BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 117/07

Verkündet am:
2. Oktober 2008
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter Dörr und Dr. Herrmann, die Richterin Harsdorf-Gebhardt und den Richter Hucke

für Recht erkannt:

> Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. März 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu Lasten der Klägerin erkannt worden ist.
>
> Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin, die in R. von Anfang Oktober 1992 bis zur Geschäftsaufgabe Ende Dezember 1993 ein Sanitätshaus betrieb, begehrt von den beklagten Krankenkassen und Landesverbänden von Krankenkassen Schadensersatz wegen Verweigerung ihrer Zulassung als Leistungserbringerin für Hilfsmittel gemäß § 126 Abs. 1 SGB V. Sie hatte die Ladeneinrichtung sowie zwei Vollzeit- und eine Halbtagsbeschäftigte eines in der Nähe betriebenen Sanitätshauses übernommen, das seine Tätigkeit kurz zuvor eingestellt hatte.

2 Der Zulassungsantrag der Klägerin vom 22. September 1992 blieb zunächst unbeschieden. Die Klägerin hatte zwar die Geltung des von den Innungen für Orthopädietechnik Nordrhein-Westfalen mit den Landesverbänden der Krankenkassen in Nordrhein-Westfalen geschlossenen Vertrages über eine Benennungs- und Preisliste für Bandage- und orthopädische Hilfsmittel anerkannt. Die Beklagten waren indes der Auffassung, dass dies nach § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V nicht genüge, weil die Klägerin kein vollwertiges Innungsmitglied sei und keinen Meisterbetrieb unterhalte. Sie hielten vielmehr für erforderlich, dass sich die Klägerin zu einer Abrechnung auf der Grundlage erheblich niedrigerer Preise bereit fände, die jeweils um 48 % über den Einkaufspreisen des Hilfsmittels lagen. Auf Antrag der Klägerin verpflichtete das Sozialgericht die Beklagten im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durch Beschluss vom 23. März 1993, die Klägerin zur Lieferung von Hilfsmitteln gemäß der Gruppe 2 der gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände vom 2. Mai 1991 bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren zuzulassen. Auf die Beschwerde der Beklagten änderte das Landessozialgericht diese Entscheidung durch Beschluss vom 30. August 1983 dahin ab, die Klägerin sei mit der Maßgabe zuzulassen, dass Hilfsmittel mit den Einkaufspreisen und einem Aufschlag von 48 % zu vergüten seien. Im Anschluss hieran lehnten die Beklagten die Zulassung durch Bescheide vom 30. August, 3. September, 6. September und 14. September 1993 ab. In den Verfahren zur Hauptsache gegen die Beklagten zu 1, 3 und 4, in denen die Klägerin gegen die genannten Bescheide in der Gestalt inzwischen ergangener Widerspruchsbescheide Verpflichtungsklage erhob, beantragte diese zuletzt mit Rücksicht auf ihre Geschäftsaufgabe die Feststellung, dass die Versagung der von ihr beantragten Zulassung rechtswidrig gewesen sei. Das Sozialgericht gab den Klagen durch Urteile vom 14. Juni 1994 statt. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 und 3 wies

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

das Landessozialgericht die gegen diese gerichtete Klage mit Urteil vom 20. Juli 1995 ab. Auf die zugelassene Revision der Klägerin stellte das Bundessozialgericht mit Urteil vom 10. Juli 1996 die erstinstanzlichen Entscheidungen gegen die Beklagten zu 1 und 3 wieder her. Zuvor hatte sich die Beklagte zu 2 mit der Klägerin am 11. November 1995 darauf verständigt, das Ergebnis dieses Revisionsverfahrens für und gegen sich gelten lassen zu wollen.

3 Die Klägerin macht geltend, die Aufgabe ihres Geschäftsbetriebs habe darauf beruht, dass die Beklagten ihr die Zulassung verweigert hätten. Bei amtspflichtgemäßer Erteilung der Zulassung hätte ihr Geschäft Ende des Jahres 1993 einen - im Fall eines Verkaufs erlösbaren - Unternehmenswert in Höhe der Gründungsaufwendungen von 250.000 DM zuzüglich der später geleisteten Privateinlage von 46.700 DM (= zusammen 151.700,30 €) gehabt. Zusätzlich zu diesem Substanzwert hätte sich bei ungestörtem Verlauf ein "Goodwill" des Geschäftsbetriebs von 150.000 DM (= 76.693,78 €) erzielen lassen. Ferner hat sie den Ersatz von Mietkosten in Höhe von 93.615,19 DM (= 47.864,68 €) verlangt, die ihr im Hinblick auf das bis zum 30. September 2002 abgeschlossene Mietverhältnis entstanden seien. Das Landgericht hat der Klägerin 26.942,01 € nebst Zinsen zugesprochen, die sich aus 40.194 DM (= 20.550,87 €) für zu gering vergütete Hilfsmittel und 12.500 DM (= 6.391,14 €) als Ersatz für das Ausbleiben von Kunden zusammensetzen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten den Verurteilungsbetrag auf 20.550,87 € nebst Zinsen beschränkt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

4 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 1. Allerdings geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass die Bediensteten der Beklagten, die als Beamte im haftungsrechtlichen Sinn durch Verwaltungsakt über die Zulassung nach § 126 Abs. 1 SGB V zu befinden hatten (vgl. Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2001 - III ZR 237/00 - WM 2002, 96 f), ihre Amtspflichten verletzt haben, indem sie die begehrte Zulassung als Leistungserbringerin für Hilfsmittel versagt haben. Das steht im Verhältnis zur Beklagten zu 4 aufgrund des Urteils des Sozialgerichts vom 14. Juni 1994 und im Verhältnis zu den Beklagten zu 1 und 3 aufgrund des Urteils des Bundessozialgerichts vom 10. Juli 1996 im Rahmen der Rechtskraftwirkung nach § 141 Abs. 1 SGG mit Bindung für den Amtshaftungsprozess fest (vgl. Senatsurteil BGHZ 175, 221, 225 Rn. 10 zu § 121 VwGO). Die Bindungswirkung erstreckt sich auch auf den Beklagten zu 2, der mit der Klägerin in unverjährter Zeit übereingekommen ist, dass das Ergebnis des durch das Urteil des Bundessozialgerichts abgeschlossenen Revisionsverfahrens auch für und gegen ihn gelten solle.

6 2. Zutreffend und mit eingehender Begründung hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass den Bediensteten der Beklagten - ungeachtet der Entscheidung des Landessozialgerichts im Hauptsacheverfahren - ein Verschulden vorzuwerfen ist, weil sie sich bei ihrer Gesetzesauslegung über den klaren und eindeutigen Wortlaut des § 126 Abs. 1 SGB V hinweggesetzt haben und hätten erkennen müssen, dass sie die Zulassung nicht von dem Abschluss

einer individuellen Vereinbarung über die von den Beklagten zu zahlenden Preise abhängig machen durften.

7 3. Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Schadensersatzanspruch von 20.550,87 € zugebilligt, weil ihr die Möglichkeit vorenthalten worden sei, die in der fraglichen Zeit abgegebenen Hilfsmittel auf der Grundlage der Bemessungs- und Preisliste abzurechnen. Einen weitergehenden Schadensersatzanspruch hat das Berufungsgericht jedoch für nicht begründet gehalten, weil sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht feststellen lasse, dass das Sanitätshaus bei Erteilung der beantragten Zulassung wirtschaftlich erfolgreich hätte betrieben werden können und allein die Verweigerung der Zulassung ausschlaggebend für den Entschluss der Klägerin gewesen sei, ihren Geschäftsbetrieb einzustellen. Diese Beurteilung hält den Verfahrensrügen der Klägerin nicht stand.

8 a) Die Klägerin rügt zum einen, dass das Berufungsgericht über die Anhörung des Sachverständigen Deitmer keinen Berichterstattervermerk erstellt hat.

9 Nach § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO brauchen Feststellungen (unter anderem) nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO, zu denen auch die Aussagen der Sachverständigen gehören, nicht in das Protokoll aufgenommen zu werden, wenn das Prozessgericht die Vernehmung durchführt und das Endurteil der Berufung oder der Revision nicht unterliegt; sonst müssen sie protokolliert werden. Von der Protokollierungspflicht ist das Gericht auch dann nicht entbunden, wenn - wie hier - das Endurteil der Nichtzulassungsbeschwerde unterliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juni 2003 - VI ZR 309/02 - NJW 2003, 3057, 3058). In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass anstelle der Aufnahme in ein

Protokoll auch die Wiedergabe in einem Berichterstattervermerk genügt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - NJW 1991, 1547, 1548 f), womit sich die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2007 einverstanden erklärt haben. Ein Berichterstattervermerk ist indes wegen einer dauerhaften Erkrankung des Berichterstatters im Anschluss an die abschließende Beratung nach der Schlussverhandlung vom 19. Januar 2007 nicht mehr erstellt worden. Das Berufungsgericht hat die Aussagen des Sachverständigen auch nicht in seinem Urteil festgehalten (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 29. November 1998 - VI ZR 231/87 - VersR 1989, 189; vom 21. April 1993 - XII ZR 126/91 – NJW-RR 1993, 1034), so dass in Bezug auf seine Angaben eine revisionsrechtliche Überprüfung nicht möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1994 - VI ZR 284/93 - NJW 1995, 779, 780).

10 Der Revisionserwiderung kann nicht darin gefolgt werden, dass der Mangel des Berichterstattervermerks deshalb ohne Bedeutung sei, weil sich das Berufungsgericht in seiner Würdigung ausschließlich auf das schriftlich erstattete Sachverständigengutachten gestützt habe. Die mündliche Anhörung des Sachverständigen war Teil der Beweisaufnahme, auch wenn der Sachverständige keinen Anlass gehabt haben sollte, die Angaben in seinem schriftlich erstatteten Gutachten zu modifizieren oder zu ändern; dementsprechend würdigt auch das Berufungsgericht das schriftlich erstattete Gutachten unter dem Eindruck der durchgeführten Anhörung.

11 Der Mangel des Berichterstattervermerks ist auch nicht deshalb bedeutungslos, weil sich das Berufungsgericht mit einzelnen Gesichtspunkten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 29. Januar 2007 beschäftigt hat. Diese Ausführungen lassen nur erkennen, dass die Klägerin dem Sachverständigen Vorhalte in seiner Anhörung gemacht hat, die das Berufungsgericht

zum Teil nicht zugelassen und im Übrigen für nicht erheblich gehalten hat. Mangels einer Protokollierung oder Niederlegung in einem Berichterstattervermerk oder einer - von der übrigen Würdigung getrennten - Wiedergabe im Urteil ist dem Senat insoweit eine revisionsgerichtliche Überprüfung nicht möglich.

12 b) Darüber hinaus rügt die Klägerin zu Recht, dass das Berufungsgericht einzelne Fragen an den Sachverständigen nicht zugelassen hat.

13 Im Ansatz hat die Klägerin allerdings ihre aus § 411 Abs. 4 Satz 1 ZPO folgende Pflicht verletzt, dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten sowie die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Indessen hat das Berufungsgericht davon abgesehen, den Parteien für ihre Fragen eine Frist nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO zu setzen. Unter diesen Umständen gab es keine Rechtsgrundlage, das Fragerecht der Klägerin in der mündlichen Verhandlung zu beschränken. Für die entsprechend anwendbare Vorschrift des § 296 Abs. 1, 4 ZPO fehlten jedenfalls die Voraussetzungen. Das Berufungsgericht war auch nicht berechtigt, gewissermaßen im Vorfeld "zur Gewährleistung der Waffengleichheit und eines fairen Verfahrens" Vorhalte der Klägerin von der Zulassung auszunehmen, deren Tatsachengrundlage noch nicht Akteninhalt geworden war und von den Beklagten in ihrer Aussagekraft nicht nachvollzogen oder zutreffend eingeschätzt werden konnte. Konnte der Sachverständige solche Fragen nicht beantworten, mag eine Prüfung möglich gewesen sein, ob es sich um neues Vorbringen handelte, das nach den allgemeinen Vorschriften des Berufungsverfahrens nicht zugelassen werden konnte. Das lässt sich aber den allgemeinen Wendungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Vielmehr ging es - wenn man den Schriftsatz der Klägerin vom 29. Januar 2007 heranzieht - bei der Befragung des Sachverständigen im We-

sentlichen um die Plausibilität seiner Begutachtung und den aus der Sicht der Klägerin nachvollziehbaren Vorhalt, sie habe mit ihren anderen Geschäftsbetrieben in den neuen Bundesländern Erfahrungen gemacht, mit denen die Einschätzung durch den Sachverständigen nicht zu vereinbaren sei. Auch die im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29. Januar 2007 als gestellt genannten Fragen waren durchaus eine Beantwortung durch den Sachverständigen wert. Dies gilt etwa für den Vorhalt, dass es im Jahr 2006 - bei einer weitaus geringeren Leistungserstattung in der sozialen Krankenversicherung als 1993 - seit Jahren vier Sanitätshäuser in R. gebe, die existieren könnten, während dies 1993 nur zwei gewesen seien. Die Stadt R. habe ein Einzugsgebiet von etwa 85.000 Menschen. Nach einer Statistik des Bundesinnungsverbands genüge für die Existenz eines Sanitätshauses eine Versorgung von 20.000 Einwohnern. Diese Fragen werden vom Berufungsgericht nicht behandelt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sie dem Sachverständigen zur Beantwortung vorgelegt worden wären und was er zu ihnen bemerkt hat. Insoweit kann das Berufungsgericht die Klägerin auch nicht darauf verweisen, sie habe nach Erläuterung der Zurückweisung ihrer Fragen versäumt, nach § 139 Abs. 5 ZPO eine Schriftsatzfrist für ergänzendes Vorbringen zu beantragen. Denn es geht nicht um die in dieser Bestimmung behandelte Gestaltung, dass sich eine Partei zu einem gerichtlichen Hinweis nicht sofort erklären kann, sondern um die dem Gericht obliegende Gewährleistung der Verfahrensrechte der Klägerin im Zusammenhang mit der Anhörung des Sachverständigen.

14 c) Das Berufungsgericht wird daher die Anhörung des Sachverständigen zu wiederholen haben. Insoweit hat die Klägerin im weiteren Verfahren Gelegenheit, auf ihre im Revisionsverfahren erhobenen sonstigen Einwände gegen die Beweiswürdigung zurückzukommen.

Schlick Dörr Herrmann

Harsdorf-Gebhardt Hucke

Vorinstanzen:
LG Münster, Entscheidung vom 21.05.2002 - 4 O 212/97 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 16.03.2007 - 11 U 100/02 -