

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2016**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2015 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2016 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der Krankenversicherungen, das Krankenhausrecht sowie über Sachverhalte aus den Bereichen des Berufsrechts einschließlich des Vertrags- und Gesellschaftsrechts bzw. des Vergütungsrechts der Heilberufe, des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts zu berichten. Daneben geht es um Besonderheiten im Verfahrens- und Prozessrecht. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ des Bundesgerichtshofs sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erteilung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

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 2016 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1.

Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

a)

An **Informations- und Substantiierungspflichten der Partei im Arzthafungsprozess** dürfen **nur maßvolle Anforderungen** gestellt werden.⁴

Der **Patient und sein Prozessbevollmächtigter** sind insbesondere **nicht verpflichtet**, sich zur **ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen**.⁵ Im Anschluss an eine Oberschenkelhalsfraktur und diverse Operationsmaßnahmen war es bei der Klägerin zu einer tiefen Infektion gekommen. Während die Klägerin in erster Instanz der Beklagten allgemein die **Nichteinhaltung des anzulegenden Hygienestandards** vorgeworfen hatte, war im Berufungsverfahren vorgetragen worden, dass die nach der Operation vorgenommenen Wunddebridements nicht ordnungsgemäß durchgeführt und insbesondere ein **Debridement der tiefen Wundhöhle nicht erfolgt** sei. Das Berufungsgericht hatte dieses **ergänzende Vorbringen unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen**. Der Gehörsverstoß führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an die Berufungsinstanz. Ausweislich der tatbestandlichen Feststellungen im Berufungsurteil hatte die Klägerin behauptet, ihr sei erstinstanzlich nicht bewusst gewesen, dass im Zusammenhang mit dem Wunddebridement ein für die spätere Infektion ursächlicher Arztfehler passiert sein könne. Hierüber sei sie erst durch ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten unterrichtet worden.

⁴ Beschluss vom 01. März 2016 – [VI ZR 49/15](#) – NJW 2016, 1328 f. = VersR 2016, 795 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht den Vortrag nicht zurückweisen dürfen.⁶

Soweit das Berufungsgericht im Rahmen einer Hilferwägung gemeint hatte, der von der Klägerin im Berufungsverfahren zum Beweis benannte Sachverständige habe unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen keine gerichtsverwertbaren zuverlässigen Feststellungen mehr dazu treffen können, ob das Wunddebridement in infektiönsauslösender Weise fehlerhaft durchgeführt worden sei, war dies ebenfalls verfahrensfehlerhaft.⁷ In der Berufungsentscheidung war **keine eigene Sachkunde des Berufungsgerichts** dargelegt, die die beantragte Hinzuziehung des Sachverständigen hätte entbehrlich machen können.

b)

Dem Arzt ist **kein Diagnoseirrtum, sondern ein Befunderhebungsfehler** vorzuwerfen, **wenn die unrichtige diagnostische Einstufung** bei einer Erkrankung ihren **Grund bereits darin hat, dass der Arzt die nach dem medizinischen Standard gebotenen Untersuchungen erst gar nicht veranlasst** hat.⁸

Ein Befunderhebungsfehler ist gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergreift.⁹ Ein **Diagnoseirrtum setzt aber voraus, dass der Arzt die medizinisch notwendigen Befunde überhaupt erhoben hat**, um sich eine ausreichende Basis für die Einordnung der Krankheitssymptome zu verschaffen. **Hat dagegen die unrichtige diagnostische Ein-**

⁶ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁸ Urteil vom 26. Januar 2016 – [VI ZR 146/14](#) – ArztR 2016, 164 ff. = GesR 2016, 293 f. = NJW 2016, 1447 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 6 m.w.N.

stufung einer Erkrankung ihren Grund bereits darin, dass der Arzt die nach dem medizinischen Standard gebotenen Untersuchungen erst gar nicht veranlasst hat – er mithin aufgrund unzureichender Untersuchungen vorschnell zu einer Diagnose gelangt, ohne diese durch die medizinisch gebotenen Befunderhebungen abzuklären – **dann ist dem Arzt ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen**.¹⁰ Denn bei einer solchen Sachlage geht es im Kern nicht um die Fehlinterpretation von Befunden, sondern um deren Nichterhebung.¹¹

Allerdings steht dem Arzt bei einem einfachen Befunderhebungsfehler die **Möglichkeit offen, zu beweisen, dass die Schädigung des Patienten auch ohne den einfachen Befunderhebungsfehler eingetreten wäre**. Die Annahme eines einfachen Befunderhebungsfehlers führt zwar zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich dessen Kausalität für den eingetretenen Gesundheitsschaden¹², wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde und dieser Fehler generell geeignet ist, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen. Diese Beweislastumkehr nimmt dem Arzt, dem sie zum Nachteil gereicht, aber nicht die Möglichkeit, den **Beweis des Gegenteils** zu führen. Wann dieser Gegenbeweis erbracht ist, obliegt der Beurteilung des Tatrichters. Der Bundesgerichtshof hat deshalb in dem vorliegenden Fall die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen, damit das Berufungsgericht dem Beweisantrag des Arztes auf Einholung eines neonatologischen Sachverständigenutachtens nachgehen konnte.¹³

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹² a.a.O., juris, Rn. 4.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 8.

c)

Der **Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens**, der darauf zielt, der **Patient sei mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen** Operateur einverstanden gewesen, ist nicht erheblich, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen widerspricht (§ 823 Abs. 1 BGB).¹⁴

Der Kläger hatte im Vorfeld seiner Operation eine Wahlleistungsvereinbarung abgeschlossen, nach der eine **Chefarztbehandlung vereinbart** war. In der weiteren Folge war die **Operation** dann **durch** den – nicht liquidationsberechtigten – stellvertretenden **Oberarzt** erfolgt, ohne dass der Patient in dessen Operation eingewilligt hätte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die **durchgeführte Operation** damit **ohne die erforderliche Einwilligung des Klägers** erfolgt.

Soweit die Revision der darauf gestützten Schadenersatzklage entgegenhielt, ein anderer Operateur hätte den Eingriff rechtmäßig vornehmen dürfen, zielte dies auf den **Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens**, für den jedoch im vorliegenden Fall kein Raum war.¹⁵ Die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten, d.h. den Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Zurechnung eines Schadenserfolges beachtlich sein. Dabei muss der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist.¹⁶

Vorliegend war den Beklagten der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt, weil dies dem **Schutzzweck des Einwilligungser-**

¹⁴ Urteil vom 19. Juni 2016 – [VI ZR 75/15](#) – bislang veröffentlicht nur bei juris, mit Anmerkung Makowski, juris, PRMedizinR 8/2016 Anm. 4.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 7.

fordernisses bei ärztlichen Eingriffen (§ 823 Abs. 1 BGB) widerspricht.¹⁷ Vor diesem Hintergrund kann sich der Arzt, der ohne eine auf seine Person bezogene Einwilligung des Patienten operiert hat, nicht darauf berufen, dass der Patient mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen – zumal besser qualifizierten – Operateur einverstanden gewesen sei.¹⁸

Hat eine – mangels wirksamer Einwilligung – rechtswidrig ausgeführte Operation zu einer Gesundheitsbeschädigung des Patienten geführt, so ist es Sache der **Behandlungsseite zu beweisen**, dass der Patient **ohne den rechtswidrig ausgeführten Eingriff dieselben Beschwerden** haben würde, weil sich das Grundleiden in mindestens ähnlicher Weise ausgewirkt haben würde.¹⁹ Dies gilt auch in Fallgestaltungen, in denen – wie hier – **schwerste Vorschädigungen** vorlagen. **Auch in derartigen Fallkonstellationen gilt der Grundsatz, dass der Schädiger zu beweisen hat, dass sich ein hypothetischer Kausalverlauf bzw. eine Reserveysache ebenso ausgewirkt haben würde, wie der tatsächliche Geschehensablauf.**²⁰

d)

Nach wie vor lässt sich der wesentliche Teil der erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerden darauf zurückführen, dass die Berufungsgerichte ihre sich aus **Art. 103 Abs. 1 GG** ergebende Verpflichtung nicht ordnungsgemäß umsetzen. Gehörsverletzungen haben dann gemäß § 544 Abs. 7 ZPO eine Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und eine Zurückweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht zur Folge.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹⁹ Urteil vom 22. März 2016 – [VI ZR 467/14](#) – ArztR 2016, 213 ff. = GesR 2016, 362 f. = ZMGR 2016, 174 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 14.

aa)

In einem Fall war der Anspruch auf rechtliches Gehör des Art. 103 Abs. 2 GG in entscheidungserheblicher Weise dadurch verletzt, als das Berufungsgericht den **Vortrag** der Beklagten, die Mutter der Klägerin habe in einem Aufklärungsgespräch vehement bekundet, **dass für sie nur eine Spontangeburt in Betracht käme**, egal unter welchen Kautelen, **übergangen** und trotz ihres Bestreitens bleibende Schäden der Klägerin angenommen hatte, ohne dazu ein Sachverständigengutachten zu erheben oder die eigene Sachkunde darzulegen.²¹

Der übergangene Vortrag war erheblich. Der Einwand der Behandlerseite, der Patient hätte sich einem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen, ist dabei allerdings grundsätzlich beachtlich (sog. **hypothetische Einwilligung**). Den Arzt trifft insoweit aber die Behauptungs- und Beweislast, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er, wären ihm rechtzeitig die Risiken der Behandlung verdeutlicht worden, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.²²

Im Zusammenhang mit der eingetretenen Plexusparese waren zudem die von der Klägerin behaupteten lebenslangen Beeinträchtigungen auch im Versorgungs- und Erwerbsbereich sowie die behauptete fehlende aktive Außenrotation des rechten Arms streitig, weshalb das Landgericht einen Sachverständigen bestellt hatte, der sich jedoch für nicht kompetent erklärt und in seinem Gutachten ausgeführt hatte, dass die **Beantwortung** dieser **Beweisfrage primär einem (pädiatrisch-)neurologischen/neurochirurgischen Gutachter** obliege. Das Vorgehen des Berufungsgerichts, welches ohne Einholung eines solchen Gutachtens und ohne Darlegung eigener Sachkunde die (bleibenden) Beeinträchtigungen der Klägerin, ins-

²¹ Beschluss vom 08. März 2016 – [VI ZR 243/14](#) – juris, Rn. 7; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²² a.a.O., juris, Rn. 17.

besondere eine nicht vollständige freie Beweglichkeit des rechten Arms, angenommen hatte, waren gehörswidrig.²³

bb)

In einem weiteren Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren erwies sich die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Klägerin ständen Ansprüche auf Ersatz eines ihr entstandenen **Haushaltsführungsschadens** in Höhe von vierteljährlich 1.020,00 € bis zur Vollendung ihres 75. Lebensjahres, auf Ersatz von Verdienstausfall bis zur Vollendung ihres 65. Lebensjahres sowie ein Schmerzensgeld in Höhe bis zu 130.000,00 € zu, als Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs.²⁴ Das Berufungsgericht hatte sich nur **unzureichend und unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG mit dem durch** einen Antrag auf Einholung eines angyologischen und eines strahlentherapeutischen **Sachverständigen-gutachtens unterlegten Vorbringen des Beklagten befasst**, nachdem die Vorerkrankungen der Klägerin, insbesondere ihre gravierende arterielle Verschlusskrankung, auch ohne den Behandlungsfehler des Beklagten zu einer massiven Beeinträchtigung ihrer Leistungs- und Erwerbsfähigkeit mit der Folge geführt hätten, dass die Klägerin ihren **Haushalt auch ohne das haftungsbegründende Ereignis auf Dauer nicht hätte weiterführen und ihrer Berufstätigkeit nicht uneingeschränkt hätte nachgehen können.**²⁵

Die dahingehenden Behauptungen und Beweisangebote waren erheblich, wobei es im Rahmen streitigen Schadensumfangs nicht um die Berücksichtigung eventuell überholter Kausalitäten, sondern um die Schadensermittlung als solche ging. In diesem Rahmen kommt nicht nur der Frage Bedeutung zu, ob auch ohne das konkrete Schadensereignis beim Verletzten eine entsprechende gesundheitliche Entwicklung mit vergleichbaren beeinträchtigenden Auswirkungen zum Tragen gekommen wäre; es

²³ a.a.O., juris, Rn. 12.

²⁴ Beschluss vom 31. Mai 2016 – [VI ZR 305/15](#) – ZMGR 2016, 240 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 7.

ist vielmehr auch das Risiko in die Betrachtung miteinzubeziehen, welches durch die bereits vorhandene Erkrankung für die künftige berufliche Situation des Geschädigten bestanden hat.²⁶

cc)

Gehörsverletzungen können auch im Rahmen eines Prozesskostenhilfesuchts zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren führen.²⁷

Im konkreten Fall ging es um die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, die **Mutter des Klägers nach dem Blasensprung nicht noch einmal über die Schnittentbindung aufgeklärt** zu haben. Eine **nochmalige Aufklärung** der Schwangeren über die Möglichkeit der Schnittentbindung ist allerdings nur dann **geboten, wenn sich nachträglich** – sei es aufgrund einer Veränderung der Situation, sei es aufgrund neuer Erkenntnisse – **Umstände ergeben, die zu einer entscheidenden Veränderung der Einschätzung der mit den verschiedenen Entbindungsmethoden verbundenen Risiken und Vorteile führen** und die unterschiedlichen Entbindungsmethoden deshalb in einem neuen Licht erscheinen lassen. In einem solchen Fall hat der Arzt allerdings die Schwangere zur Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechts und ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit über das veränderte Nutzen-Risiko-Verhältnis – beispielsweise über nachträglich eingetretene oder erkannte Risiken der von ihr gewählten Entbindungsmethode – zu informieren und ihr eine erneute Abwägung der für und gegen die jeweiligen Behandlungsalternativen sprechenden Gründe zu ermöglichen.²⁸

Vorliegend erwies sich die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Entscheidungsgrundlage dafür, ob eine Sectio oder eine vaginale Entbindung durchgeführt werden solle, habe sich nachträglich nicht entscheidend ver-

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

²⁷ Beschluss vom 31. Mai 2016 – [VI ZA 14/16](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 2.

ändert, auf einer unzureichenden Berücksichtigung der Angaben des Sachverständigen und führte deshalb wegen Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG zur Prozesskostenhilfebewilligung.

e)

Dem VI. Zivilsenat sind nicht nur Rechtsstreitigkeiten über Schadenersatzansprüche aus der medizinischen Behandlung von Menschen, sondern auch Schadenersatzansprüche aus der **medizinischen Behandlung von Tieren** zugewiesen. In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat entschieden, dass auch bei der Behandlung eines Tieres durch einen Tierarzt ein **grober Behandlungsfehler**, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, regelmäßig zur **Umkehr der objektiven Beweislast** für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden führt.²⁹

Im **humanmedizinischen Bereich** sind die **Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern**, insbesondere auch bei Befunderhebungsfehlern, **seit langem anerkannt**.³⁰

In einer älteren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof ausgeführt, ein Vergleich der Funktionen könne ergeben, inwieweit Tierarzt und Humanmediziner rechtlich verschieden oder gleich zu behandeln seien. In diesem Zusammenhang war bereits darauf verwiesen worden, dass es bei der Tätigkeit des Tierarztes ebenfalls um die Erhaltung und Heilung eines lebenden Organismus gehe. Andererseits war aber auch die verschiedene wirtschaftliche und rechtliche Zweckrichtung der Tätigkeit betont worden, weil sie sich beim Tierarzt (nach altem Recht, jetzt § 90a BGB) auf Sachen, ja vielfach Waren beziehe und deshalb – begrenzt nur durch die rechtlichen und sittlichen Gebote des Tierschutzes – weithin nach wirt-

²⁹ Urteil vom 10. Mai 2016 – [VI ZR 247/15](#) – NJW 2016, 2502 ff. = VersR 2016, 1002 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 11.

schaftlichen Erwägungen richten müsse, die in der Humanmedizin im Rahmen des Möglichen zurückzudrängen seien.³¹

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr allgemein entschieden, dass **auch bei der veterinärmedizinischen Behandlung bei einem groben Behandlungsfehler**, insbesondere auch bei einem Befunderhebungsfehler, die für die humanmedizinische Behandlung entwickelten **Grundsätze der Beweislastumkehr Anwendung finden**.³² Sowohl die veterinärmedizinischen als auch die humanmedizinischen Tätigkeiten beziehen sich auf einen lebenden Organismus, bei dem der Arzt zwar das Bemühen um Helfen und Heilung, nicht aber den Erfolg schulden kann. Gerade wegen der Eigengesetzlichkeit und weitgehenden Undurchschaubarkeit des lebenden Organismus kann ein Fehlschlag oder Zwischenfall nicht allgemein ein Fehlverhalten oder Verschulden des Arztes indizieren.³³ Im Hinblick darauf kommt dem Gesichtspunkt, die **Beweislastumkehr** solle einen **Ausgleich dafür** bieten, dass das **Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitert oder verschoben** worden ist, auch bei der tierärztlichen Behandlung eine besondere Bedeutung zu. Auch der grob fehlerhaft handelnde Tierarzt hat durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die anerkannten Regeln der tierärztlichen Kunst Aufklärungserchwernisse in das Geschehen hineingetragen und dadurch die Beweisnot auf Seiten des Geschädigten vertieft.³⁴

Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patienten und Patientinnen (§§ 630a ff. BGB) steht dem nicht entgegen. Zwar unterfallen Behandlungsverträge mit Veterinärmedizinern über die Behandlung von Tieren nicht den Regelungen in §§ 630a ff. BGB, weil Patient im Sinne des § 630a Abs. 1 BGB nur ein Mensch ist und die §§ 630a ff. BGB speziell

³¹ so Urteil vom 15. März 1977 – VI ZR 201/75 – VersR 1977, 546 = juris, Rn. 10, 15 und 16 sowie dazu Urteil vom 10. Mai 2016 – [VI ZR 247/15](#) – juris, Rn. 13.

³² Urteil vom 10. Mai 2016 – VI ZR 247/15 –, juris, Rn. 14.

³³ a.a.O., juris, Rn. 15.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

auf die besonderen Bedürfnisse des Menschen und des Schutzes seines Selbstbestimmungsrechts zugeschnitten sind.³⁵

Unter Heranziehung der Gesetzesbegründung zu § 630a BGB und der bereits anfangs dargestellten Überlegungen und unter Hinweis darauf, dass der zentrale Grundgedanke eines ethisch fundierten Tierschutzes insbesondere auch durch § 90a BGB sowie § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB deutlicher hervorgehoben worden ist, **überträgt der VI. Zivilsenat die im humanmedizinischen Bereich im Falle eines groben Behandlungsfehlers entwickelte Beweislastumkehr deshalb nunmehr auch auf die Tierarzthaftung.**

f)

Im Zusammenhang mit dem Recht der medizinischen Behandlung ist letztlich auch noch über die rechtliche **Zulässigkeit eines Presseberichts über eine Organentnahme** zu berichten. Insoweit hat der VI. Zivilsenat entschieden: Eine Tatsachenbehauptung, deren Wahrheitsgehalt ungeklärt ist und die eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit betrifft (hier: die Behauptung, dass bei einer Organentnahme die erforderliche Feststellung des Hirntodes durch einen zweiten Mediziner nicht nur nicht schriftlich vorgelegen, sondern (gar) nicht stattgefunden habe) darf demjenigen, der sie aufstellt oder verbreitet, **solange nicht untersagt werden, wie er sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für erforderlich halten darf.**³⁶

Eine Berufung hierauf setzt voraus, dass vor Aufstellung oder Verbreitung der Behauptung **hinreichend sorgfältige Recherchen** über den Wahrheitsgehalt angestellt werden. An die Wahrheitspflicht dürfen im Interesse der Meinungsfreiheit keine Anforderungen gestellt werden, die die Bereitschaft zum Gebrauch des Grundrechts herabsetzen. Andererseits sind die

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

³⁶ Urteil vom 12. April 2016 – [VI ZR 505/14](#) – MDR 2016, 648 f. = VersR 2016, 938 ff.

Anforderungen umso höher, je schwerwiegender die Äußerung das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt.³⁷

Während die Vorinstanzen den Beklagten noch zur Unterlassung der im Prozess beanstandeten Erklärungen verurteilt hatten, stellt der Bundesgerichtshof unter Abänderung der Berufungsentscheidung fest, dass der Klägerin ein Unterlassungsanspruch nach Maßgabe von § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 823 Abs. 2 BGB sowie §§ 185 ff. StGB nicht zusteht.³⁸

2. Recht der Privaten Krankenversicherung

Das Private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats. Daneben ist aber auch über Entscheidungen des I. sowie des IX. Zivilsenats zu berichten.

a)

Der I. Zivilsenat ist in einem **Wettbewerbsverfahren** zwischen einem **Krankenversicherer** und einem **Versicherungsmakler** tätig geworden.³⁹

Die auf Tarifoptimierung für Versicherungsnehmer privater Krankenversicherungen spezialisierte und als Versicherungsmaklerin tätige Klägerin hatte in Bezug auf verschiedene Versicherungsnehmer der Beklagten dort jeweils ein **Angebot auf Tarifumstellung** angefordert. Der Beklagte hatte sich darauf **in Reaktion auf diese Anfragen mit eigenem Schreiben unmittelbar an die betroffenen Versicherungsnehmer gewandt** und darauf verwiesen, dass Versicherungsmakler und -berater für ihre Beratungsleistungen regelmäßig ein Honorar verlangen, während er – als Ver-

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 38.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

³⁹ Urteil vom 21. Januar 2016 – [I ZR 274/14](#) – GRUR 2016, 825 ff. = VersR 2016, 919 ff. = WRP 2016, 977 ff.

sicherer – die laufende Beratung kostenfrei vornehme. Weiter nannte der Beklagte eine Telefonnummer unter der die Versicherungsnehmer sich bei ihm direkt über das Thema Tarifwechsel unterrichten konnten. Dieses Vorgehen wollte die Klägerin als **Versicherungsmaklerin** nicht hinnehmen und **klagte**, es dem **Beklagten zu untersagen**, während des Verlangens eines beabsichtigten Tarifwechsels oder bis zu einem etwaigen Widerruf der ihr – der Klägerin – in diesem Zusammenhang erteilten Vollmacht **Versicherungsnehmer selbst oder durch Dritte im Zusammenhang mit der Tarifumstellung nach § 204 VVG zu kontaktieren**.

Die **Unterlassungsklage blieb ohne Erfolg**. Die Revisionsentscheidung hält fest: Ein Krankenversicherer behindert einen Versicherungsmakler, der an ihn im Hinblick auf einen Tarifwechsel eines Versicherungsnehmers ein unzumutbares und damit unzulässiges Korrespondenzverlangen gestellt hat, nicht dadurch gezielt in unlauterer Weise, dass er im Hinblick auf dieses Korrespondenzverlangen an den Versicherungsnehmer mit dem Hinweis herantritt, dass im Rahmen des bestehenden Versicherungsverhältnisses die laufende Beratung des Versicherungsnehmers durch den Versicherer einschließlich der Beratung über einen Tarifwechsel kostenfrei erfolgt.⁴⁰

b)

Im Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats hatte sich dieser mit Fällen zur Krankentagegeldversicherung, dem Erstattungsumfang für physiotherapeutische Leistungen, dem Krankheitsbegriff im Bereich der Krankheitskostenversicherung sowie mit Problemen im Zusammenhang mit einem Verlangen auf Tarifwechsel in den Notlagentarif des § 12h VAG zu beschäftigen.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 28.

aa)

Von erheblicher Bedeutung ist die zur Krankentagegeldversicherung getroffene Feststellung, nach der die **Regelung über die Herabsetzung des Krankentagegeldes und des Versicherungsbeitrages in § 4 Abs. 4 der Musterbedingungen** für die Krankentagegeldversicherung 2009 **wegen Intransparenz unwirksam** ist.⁴¹

Der **Kläger**, ein selbständiger Ofensetzer und Fliesenlegermeister, **hatte sich gegen** eine von seinem Krankentagegeldversicherer vorgenommene **Kürzung seines Krankentagegeldes** von kalendertäglich 100,00 € auf 62,00 € **gewandt**. Mit einer sehr detaillierten Begründung hat der IV. Zivilsenat **§ 4 Abs. 4 MB/KT** als **intransparent** im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB bewertet.⁴² Im Einzelnen hat er beanstandet, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer schon nicht mit der gebotenen Klarheit entnehmen kann, welcher **Bemessungszeitpunkt und -zeitraum** für den nach der Regelung vorzunehmenden Vergleich der Einkommen maßgeblich sein soll⁴³ und wie sich das nach der Klausel maßgebliche „**Nettoeinkommen**“ **bei beruflich selbständigen Versicherungsnehmern** zusammensetzt.⁴⁴

bb)

Darum, ob eine an Schmerzen im Bereich der Hals- und Brustwirbelsäule leidende Versicherungsnehmerin auch die Kosten der zur Linderung der Beschwerden **durch ihre Mutter als Physiotherapeutin erbrachten Leistungen** vom Krankenversicherer erstattet verlangt werden konnte, rankt sich eine weitere Revisionsentscheidung des IV. Zivilsenats.⁴⁵

⁴¹ Urteil vom 06. Juli 2016 – [IV ZR 44/15](#) – veröffentlicht bislang nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 29 ff.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 36 ff.

⁴⁵ Urteil vom 13. Juli 2016 – [IV ZR 292/14](#) – veröffentlicht bislang nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Zunächst hält das Revisionsurteil fest, dass **auch physiotherapeutische Leistungen Behandlungen im Sinne des § 5 Abs. 1 Buchst. g MB/KK 2009** sind.⁴⁶

Dies hat dann allerdings zur Folge, dass **für Behandlungen etwa durch Ehepartner, Kinder oder – wie hier – Eltern eine Einschränkung der Leistungspflicht** bestand. Im Übrigen wird die Wirksamkeit der Untersuchungsobliegenheitsklausel des § 9 Abs. 3 MB/KK 2009 bestätigt⁴⁷ und ausgesprochen, dass **§ 213 VVG** auf die Gewinnung von Gesundheitsdaten des Versicherten durch eine vom Privaten Krankenversicherer veranlasste ärztliche Untersuchung **weder unmittelbar noch analog anwendbar** ist.⁴⁸

cc)

Die **Krankheitsfolgen einer kosmetischen Operation** – hier Brustvergrößerung – und die Eintrittspflicht des Krankenversicherers für nachträglich aufgetretene Komplikationen haben den IV. Zivilsenat ebenfalls beschäftigt.⁴⁹

Bereits vor Abschluss des Versicherungsvertrages hatte sich die Ehefrau des Klägers im Jahr 2004 **aus kosmetischen Gründen mittels Implantaten die Brüste vergrößern lassen**, was der Kläger **im Versicherungsantrag bei Beantwortung der dort gestellten Gesundheitsfragen nicht angegeben** hatte. Ende 2011 bildete sich in der rechten Brust der Ehefrau des Klägers, ausgelöst durch das Implantat eine schmerzhafteste Kapsel-fibrose; in ihrer linken Brust war es zu einer Implantatsdislokation gekommen. Am 19. Januar 2012 wurde deshalb ein beiderseitiger Implantatwechsel vorgenommen, für den das ausführende Klinikum 4.629,61 € in Rechnung stellte. Über die Verpflichtung zur Erstattung dieser Kosten bestand Streit. Die **Beklagte lehnte die Kostenerstattung** unter Berufung

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁴⁹ Urteil vom 17. Februar 2016 – [IV ZR 353/14](#) – VersR 2016, 720 ff. = ZMGR 2016, 203 ff.

auf § 5 Teil I (1) b AVB **ab**. Da die Ehefrau des Klägers vor ihrer Operation im Jahre 2004, die nicht zum Zwecke einer Heilbehandlung erfolgt sei, über die mit der Brustvergrößerung verbundenen Risiken aufgeklärt worden sei, zu denen auch eine Kapsel Fibrose oder eine unerwünschte Veränderung zählte, habe sie diese **Komplikationen bedingt vorsätzlich herbeigeführt**. Daneben wurde auch die **medizinische Notwendigkeit** des Implantatwechsels **bestritten**.

Während Landgericht und Berufungsgericht die Klage abgewiesen hatten, führte das Revisionsverfahren zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Insoweit beanstandete der IV. Zivilsenat, die Vorinstanzen hätten **zu Unrecht angenommen, dass** die 2004 **mittels der Implantate herbeigeführte Brustvergrößerung** bei der Ehefrau des Klägers zu einer **Krankheit** im Sinne von § 201 VVG bzw. § 1 Teil I (1) und § 5 Teil I (1) Buchst. b AVB geführt habe.⁵⁰

Da die **2004 durchgeführte Brustvergrößerung** zunächst **zu keiner bedingungsgemäßen Krankheit geführt** habe, komme es überhaupt nicht darauf an, ob sich die Ehefrau des Klägers der damaligen Operation vorsätzlich und freiwillig unterzogen habe.⁵¹ Unabhängig davon, bestehe ein Erfahrungssatz, wonach sich die versicherte Person mit allen ihr durch ärztliche Aufklärung bekannt gewordenen möglichen Krankheitsfolgen eines geplanten ärztlichen Eingriffs, die mit einer gewissen Häufigkeit beobachtet werden, im Sinne einer billigen Inkaufnahme abfindet, nicht.⁵²

dd)

Kann ein Privater Krankenversicherer im Falle eines **Tarifwechsels** des Versicherungsnehmers nach § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. VVG für die Mehrleistung im Zieltarif einen angemessenen **Risikozuschlag** verlangen, so

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 25.

darf er (nur) für diese Mehrleistung auch eine erneute Gesundheitsprüfung durchführen.⁵³

Ansonsten steht dem Privaten Krankenversicherer im Falle eines Tarifwechsels des Versicherungsnehmers nach § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG das Recht zu, für die Mehrleistung im Zieltarif einen **Leistungsausschluss** zu verlangen. Insoweit ist **nicht erforderlich**, dass ein **erhöhtes Risiko** auf Seiten des Versicherungsnehmers vorliegt.⁵⁴

ee)

Die **rückwirkende Einstufung in den Notlagentarif** des § 12h VAG in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung gemäß Art. 7 Satz 2 EGVVG setzt voraus, dass ein Ruhen der Leistungen noch bei Inkrafttreten der Regelung am 01. August 2013 vorliegen hat.⁵⁵

c)

Ergänzend hat sich auch der IX. Zivilsenat mit Fragen im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Krankenversicherungen befasst.

Ansprüche des Versicherers auf Prämien für einen Privaten Krankenversicherungsvertrag aus der Zeit **vor** Insolvenzeröffnung sind **Insolvenzforderungen**.⁵⁶

Zahlt der Schuldner eine Versicherungsprämie für seinen Privaten Krankenversicherungsvertrag in bar aus einem nach **§ 811 Abs. 1 Nr. 8 ZPO** unpfändbaren Geldbetrag, fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung.⁵⁷

⁵³ Urteil vom 20. Juli 2016 – [IV ZR 45/16](#) – VersR 2006, 1108 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁴ Urteil vom 13. April 2016 – [IV ZR 393/15](#) – VersR 2016, 718 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁵ Urteile vom 06. Juli 2016 – [IV ZR 169/15](#) – VersR 2016, 1107 f. sowie – IV ZR 526/15 – veröffentlicht nur bei juris.

⁵⁶ Urteil vom 07. April 2016 – [IX ZR 145/15](#) – NJW-RR 2016, 873 ff. = NZI 2016, 584 f.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 17.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Das Berufsrecht der Heilberufe – und nicht nur dieses – war Gegenstand der nachfolgenden Entscheidungen.

a)

Die Ausübung des selbständigen Berufs des Apothekers stellt bei nur gutachterlicher und fachlich beratender Tätigkeit die Ausübung eines freien Berufs im Sinne von § 1 Abs. 1 und Abs. 2 PartGG dar.⁵⁸

Der Rechtsbeschwerdeführer zu 1 war **Rechtsanwalt**, die Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 war **Ärztin und Apothekerin**. Sie hatten eine Partnerschaftsgesellschaft gegründet und diese als **interprofessionelle Partnerschaft** für das Recht des Arztes und des Apothekers beim Amtsgericht zur Eintragung in das Partnerschaftsregister angemeldet. Das Amtsgericht hatte die Anmeldung zurückgewiesen. Nachdem der II. Zivilsenat die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt und dieses entschieden hatte,⁵⁹ hat der Bundesgerichtshof nunmehr das Registergericht angewiesen, die Partnerschaftsregisteranmeldung – wie beantragt – einzutragen.

Die angemeldete Partnerschaft stellt eine Gesellschaft dar, in der sich Angehörige Freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen. Dabei gehören die selbständige Ausübung des Berufs des Arztes und diejenige des Rechtsanwalts zu den in **§ 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG** ausdrücklich aufgeführten Beispielen für die Ausübung eines Freien Berufes im Sinne des Gesetzes.⁶⁰ Die selbständige Ausübung des Berufs des Arztes setzt nicht voraus, dass die Heilkunde auch in Form der Heilbehandlung ausgeübt wird.⁶¹

⁵⁸ Beschluss vom 12. April 2016 – [II ZB 7/11](#) – NJW 2016, 2263 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁹ Beschluss vom 12. Januar 2016 – 1 BvL 6/13 – NJW 2016, 700 ff.

⁶⁰ Beschluss vom 12. April 2016 – [II ZB 7/11](#) – juris, Rn. 11.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

Auch die Ausübung des selbständigen Berufs des Apothekers stellt jedenfalls bei nur gutachtlicher und fachlich beratender Tätigkeit die Ausübung eines Freien Berufs im Sinne von § 1 Abs. 1 und Abs. 2 PartGG dar.⁶²

Letztlich stand der beantragten Eintragung auch die Vorschrift des § 59a Abs. 1 BRAO nicht entgegen. **§ 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO** ist – mit der hierzu ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – **mit Art. 12 Abs. 2 GG unvereinbar und nichtig**, soweit Rechtsanwälten untersagt wird, sich mit Ärzten und Apothekern zur Ausübung ihrer Berufe zu einer Partnerschaftsgesellschaft zusammenzuschließen.⁶³

b)

Der VI. Zivilsenat hatte sich mit der **Klage eines Zahnarztes** zu befassen, **der in einem Arztbewertungsportal schlecht weggekommen** war und vom Betreiber des Portals die Entfernung des Beitrags verlangte.⁶⁴ Das Berufungsgericht hatte die Klage noch abgewiesen. Der VI. Zivilsenat sah dies anders.

Zwar ist ein **Hostprovider** zur Vermeidung einer Haftung als mittelbarer Störer grundsätzlich nicht verpflichtet, die von den Nutzern ins Netz gestellten Beiträge vor deren Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Er ist aber **verantwortlich, sobald er Kenntnis von Rechtsverletzungen erlangt**.⁶⁵ Ist ein Hostprovider mit der Behauptung eines Betroffenen konfrontiert, ein von einem Nutzer eingestellter Beitrag verletze ihn in seinem Persönlichkeitsrecht, und ist die Beanstandung so konkret gefasst, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptung des Betroffenen unschwer bejaht werden kann, so ist eine Bewertung des gesamten Sachverhalts unter Berücksichtigung einer et-

⁶² a.a.O., juris, Rn. 14.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁶⁴ Urteil vom 01. März 2016 – [VI ZR 34/15](#) – AnwBl 2016, 518 f. = NJW 2016, 2106 ff.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.

waigen Stellungnahme des für den beanstandeten Beitrag Verantwortlichen erforderlich.⁶⁶ Nach weiteren Darlegungen zum Umfang des im Einzelfall zu verlangenden Überprüfungsaufwandes und der in diesem Zusammenhang anzustellenden umfassenden Interessenabwägung kommt der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, dass der Portalbetreiber im konkreten Fall ernsthaft habe versuchen müssen, sich zur Klärung der Beanstandungen des betroffenen Arztes die notwendige Tatsachengrundlage zu verschaffen und sich nicht auf eine rein formale „Prüfung“ habe zurückziehen dürfen.⁶⁷ Eine **notwendige Prüfung** habe **erfordert, mit dem Bewertenden in Kontakt zu treten**. Konkret habe der Bewertende aufgefordert werden müssen, den angeblichen – vorliegend vom Kläger bestrittenen – Behandlungskontakt möglichst genau zu beschreiben und dem Hostprovider als Beleg für den bestrittenen Behandlungskontakt etwa vorhandene Rechnungen, Terminkarten und Zettel, Eintragungen im Bonusheft, Rezepte oder sonstige Unterlagen zukommen zu lassen.⁶⁸

c)

Nicht um das Berufsrecht der Ärzte, sondern um das Berufsrecht der Rechtsanwälte ging es in einem Verfahren beim Anwaltssenat.⁶⁹ Die Klägerin hatte beantragt, ihr die Befugnis zur Führung der Bezeichnung „**Fachanwältin für Medizinrecht**“ zu verleihen. Zum **Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen** hatte sie u.a. **auch veterinärmedizinische Fälle** angeführt. Der Bundesgerichtshof hat die Berufung zugelassen, um grundsätzlich zu entscheiden, inwieweit veterinärmedizinische Fälle im Rahmen des § 5 Abs. 1 Buchst. i FAO berücksichtigt werden können.⁷⁰

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁶⁹ Beschluss vom 30. Mai 2016 – AnwZ (BrfG) 11/16 –.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 2.

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

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

In beiden Sachen wurde ohne Erfolg geltend gemacht, der Rechtsstreit werfe die grundsätzliche **Rechtsfrage** auf, **ob § 33 Ärzte-ZV und § 73 Abs. 7 SGB V eine Gewinnverteilungsregelung in einem Gesellschaftsvertrag zum Betrieb einer Gemeinschaftspraxis verbieten, die nicht zwischen privat- und vertragsärztlichen Umsätzen unterscheidet.**

Nach Auffassung des I. Zivilsenats wäre es auf diese Fragen nur angekommen, wenn ein solches Verbot Teil des inländischen **ordre public** wäre, so dass die Nichtbeachtung des Verbots durch das Schiedsgericht der Vollstreckbarerklärung des Kostenschiedsausspruches entgegenstünde.⁷¹ Was die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte angeht, handelt es sich dabei um eine Rechtsverordnung und damit eine unter dem einfachen Gesetz stehende Rechtsquelle. Insoweit war auch nicht ersichtlich, dass ein unterstellter Verstoß gegen eine Vorschrift, die allein die Zulassungsbedingungen für die Vertragsärzte bestimmt und sich dementsprechend ausschließlich an diese Berufsgruppe richtet, in untragbarem Widerspruch zu den deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen stehen kann. Ohnehin war zu berücksichtigen, dass nach den deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen Gesellschafter, die sich zu gemeinsamer Berufsausübung zusammenschließen, grundsätzlich Fragen der Gewinnverteilung einvernehmlich unter sich regeln können. Dass dies aufgrund von Gesetz oder Verordnungsrecht aus bestimmten Erwägungen des Allgemeinwohls in gewissen regulierten Bereichen anders sein mag, bedeutet nicht, dass

⁷¹ Beschlüsse vom 14. Januar 2016 – [I ZB 8/15](#) und [I ZB 9/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

derartige Sonderregelungen zu einem wesentlichen Grundsatz des deutschen Rechts werden.⁷²

Die Vorschrift des § 73 Abs. 7 SGB V, die für Vertragsärzte ein Verbot der Zuweisung von Versicherten gegen Entgelt enthält, und die Verweisung auf diese Vorschrift in § 33 Abs. 2 und 3 Ärzte-ZV sind erst am 01. Januar 2012 in Kraft getreten. Die Beachtung dieses gesetzlich erst ab dem Jahr 2012 geregelten Verbots konnte jedenfalls für die hier interessierende Gewinnverteilung in einer Ende 2010 aufgelösten Gemeinschaftspraxis noch nicht Teil des inländischen ordre public sein.⁷³

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Zum Vergütungsrecht der Heilberufe sind im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine Entscheidungen veröffentlicht worden.

6. Krankenhausrecht

Hier ist über Entscheidungen des I., III. sowie XII. Zivilsenats zu berichten.

a)

Sowohl beim **totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag** als auch beim **gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag** ist es eine Frage der Vertragsgestaltung im Einzelfall, ob der gesonderte Behandlungsvertrag, der zwischen den Patienten und dem Wahlarzt geschlossen werden soll, bereits Gegenstand der zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten

⁷² a.a.O., juris, Rn. 9.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 10.

abgeschlossenen Wahlleistungsvereinbarung ist (Krankenhaus als Stellvertreter des Wahlarztes), oder ob es hierzu einer weiteren Abrede zwischen dem Arzt und dem Patienten bedarf, der auch durch konkludentes Verhalten zustande kommen kann.⁷⁴ Beim gespalteten Arzt-Krankenhaus-Vertrag beschränkt sich der Vertrag mit dem Krankenhausträger bekanntlich auf die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Versorgung, während die ärztliche Versorgung nicht zu den Pflichten des Krankenhauses gehört und die ärztlichen Leistungen aufgrund eines besonderen Behandlungsvertrags mit dem Arzt erbracht werden. Zum Abschluss gespaltener Arzt-Krankenhaus-Verträge kommt es, wenn der Krankenhausträger im Rahmen der Aufnahmeverträge mit dem Patienten gemäß **§ 17 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG** vereinbart, dass nicht er, sondern allein die Wahlärzte die wahlärztlichen Leistungen erbringen und gesondert berechnen. Auch in diesem Fall tritt der Krankenhausträger, nicht der einzelne Arzt, dem Patienten bei dessen Aufnahme als Vertragspartner entgegen und bietet ihm die „freie Arztwahl“ als Wahlleistung an.⁷⁵ Dementsprechend muss die gesonderte Berechnung wahlärztlicher Leistungen mit dem Krankenhausträger vor deren Erbringung schriftlich vereinbart werden (§ 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KHEntgG). Daneben kommt es zum Abschluss eines gesonderten Behandlungsvertrages zwischen dem Patienten und dem Wahlarzt, wobei es konstruktiv möglich ist, dass der gesonderte Behandlungsvertrag bereits – im Wege des Vertretergeschäfts – zugleich Gegenstand der zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten abgeschlossenen Vereinbarung über die gesonderte Erbringung und Abrechnung wahlärztlicher Leistungen ist.⁷⁶

Steht dem behandelnden Wahlarzt kein Liquidationsrecht zu und übt das **Krankenhaus das Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen selbst aus**, ist ein **Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung**

⁷⁴ Urteil vom 14. Januar 2016 – [III ZR 107/15](#) – Arztr 2016, 184 ff. = GesR 2016, 170 ff. = ZMGR 2016, 123 ff.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 23.

(§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) gegenüber erhöhter Rechnungstellung grundsätzlich **gegenüber dem Krankenhausträger** geltend zu machen.⁷⁷

b)

Die allein **die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs** auch im Falle seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen **Defizitausgleich zugängliche Dienstleistung** von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse **im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV** anzusehen.⁷⁸

In der Sache ging es um die Kreiskliniken Calw und eine Klage des Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken, die den Beklagten, den Landkreis Calw, verurteilen lassen wollten, es zu unterlassen, zugunsten der Kreiskliniken Jahresfehlbeträge auszugleichen oder sonstige Vorteile zu gewähren, ohne dass die Leistungen – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – zuvor bei der europäischen Kommission angemeldet und von dieser genehmigt worden waren. Das Berufungsgericht hatte angenommen, die Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw sei nicht notifizierungspflichtig gewesen. Dem hat sich der Bundesgerichtshof nur in Teilen angeschlossen.⁷⁹

c)

Ansonsten hat der XII. Zivilsenat über **Betreuungssachen entschieden**.

aa)

So hat sich der Bundesgerichtshof ausführlich mit den Voraussetzungen und Begründungsanforderungen beschäftigt, wenn eine **Unterbringung für länger als ein Jahr** angeordnet oder genehmigt werden soll.⁸⁰

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁷⁸ Urteil vom 24. März 2016 – [I ZR 263/14](#) – GesR 2016, 495 ff.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

⁸⁰ Beschluss vom 06. April 2016 – [XII ZB 575/15](#) – FamRZ 2016, 1063 ff. = NJW 2016, 1960 f.

bb)

Eine weitere Beschlussentscheidung verhält sich über die Voraussetzungen der zivilrechtlichen **Unterbringung bei Alkoholabhängigkeit**.⁸¹

cc)

Die Prüfung der **Qualifikation eines Sachverständigen und dessen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Fachgebiet** spielt nicht nur im Haftungsrecht eine Rolle. Im Betreuungsverfahren folgt aus **§ 280 Abs. 1 Satz 2 FamFG**, dass der mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragte Sachverständige Arzt für Psychiatrie oder mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sein soll. Ergibt sich die Qualifikation des Sachverständigen nicht ohne weiteres aus seiner Fachbezeichnung als Arzt, ist seine Sachkunde vom Gericht zu prüfen und in der Entscheidung darzulegen.⁸² Hierfür genügt regelmäßig die tatrichterliche Feststellung, dass der beauftragte Sachverständige Arzt mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie ist.⁸³

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts ranken sich diverse Entscheidungen verschiedener Zivil- und auch Strafsenate.

a)

In der Berichtsperiode befassen sich Revisionsentscheidungen der Strafsenate erneut mit Verurteilungen wegen **vorsätzlichen Inverkehrbringens gefälschter bzw. bedenklicher Arzneimittel** sowie wegen **vorsätzlichen Handeltreibens mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln**

⁸¹ Beschluss vom 13. April 2016 – [XII ZB 95/16](#) – GesR 2016, 462 ff. = NJW-RR 2016, 641 ff.

⁸² Beschluss vom 13. Juli 2016 – [XII ZB 46/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 13.

außerhalb von Apotheken, teilweise in Tateinheit mit weiteren Straftaten.⁸⁴ Teilweise sind verschiedene Entscheidungen etwa zur Strafbarkeit des gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von zum Rauchen bestimmten Kräutermischungen auch erst im Anschluss an Vorlageverfahren zum EuGH getroffen worden.⁸⁵

b)

Der I. Zivilsenat war mit **Markenrechtsschutzfragen im Rahmen von Parallelimporten von Arzneimitteln** tätig. In einer während der Berichtsperiode abgesetzten Entscheidung⁸⁶ hat er entschieden, dass ein Markeninhaber vor den Zivilgerichten grundsätzlich für den Fall, dass ein Verwaltungsakt dem Parallelimporteur eine bestimmte Kennzeichnung des parallel zu importierenden Arzneimittels gestattet hat, nicht geltend machen kann, diese Kennzeichnung verstoße gegen die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes und sei deshalb rechtswidrig.⁸⁷ Ist der auf der Grundlage von **§ 25 AMG** erlassene Zulassungsbescheid nicht nichtig, ist er der Prüfung zugrunde zu legen, ob der Markeninhaber sich aus berechtigten Gründen im Sinne von **§ 24 Abs. 2 MarkenG** dem Vertrieb der parallel importierten Arzneimittel widersetzen kann.⁸⁸

c)

Beim VIII. Zivilsenat ging es um die **Wirksamkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung in einem Formularvertrag über die Lieferung von Arzneimitteln**.⁸⁹ Der Senat hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass ein **Stellen von Vertragsbedingungen** nicht vorliegt, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit

⁸⁴ vgl. nur Beschluss vom 14. März 2016 – [5 StR 516/15](#) – wistra 2016, 232 f.

⁸⁵ vgl. etwa Beschluss vom 25. Mai 2016 – [5 StR 107/14](#) – PharmR 2016, 331 f.

⁸⁶ Urteil vom 02. Dezember 2015 – [I ZR 239/14](#) – GRUR 2016, 702 ff. = MarkenR 2016, 307 ff. = PharmR 2016, 332 ff. = WRP 2016, 874 ff.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁹ Urteil vom 20. Januar 2016 – [VIII ZR 26/15](#) –, NJW 2016, 1230 ff. = PharmR 2016, 128 ff. = ZMGR 2016, 134 ff. .

dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird.⁹⁰ Danach entfällt ein Stellen von Vertragsbedingungen nicht bereits dann, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen dem anderen Vertragsteil mit der Bitte übersandt werden, Anmerkungen oder Änderungswünsche mitzuteilen.⁹¹

Eine Vertragsstrafenvereinbarung in einem Formularvertrag über die Lieferung von Arzneimitteln, die für **Vertragsverletzungen von erheblich unterschiedlichem Gewicht ein und denselben Betrag** vorsieht, ist nur wirksam, wenn dieser auch angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstoßes noch angemessen ist.⁹²

d)

Wie immer war der X. Zivilsenat mit Patentrechtsstreitigkeiten befasst, die das Arzneimittel- und Medizinproduktrecht betreffen.

aa)

In einer Sache ging es um die Reichweite eines Klagepatents betreffend die **Verwendung von Pemetrexeddinatrium in Kombination mit Vitamin B12 zur Hemmung des Wachstums von Tumoren bei Säugern**.⁹³

bb)

Daneben führte ein Rechtsmittel dazu, dass das dort angegriffene Patent betreffend **Inhalationskapseln** für nichtig erklärt wurde.⁹⁴

cc)

Ein weiteres Patentnichtigkeitsverfahren betraf die Patentfähigkeit der **Bereitstellung einer für ein Heimanprotein codierenden Nukleinsäuresequenz-Rezeptor-Zyrosinkinase**.⁹⁵ Das Streitpatent hatte ferner ein

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 34.

⁹³ Urteil vom 14. Juni 2016 – [X ZR 29/15](#) – GRUR 2016, 921 ff.

⁹⁴ Urteil vom 12. Januar 2016 – [X ZR 38/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁵ Urteil vom 19. Januar 2016 – [X ZR 141/13](#) – GRUR 2016, 475 ff.

Polypeptid, eine Zelle, einen Antikörper, Kits und Arzneimittel, die Verwendung von blutbildenden Stammzellen und von Nukleinsäuremolekülen sowie Verfahren zum Nachweis der beanspruchten Nukleinsäure zum Gegenstand.⁹⁶

dd)

Im Zusammenhang mit einem Patentstreit zu einem **Zöliakiediagnoseverfahren** hat der X. Zivilsenat entschieden, dass dieses Verfahren zum Nachweis einer bestimmten Antigen-Antikörper-Reaktion (hier: Antikörper gegen Gewebe-Transglutaminase) nicht durch eine Vorveröffentlichung neuheitsschädlich getroffen wird, in der zwar eine spezifische Immunreaktion (hier: zur Diagnose von Zöliakie) beschrieben wird, jedoch weder Antigen noch Antikörper näher charakterisiert werden.⁹⁷

8.

Grundzüge des Apothekenrechts

Hier ist über die nachfolgenden Entscheidungen zu berichten.

a)

Dass eine **Partnerschaftsgesellschaft zwischen Rechtsanwalt, Arzt und Apotheker** möglich ist, hatten wir bereits oben dargestellt.⁹⁸

b)

Die Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelpreisrechts mit dem primären Unionsrecht stand erneut auf der Agenda des I. Zivilsenats. Dieser hat entschieden, dass die Einführung von § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG an der Be-

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 1.

⁹⁷ Urteil vom 19. April 2016 – [X ZR 148/11](#) – bislang veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁸ vgl., 3. a) sowie BGH, Beschluss vom 12. April 2016 – [II ZB 7/11](#) – NJW 2016, 2263 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

urteilung, dass das **deutsche Arzneimittelpreisrecht mit dem primären Unionsrecht vereinbar** ist, nichts ändert.⁹⁹

Der nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 22. August 2012¹⁰⁰ mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 in Kraft getretenen Regelung des **§ 78 Abs. 1 Satz 4 AMG**, wonach die aufgrund von § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG erlassene Arzneimittelpreisverordnung auch für gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbrachte Arzneimittel gilt, kommt dann eine klarstellende Bedeutung zu.¹⁰¹ Von daher kann die Einführung dieser Vorschrift nichts daran ändern, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht mit dem primären Unionsrecht vereinbar ist.¹⁰²

c)

In diesem Zusammenhang ist auch noch über **ein Zwangsvollstreckungsverfahren wegen wettbewerbswidriger Rabattgewährung durch eine niederländische Versandapotheke** und eine Erledigungserklärung nach Gesetzesänderung zu berichten.¹⁰³ Erklären die Parteien bei einer Unterlassungsklage die Hauptsache übereinstimmend für erledigt, hat das Gericht bei der gemäß § 91a Abs. 1 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung grundsätzlich **keinen Anlass zu prüfen**, ob die **Erledigungserklärung** des Gläubigers **auch auf die Vergangenheit bezogen** war, wenn die Parteien keine gegenteiligen Anträge stellen.¹⁰⁴

⁹⁹ Beschluss vom 27. Januar 2016 – [I ZR 68/14](#) – PharmR 2016, 187 ff.

¹⁰⁰ Beschluss vom 22. August 2012 – GmS-OGB 1/10 – BGHZ 194, 354 ff. = NJW 2013, 1425 ff.

¹⁰¹ Beschluss vom 27. Januar 2016 – [I ZR 68/14](#) – juris, Rn. 10.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 10., ebenso, Beschluss vom 27. Januar 2016 – [I ZR 67/14](#) – GRUR 2016, 523 ff. = PharmR 2016, 184 ff.

¹⁰³ Beschluss vom 20. Januar 2016 – [I ZB 102/14](#) – GRUR 2016, 421 ff. = WRP 2016, 477 ff.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 11 und 25.

d)

Der **Heimversorgungsvertrag**, den der Apotheker mit dem Heimträger nach **§ 12a Abs. 1 ApoG** schließt, ist seiner Rechtsnatur nach ein der behördlichen Genehmigung unterliegender, privatrechtlicher, zugunsten der Heimbewohner wirkender Rahmenvertrag, der eine zentrale Versorgung der Heimbewohner durch die in dem Vertrag bestimmte Apotheke öffentlich-rechtlich legalisiert.¹⁰⁵ **In der Sache ging es darum, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen ein mit einem Apotheker geschlossener Heimversorgungsvertrag aufgekündigt werden konnte.** Der Heimträger hatte die Auffassung vertreten, dass ihm ein Recht zur jederzeitigen Kündigung zustand. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.

Im Blick auf die gesetzliche Regelung in § 12a ApoG führt die Revisionsentscheidung aus, dass diese Bestimmung eine doppelte Zielrichtung verfolgt.¹⁰⁶ Einerseits will der Gesetzgeber den Heimen im Sinne des § 1 HeimG einen sachkundigen Apotheker zur Seite stellen, der die „Heimapotheke“ kostenlos führt. Andererseits soll der Apotheker für den nicht abgegoltenen Aufwand einen (potentiellen) finanziellen Ausgleich dergestalt erhalten, dass er die Heimbewohner im Rahmen eines auf längere Dauer angelegten Vertragsverhältnisses mit Arzneimitteln beliefert.¹⁰⁷ Eine Vertragspartei, die das Vertragsverhältnis unter Nichtbeachtung einer vereinbarten Kündigungsfrist kündigt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und begeht eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.¹⁰⁸ Entsprechend hat der Bundesgerichtshof das Heim verurteilt, den dem Apotheker bis zum Ablauf der an sich zu beachtenden Kündigungsfrist entgangenen Gewinn zu erstatten.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Urteil vom 14. Juli 2016 – [III ZR 446/15](#) – APR 2016, 182 ff. = GesR 2016, 582 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben in der Berichtsperiode insbesondere den II., III. und VI. Zivilsenat beschäftigt.

a)

In einem Streit der Parteien um die **Auseinandersetzung** ihrer **überörtlichen Gemeinschaftspraxis** war der Beklagte verurteilt und dessen Berufung zurückgewiesen worden. Nachdem zunächst auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2015 **Termin zur Verkündung einer Entscheidung** auf den 12. Februar 2015 bestimmt und der Verkündungstermin dann in der weiteren Folge zunächst auf den 05. März 2015 und **dann auf den 19. März 2015 verlegt** worden war, wurde an diesem Tag vom Berufungsgericht **ein die Berufung zurückweisendes Urteil ohne Gründe verkündet**. Hiergegen richtete sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten, die zur Zulassung der Revision und zur Aufhebung des Berufungsurteils führte.¹¹⁰

Nach gefestigter Rechtsprechung ist der **absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO gegeben** und ein bei Verkündung noch nicht vollständig abgefasstes Urteil „nicht mit Gründen versehen“, wenn der notwendige Inhalt des Urteils nicht binnen fünf Monaten nach Verkündung schriftlich niedergelegt, von den Richtern besonders unterschrieben und der Geschäftsstelle übergeben worden ist.¹¹¹

b)

Im Rahmen der Zulässigkeit von Nichtzulassungsbeschwerden spielt immer wieder die sog. **Erwachsenheitsbeschwer** nach Maßgabe von **§ 26**

¹¹⁰ Urteil vom 12. April 2016 – [II ZR 261/15](#) – veröffentlicht nur bei juris.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 5.

Nr. 8 Satz 1 EGZPO eine Rolle. Danach ist eine Beschwerde unzulässig, wenn mit der angestrebten Revision nicht die Beseitigung einer **Beschwer** von mehr als **20.000,00 €** verfolgt wird.

Die Darlegung und Glaubhaftmachung der Beschwer macht nicht selten Schwierigkeiten. Dabei kommt es nicht auf den vom Berufungsgericht festgesetzten Streitwert, sondern auf die maßgebliche materielle Beschwer an.

Richtet sich eine **Schadensersatzklage** auf die Zahlung von **Schmerzensgeld**, entspricht die **Rechtsmittelbeschwer** dem verlangten **Mindestbetrag des Schmerzensgeldes**.¹¹² Vorgerichtliche Anwaltskosten sowie Zinsen bleiben als bloße Nebenforderungen (§ 4 Abs. 1 ZPO) außer Betracht. Bei Feststellungsbegehren ist regelmäßig ein Feststellungsabschlag zu machen, der auch über 20% hinausgehen kann.¹¹³

c)

Maßgebend für die **Bewertung der Beschwer** bei der Nichtzulassungsbeschwerde ist der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht**.¹¹⁴ Einem Beschwerdeführer, der nicht glaubhaft machen kann, dass bereits in den Vorinstanzen vorgebrachte Umstände, die Festsetzung eines höheren Streitwerts – und eine entsprechend höhere Beschwer – rechtfertigen, ist es **regelmäßig verwehrt, sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auf neue Angaben zu berufen, um die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO zu überschreiten**.¹¹⁵

d)

Der Kläger ist **nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstanden**, die Entstehung weiteren Schadens

¹¹² Beschluss vom 24. März 2016 – [III ZR 52/15](#) – MDR 2016, 788 ff.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹¹⁴ Beschluss vom 21. Juni 2016 – [VI ZR 152/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

aber noch zu erwarten ist.¹¹⁶ Einzelne bei Klageerhebung bereits entstandene Schadenspositionen stellen lediglich einen Schadensteil in diesem Sinne dar.¹¹⁷

e)

In zwei gleichgelagerten **Wiedereinsetzungsverfahren** hat der VI. Zivilsenat die bei der Versendung fristgebundener Schriftsätze per **Telefax** zu beachtenden organisatorischen Vorkehrungen nochmals zusammenfassend postuliert.¹¹⁸ Bei der **Versendung fristgebundener Schriftsätze per Telefax ist sicherzustellen, dass die Telefax-Nr. des angeschriebenen Gerichts verwendet wird.** Dazu gehört die Anweisung an das Büropersonal, dass die in einem Sendebericht ausgewiesene Faxnummer nach Ausdruck noch einmal auf ihre Zuordnung zu dem angeschriebenen Gericht zu überprüfen ist.¹¹⁹

Macht der Beschwerdeführer geltend, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei durch gerichtliche Versäumnisse im Zusammenhang mit der richterlichen Hinweispflicht verletzt worden, hat er darzustellen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert, insbesondere was er im Einzelnen vorgetragen hätte und wie er weiter vorgegangen wäre. Die **mangels eines richterlichen Hinweises zunächst unterbliebene Ergänzung** eines das Wiedereinsetzungsgesuch begründenden Vortrags oder seiner Glaubhaftmachung **kann dabei auch noch nach Ablauf der Fristen der §§ 234, 236 Abs. 2 ZPO** – und zwar auch **im Rechtsbeschwerdeverfahren – erfolgen.** Ergibt sich die Ergänzungsbedürftigkeit aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung, so ist die Ergänzung grundsätzlich innerhalb der Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung vorzunehmen.¹²⁰

¹¹⁶ Urteil vom 19. April 2016 – [VI ZR 506/14](#) – GesR 2016, 430 f. = NJW-RR 2016, 759.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹¹⁸ Beschluss vom 26. April 2016 – [VI ZB 4/16](#) – und – [VI ZB 7/16](#) – NJW-RR 2016, 952 ff.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 14.

f)

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt die **Einstellung der Zwangsvollstreckung im Verfahren der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde** grundsätzlich **nicht** in Betracht, **wenn** der Schuldner es **versäumt** hat, **im Berufungsrechtszug** einen **Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 Abs. 1 ZPO zu stellen**.¹²¹ Ist ein solcher Antrag nicht gestellt worden, entlastet es nicht, wenn der Rechtsmittelführer nach seiner Auffassung meint, zu einem derartigen Antrag keine Notwendigkeit gesehen zu haben, weil er davon ausgegangen sei, die Berufungsentscheidung werde zu seinen Gunsten ergehen.¹²²

Karlsruhe, den 28. September 2016



Dr. Siegfried Mennemeyer
auch Fachanwalt für Medizinrecht

¹²¹ Beschluss vom 15. Juni 2016 – [VI ZA 6/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 2.