängerung der Rechtsmittelfrist betreffende Weisung im Vorfeld der Erstellung des Schriftsatzes, so entbindet ihn diese Anordnung regelmäßig nicht von seiner Pflicht, das ihm in der Folge vorgelegte Arbeitsergebnis vor der Unterzeichnung sorgfältig auf die richtige und vollständige Umsetzung der anwaltlichen Vorgaben zu überprüfen.<sup>73</sup> Im konkreten Fall war der Fristverlängerungsantrag anstatt an das Oberlandes-

<sup>70</sup> Beschluss vom 20. Dezember 2017 – [XII ZB 213/17](#) – MDR 2018, 295; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>72</sup> Beschluss vom 29. August 2017 – [VI ZB 49/16](#) – MDR 2017, 1381 f. = NJW-RR 2018, 56 ff. = VersR 2018, 186 ff.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

gericht an das Landgericht adressiert worden und nach Weiterleitung erst nach Ablauf der Frist beim Oberlandesgericht eingegangen.<sup>74</sup>

**dd)**

Über den Umfang der **Pflichten des unzuständigen Gerichts bei Eingang eines fristgebundenen Schriftsatzes** verhält sich eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs.<sup>75</sup>

Ein unzuständiges Gericht, welches zuvor mit der Sache befasst war, ist verpflichtet, fristgebundene Schriftsätze für das Rechtsmittelverfahren, die bei ihm eingereicht werden, im ordentlichen Geschäftsgang an das zuständige Rechtsmittelgericht weiterzuleiten. Geschieht dies tatsächlich nicht, ist der Partei **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** unabhängig davon zu gewähren, auf welchen Gründen die fehlerhafte Einreichung beruht. Dies **setzt aber voraus, dass die fristgerechte Weiterleitung des Schriftsatzes im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs des angegangenen Gerichts möglich und damit zu erwarten gewesen wäre, was die Partei in ihrem Wiedereinsetzungsgesuch darzulegen und glaubhaft zu machen hat**. Zu Maßnahmen außerhalb des ordentlichen Geschäftsgangs besteht dagegen keine Verpflichtung. Auch ein mit der Sache im vorausgegangenen Rechtszug befasst gewesenes Gericht ist nicht verpflichtet, die Partei oder ihre Prozessbevollmächtigten innerhalb der Berufungsfrist durch Telefonat oder Telefax von der Einreichung der Berufung beim unzuständigen Gericht zu unterrichten.<sup>76</sup>

**ee)**

**Ein Rechtsmittelführer ist nur solange als an der fristgemäßen Einreichung der Rechtsmittelbegründung gehindert anzusehen, wie ihm die Prozessakten trotz seines rechtzeitigen Akteneinsichtsgesuchs**

---

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 1.

<sup>75</sup> Beschluss vom 19. September 2017 – [VI ZB 37/16](#) – FamRZ 2018, 282 f. = MDR 2018, 173 f. = NJW-RR 2018, 314 f. = VersR 2018, 316 f.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

**nicht oder nicht vollständig zur Verfügung stehen.**<sup>77</sup> Ein Antrag auf Akteneinsicht ist in diesem Zusammenhang nicht schon deshalb als rechtzeitig gestellt anzusehen, weil er (gerade) noch vor Ablauf der Rechtsmittelbegründungsfrist bei Gericht eingegangen ist.<sup>78</sup>

Im konkreten Fall hatte die Klägerin die Beklagte wegen einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung in Anspruch genommen und gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts rechtzeitig Berufung eingelegt. Die Frist zur Berufungsbegründung war antragsgemäß bis einschließlich 09. Mai 2017 verlängert worden. Mit einem an diesem Tage eingegangenen Schriftsatz hatte die Klägerin die nochmalige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um einen weiteren Monat beantragt und ausgeführt, sie lasse die Ausführungen der in erster Instanz angehörten Sachverständigen durch einen eigenen Gutachter prüfen, dessen Urteil noch ausstehe. Damit dieser eine wissenschaftlich fundierte Aussage treffen könne, beantrage sie zudem Akteneinsicht. Sie benötige Aufnahmen, die sich in der Gerichtsakte befinden müssen. Das Berufungsgericht hatte die Klägerin darauf hingewiesen, dass die notwendige Einwilligung der Gegenseite zum zweiten Fristverlängerungsantrag nicht mitgeteilt worden sei. In ihrer Stellungnahme dazu hatte die Klägerin ausgeführt, dass ihr Schriftsatz zugleich als Wiedereinsetzungsantrag auszulegen sei. Hilfsweise hatte sie erneut beantragt, ihr Wiedereinsetzung zu gewähren. An der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist sei sie unverschuldet gehindert gewesen, weil ihr bei Fristablauf die Prozessakte nicht zur Verfügung gestanden habe. Nach Gewährung von Akteneinsicht am 06. Juni 2017 hat die Klägerin die Berufung mit Schriftsatz vom 09. Juni 2017 begründet.

Mit Hinweis darauf, dass das Fristverlängerungsgesuch und die ergänzende Bitte um Akteneinsicht erst am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist beim Gericht eingereicht worden war, hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Berufungsgerichts, keine Wiedereinsetzung zu

---

<sup>77</sup> Beschluss vom 12. Dezember 2017 – [VI ZB 24/17](#) – MDR 2018, 338 = NJW-RR 2018, 311 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

gewähren, bestätigt. Zwar dürfen Fristen grundsätzlich bis zum letzten Tag ausgeschöpft werden.<sup>79</sup> **Falls die sachgerechte Bearbeitung nicht ohne Akteneinsicht möglich ist, reicht es aus, diese so rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu beantragen, dass der bis zum Fristablauf verbleibende Zeitraum nach dem gewöhnlichen Lauf zur Erstellung und Übermittlung der Rechtsmittelbegründung ausreicht.** Der Rechtsmittelführer ist daher nur solange als an der fristgemäßen Einreichung der Rechtsmittelbegründung gehindert anzusehen, wie ihm die Prozessakten trotz eines rechtzeitigen Akteneinsichtsgesuchs nicht oder nicht vollständig zur Verfügung stehen.<sup>80</sup>

Gemessen an diesen Anforderungen hatte die Klägerin den **Antrag auf Akteneinsicht nicht** schon deshalb **rechtzeitig** gestellt, weil dieser noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist – **am letzten Tag der Frist** – bei Gericht eingegangen war. Ein rechtzeitiger Antrag auf Akteneinsicht hätte vielmehr weiter vorausgesetzt, dass der bis zum Fristablauf verbleibende Zeitraum nach dem gewöhnlichen Verlauf zur Erstellung und Übermittlung der Rechtsmittelbegründung ausgereicht hätte.<sup>81</sup>

Da mithin nicht davon auszugehen war, dass die Klägerin rechtzeitig Akteneinsicht beantragt hatte, konnte offenbleiben, ob – wie die Klägerin unter Hinweis auf die allerdings ausschließlich die Revision betreffende Vorschrift des § 551 Abs. 2 Satz 6 Halbsatz 2 ZPO gemeint hatte – bei deren Ausbleiben eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ohne Einwilligung des Gegners über die von § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO vorgesehene Frist hinaus in Betracht kommt.<sup>82</sup>

#### **ff)**

Nach den zur **anwaltlichen Fristenkontrolle** entwickelten Grundsätzen hat der Rechtsanwalt alles ihm Zumutbare zu tun und zu veranlassen,

---

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

damit die Fristen zur Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels gewahrt werden. Für den Fall, dass die **Notierung von Fristen** einer gut ausgebildeten, zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokräft überlassen wird, muss durch geeignete organisatorische Maßnahmen sichergestellt sein, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden.<sup>83</sup> **Ist die Berufungsbegründungsfrist errechnet und befindet sich in den Handakten ein Vermerk über die Notierung der Frist im Fristenbuch, kann sich der Rechtsanwalt grundsätzlich auf die Prüfung des Erledigungsvermerks in der Handakte beschränken und braucht nicht noch zu überprüfen, ob das Fristende auch tatsächlich im Fristenkalender eingetragen ist, außer es drängen sich an der Richtigkeit Zweifel auf.**<sup>84</sup>

Im konkreten Fall ergab sich aus den Darlegungen im Wiedereinsetzungsgesuch weder, dass sich in der Handakte ein auf die Eintragung der Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender bezogener Erledigungsvermerk befand, noch dass es in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten eine entsprechende Anweisung gab. Der fehlende Vortrag zu einem Erledigungsvermerk gab auch keinen Anlass zu weiteren gerichtlichen Aufklärungen gemäß § 139 ZPO, da eine solche nur bei fristgerecht gemachten, aber erkennbar unklaren oder ergänzungsbedürftigen Angaben geboten gewesen wäre.<sup>85</sup>

**b)**

Ab und an kommt es vor, dass in Verfahren beim Bundesgerichtshof unterschiedliche Vorstellungen über den Inhalt einer dort anhängig zu machenden Revisions- oder Nichtzulassungsbeschwerdebegründung bestehen. **Scheitert die Einreichung einer Nichtzulassungsbeschwerdebegründung daran, dass der beauftragte postulationsfähige Rechtsanwalt nicht bereit ist, den rechtlichen Überlegungen der Partei zu fol-**

---

<sup>83</sup> Beschluss vom 19. September 2017 – [VI ZB 40/16](#) – NJW-RR 2018, 58 f. = VersR 2018, 119 f.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

**gen und dies zur Grundlage eines Begründungsschriftsatzes zu machen, rechtfertigt dies für sich genommen nicht die Beiordnung eines Notarwalts nach § 78b Abs. 1 ZPO.<sup>86</sup>**

Nach § 78b Abs. 1 ZPO hat das Gericht, soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, einer Partei auf ihren Antrag einen Notarwalt beizubestimmen, wenn sie einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht findet und die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint. **Hat eine Partei** allerdings – wie hier – zunächst **einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt mandatiert, kommt im Fall der späteren Mandatsniederlegung die Bestellung eines Notarwalts nur dann in Betracht, wenn die Partei die Beendigung des Mandats nicht zu vertreten hat.** Das hat die Partei darzulegen.<sup>87</sup>

Gemessen an diesen Grundsätzen vermochten die Ausführungen im Antrag auf Bestellung eines Notarwalts die Notwendigkeit der Beiordnung eines Notarwalts nicht zu begründen.

**c)**

Letztlich ist noch über eine Entscheidung des IX. Zivilsenats zu berichten, die sich um die **Berechnung des unpfändbaren Teils des Arbeitseinkommens bei Mehrkosten für medizinische Behandlung bzw. die Erhöhung des Pfändungsfreibetrages bei Inanspruchnahme von Pflegegeld und Sachleistungen** rankt.<sup>88</sup>

Auch beim beihilfeberechtigten Privatversicherten rechtfertigen Kosten für die medizinische Behandlung, die von der gesetzlichen Krankenkasse für den gesetzlich Versicherten und der Sozialhilfe für den Sozialhilfeberechtigten nicht übernommen würden, in der Regel keine Erhöhung des un-

---

<sup>86</sup> Beschluss vom 15. November 2017 – [IV ZR 131/17](#) – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>88</sup> Beschluss vom 21. Dezember 2017 – [IX ZB 18/17](#) – NZI 2018, 218 ff. = WM 2018, 292 ff. = ZInsO 2018, 377 ff.

pfändbaren Teils des Arbeitseinkommens.<sup>89</sup> Nimmt der pflegebedürftige Insolvenzschuldner Pflegegeld nach § 37 SGB XI in Anspruch, kann sein Pfändungsfreibetrag nicht wegen der benötigten Hilfestellung für die erforderliche Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung erhöht werden.<sup>90</sup> Nimmt der pflegebedürftige Insolvenzschuldner Sachleistungen nach § 36 SGB XI in Anspruch, kommt eine Erhöhung des Pfändungsfreibetrages in Betracht, wenn die Leistungen der Pflegeversicherung für eine erforderliche und verhältnismäßige Pflege wegen der in § 36 Abs. 3 SGB XI genannten Höchstbeträge nicht ausreichen, sofern die Sozialhilfe im Falle der Mittellosigkeit des Schuldners für die Pflegeleistungen aufkommen würde.<sup>91</sup>

Karlsruhe, den 12. April 2018



**Dr. Siegfried Mennemeyer**  
auch Fachanwalt für Medizinrecht

---

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.