

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2015**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2015 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2015 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 Medizinproduktrechts 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 2015 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. Daneben ist über eine Entscheidung des XII. Zivilsenats zu berichten.

a)

Mit der **Abgrenzung zwischen einem ärztlichen Befunderhebungsfehler und einem Fehler der therapeutischen Aufklärung** befasst sich ein Revisionsurteil des VI. Zivilsenats.⁴

Das Berufungsgericht⁵ hatte Ansprüche der Kläger (Erben des verstorbenen Patienten) auf Zahlung eines Schmerzensgeldes aus ererbtem Recht sowie auf Ersatz von Beerdigungskosten und eines Unterhaltsschadens verneint. Es war auf der Grundlage der Ausführungen des Gerichtssachverständigen zwar davon ausgegangen, dass ab August 2007 ein **Behandlungsfehler** vorgelegen habe, weil der Beklagte den Patienten **nicht ausreichend über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Abklärung einer Erberkrankung informiert** habe. Dieser Fehler sei jedoch **weder als grober Behandlungsfehler noch als Befunderhebungsfehler** zu qualifizieren. Die dementsprechend von den Klägern zu beweisende Kausalität des Behandlungsfehlers für den Tod des Patienten sei deshalb nicht festzustellen.

Der Bundesgerichtshof hat die gegen die Berufungsentscheidung geführte Revision zurückgewiesen. Die **Frage, ob ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, obliegt der tatrichterlichen Würdigung.**⁶ Revisionsrechtlich ist insoweit nur nachprüfbar, ob das Berufungsgericht den Begriff des groben Behandlungsfehlers verkannt und ob es bei der

⁴ Urteil vom 17. November 2015 – [VI ZR 476/14](#) – MDR 2016, 208 f. = NJW 2016, 563 f. = VersR 2016, 260 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ Urteil vom 05. November 2014 – 5 U 132/13 – VersR 2015, 1173 ff.

⁶ Urteil vom 17. November 2015 – [VI ZR 476/14](#) – juris, Rn. 13.

Gewichtung dieses Fehlers erheblichen Streitstoff außer Betracht gelassen oder verfahrensfehlerhaft gewürdigt hat.⁷

Entgegen der Auffassung der Revision kam den Klägern eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers des Beklagten für den Tod des Patienten auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines **Befunderhebungsfehlers** zugute.⁸ Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung des VI. Zivilsenats auch ein einfacher Befunderhebungsfehler zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führen, 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 diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen.⁹ Entgegen der Ansicht der Revision hatte das Berufungsgericht im Streitfall das **Unterlassen einer Aufklärung über die Dringlichkeit der weiter angeratenen diagnostischen Maßnahmen aber rechtsfehlerfrei nicht als Befunderhebungsfehler, sondern** als (im Streitfall einfachen) **Fehler im Rahmen der therapeutischen Aufklärung** gewertet, welcher eine Beweislastumkehr nicht begründen kann.¹⁰ Unterlässt es ein Arzt, den Patienten über die Dringlichkeit der – ihm ansonsten zutreffend empfohlenen – medizinisch gebotenen Maßnahmen zu informieren und ihn vor Gefahren zu warnen, die im Falle des Unterbleibens entstehen können, liegt nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats grundsätzlich ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Beratung des Patienten vor.¹¹ Denn in diesen Fällen liegt der **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** ärztlichen Fehlverhaltens regelmäßig nicht in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher, sondern in dem

⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 18.

Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs.¹²

b)

Zu den **Anforderungen an die Aufklärung**, wenn eine Operation (hier: Sigmaresektion) nur deshalb relativ indiziert ist, weil ihre Erforderlichkeit (subjektiv) vom Sicherheitsbedürfnis des Patienten abhängt, hat der VI. Zivilsenat in einer Nichtzulassungsbeschwerdeentscheidung¹³ Stellung genommen. Das **Berufungsgericht** war **davon ausgegangen**, dass der Kläger im Vorfeld der vorgenommenen Dickdarmresektion **hinreichend** über die Indikation einer solchen Operation **aufgeklärt** worden sei. **Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.**

Der vorinstanzlich eingeschaltete Gerichtssachverständige hatte erläutert, dass **eine Divertikulitis in etwa 70% der Fälle symptomfrei** bleibe, es also nicht zu Beschwerden komme. In den übrigen Fällen könne es zu akuten Entzündungen kommen, die auch zu Blutungen führen könnten. Von daher habe es **im Jahre 2007 dem medizinischen Standard entsprochen, nur bei einer komplizierten Divertikulitis** (mit Blutung, Abzessbildung, Perforation oder Peritonitis) oder nach mehrmaligen Entzündungsschüben **eine Operation durchzuführen.**¹⁴

Nach den weiteren Feststellungen des Sachverständigen war im vorliegenden Fall von einer **unkomplizierten Divertikulitis im Stadium 1** auszugehen, die bei einem ersten Schub konservativ (Diät, Bewegung, ggf. Antibiose) zu behandeln sei.

Das Berufungsgericht hatte hingegen gemeint, die dem Kläger zuteil gewordene Aufklärung sei ausreichend, weil die Ärzte der Beklagten aufgrund eines **nicht vorwerfbaren Diagnosefehlers** von einer rezidivie-

¹² a.a.O., juris, Rn. 18.

¹³ Beschluss vom 15. September 2015 – [VI ZR 170/14](#) – GesR 2016, 21 f. = MDR 2015, 1419 f. = VersR 2016, 51 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 4.

renden Divertikulitis hätten ausgehen dürfen.¹⁵ Diese **Annahme ließ das Vorbringen des Klägers zur damaligen Befundsituation gehörswidrig unberücksichtigt**. Es ließ sich mithin nicht ausschließen, dass das Oberlandesgericht unter Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens des Klägers zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass bei diesem lediglich eine unkomplizierte Divertikulitis im Stadium 1 vorgelegen hatte. Der Kläger hätte sodann über eine mögliche konservative Behandlung sowie darüber aufgeklärt werden müssen, dass die im nachfolgenden vorgenommene Operation lediglich eine rein prophylaktische Maßnahme darstellte.¹⁶

c)

Um die Vornahme einer **Schönheitsoperation** bei **Verdacht auf eine psychische Störung** ging es in einem zur Aufhebung der Berufungsentcheidung führenden Beschluss.¹⁷ Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte Erfolg, weil die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei auch nicht deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, weil ihm ein Befunderhebungsfehler unterlaufen sei, auf einer **Verletzung** des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung **rechtlichen Gehörs** aus Art. 103 Abs. 1 GG beruhte.¹⁸

Das **Berufungsgericht** hatte ausgeführt, der Beklagte habe **zwar** eine **gebotene Abklärung – der psychischen Disposition – unterlassen**. Er habe stattdessen dem Hinweis der Klägerin auf überschießende Narbenbildung nachgehen und die Klägerin psychiatrisch explorieren müssen.¹⁹ **Die unterlassene Befunderhebung habe sich aber nicht ausgewirkt. Selbst wenn der Befunderhebungsfehler als „grob fahrlässig“ einzustufen sei, sei ausgeschlossen, dass der Beklagte von der Operation habe absehen müssen**. Die bei der Klägerin zugrunde zu legende **körperdysmorphe Störung** (BDD = body dysmorphic disorder) sei **nur**

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 4.

¹⁷ Beschluss vom 15. Dezember 2015 – [VI ZR 557/15](#) – NJW 2016, 639 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 2.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 2.

eine bedingte Kontraindikation für ein offenes Stirnlifting. In derartigen Fällen hänge die Entscheidung für oder gegen die Operation von dem Ermessen des Arztes ab.²⁰ Gegen diese Bewertung hatte die Nichtzulassungsbeschwerde eingewandt, dass das Berufungsgericht das mit der Klageschrift vorgelegte **Gutachten der Schlichtungsstelle** zu Arzthaftpflichtfragen der Norddeutschen Ärztekammer übergangen habe. Ergänzend war beanstandet worden, dass das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, wie schwer die körperdysmorphe Störung bei der Klägerin war, die Ausführungen eines **Privatsachverständigen** nicht berücksichtigt hatte. Beide Gehörsverletzungen waren entscheidungserheblich und hatten Erfolg.²¹

d)

Das **Absehen von einer ärztlichen Maßnahme** ist **nicht erst dann behandlungsfehlerhaft wenn** die Maßnahme „zwingend“ geboten war, **sondern bereits dann, wenn ihr Unterbleiben** dem im Zeitpunkt der Behandlung bestehenden **medizinischen Standard zuwiderläuft**.²²

Anknüpfend an diesen Leitsatz beschäftigt sich der VI. Zivilsenat in einem weiteren zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache führenden Beschluss damit, inwieweit **Einwendungen** einer Partei **gegen die erstinstanzliche Überzeugungsbildung in der Berufungsinstanz mit der Begründung zurückgewiesen** werden können, die **Partei habe lediglich in unzulässiger Weise ihre abweichende Bewertung an die Stelle derjenigen des gerichtlichen Sachverständigen und des Landgerichts gesetzt**.²³ Im Ergebnis wird eine derartige Begründung missbilligt. Der deshalb ergangene Aufhebungsbeschluss weist darauf hin, dass es sich bei der **Berufungsinstanz** auch nach Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes um eine zweite – wenn auch eingeschränkte –

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 3.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

²² Beschluss vom 22. Dezember 2015 – [VI ZR 67/15](#) – NJW 2016, 713 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²³ a.a.O., juris, Rn. 7.

Tatsacheninstanz handelt, deren Aufgabe in der Gewinnung einer „fehlerfreien und überzeugenden“ und damit „richtigen“ Entscheidung des Einzelfalles, besteht.²⁴ Die **Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts** hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung ist insbesondere **nicht auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt.** Einwendungen der Parteien gegen die erstinstanzliche Überzeugungsbildung können deshalb in der Berufungsinstanz nicht mit der Begründung als unbeachtlich angesehen werden, die Partei setze lediglich in unzulässiger Weise ihre abweichende Bewertung an die Stelle derjenigen des Gerichtssachverständigen und des Landgerichts.

Da Berufungsangriffe nicht mit einer derartigen Pauschalbegründung zurückgewiesen werden dürfen, wird sich das Berufungsgericht nunmehr mit der Behauptung der Klägerin zu befassen haben, eine frühere Herzkathederuntersuchung sei angesichts der Beschwerden ihres Ehemannes bereits deshalb zwingend notwendig gewesen, weil nach zehn Jahren mehr als 50% der Bypässe verschlossen seien. Gleiches gilt für die Behauptung der Klägerin, wonach die Entlassung ihres Ehemannes aus dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus im Anschluss an die Herzkathederuntersuchung im Hinblick auf die weitere Verordnung des Medikaments Spironolacton fehlerhaft gewesen sei, da aufgrund der Kombination der ihrem Ehemann verabreichten Medikamente Spironolacton und Atacand (AT 1-Blocker) die Gefahr des Auftretens einer Hyperkaliämie bestanden habe, welche zu Herzrhythmusstörungen führen könne und als Todesursache in Betracht komme.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 7 m.w.N.

e)

Um den Vorrang einer konservativen Behandlung ging es auch in einem weiteren auf **§ 544 Abs. 7 ZPO** gestützten **Aufhebungsbeschluss** des VI. Zivilsenats.²⁵

Die Klägerin war im September 2010 von ihrem Hausarzt wegen eines „Hallux valgus“ (Fehlstellung der Großzehe mit vorspringenden Zehenballen am Grundgelenk) an den Beklagten überwiesen worden. Dieser hatte die Klägerin im Januar 2011 operiert, nachdem er die Klägerin zuvor, nämlich im Oktober 2010 sowie am Operationstag selbst, über die Hallux valgus-Operation aufgeklärt hatte. Das Schadensersatzbegehren der Klägerin, die nach ihrem Vorbringen infolge der Operation an einem Morbus Sudeck litt, war darauf gestützt worden, dass die **Operationsaufklärung nicht ordnungsgemäß erfolgt** sei, **weil** der Beklagte weder über das Risiko eines Morbus Sudeck noch darüber aufgeklärt habe, dass **als echte Behandlungsalternative zum operativen Vorgehen auch konservative Maßnahmen zur Verfügung gestanden hätten**.²⁶

Das Berufungsgericht war ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dem Ergebnis gelangt, dem Beklagten könne kein Aufklärungsfehler vorgeworfen werden und unter dem Eindruck der **informativischen Anhörung der Klägerin** sei obendrein **zu bezweifeln**, dass diese sich im Falle einer noch ausführlicheren als der tatsächlich erfolgten Aufklärung in einem **Entscheidungskonflikt** befunden hätte.

Diese **Begründung beruhte auf Gehörsverstoß**.²⁷ Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung die Gerichte, **erheblichen Beweisanträgen nachzugehen**. Die Nichtbe-

²⁵ Beschluss vom 27. Oktober 2015 – [VI ZR 355/14](#) – NJW 2016, 641 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 2.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

rücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots, die im Prozessrecht keine Stütze hat, verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG.²⁸

Letztlich hatte das Berufungsgericht eine hinreichende Aufklärung angenommen, weil es davon ausgegangen war, dass eine konservative Behandlung im Falle der Klägerin keine echte Behandlungsalternative mehr dargestellt habe. Da dies ohne Einholung eines Sachverständigen-gutachtens gehörswidrig war, war die Sache an die Berufungsinstanz zurückzugeben.²⁹ Im Rahmen der erneuten Befassung wird das Berufungsgericht sich auch mit dem vom Berufungsgericht angezweifelte(n) Entscheidungskonflikt und der damit zusammenhängenden Problematik einer hypothetischen Einwilligung zu befassen haben.³⁰

f)

Nach ständiger Rechtsprechung des VI. Zivilsenats darf der Tatrichter Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte und ob er in einen **Entscheidungskonflikt** geraten wäre, grundsätzlich **nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten** treffen; ein Ausnahmefall kann dann vorliegen, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben.³¹

Im Streitfall hatte die Klägerin in den Instanzen vorgetragen, sie sei über die Risiken der **Chemo-Therapie** nicht aufgeklärt worden, insbesondere auch nicht über die letztlich ungenügenden personellen und medikamentösen Versorgungsmöglichkeiten der Beklagten im Falle einer Komplikation durch ein Paravasat. Wäre ihr dies alles vor Beginn der Chemo-Therapie erläutert worden, hätte sie eine Fachklinik aufgesucht, den Eingriff also nicht in der Praxis der Beklagten vornehmen lassen. Das

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 6.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

³¹ Beschluss vom 29. September 2015 – [VI ZR 418/14](#) – veröffentlicht nur bei juris, Rn. 5; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Landgericht und das Berufungsgericht hatten offen gelassen, ob die Klägerin im gebotenen Maße über das tatsächlich eingetretene Risiko eines Paravasats aufgeklärt worden war. Sie hatten eine Haftung verneint, weil die Klägerin einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel dargelegt habe und waren deshalb von einer **hypothetischen Einwilligung** ausgegangen.

Im Hinblick auf die möglichen schwerwiegenden Folgen eines Paravasats durfte unter den gegebenen Umständen die **Plausibilität eines Entscheidungskonflikts nicht ohne Anhörung der Klägerin verneint** werden.³² Es lag mithin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, welche zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an die Berufungsinstanz führte.

g)

Die **Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes** ist in aller Regel drittinstanzlich nicht angreifbar. Umso mehr kommt einer Entscheidung des VI. Zivilsenats Bedeutung zu, die einer zur Höhe des Schmerzensgeldes geführten Nichtzulassungsbeschwerde nach Maßgabe von § 544 Abs. 7 ZPO Recht gab.³³

Mit der Klage hatte die Klägerin das beklagte Klinikum wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch genommen. Die Klägerin hatte sich im Klinikum der Beklagten die Gallenblase laparoskopisch entfernen lassen. Bei der Operation verwechselte der Operateur den Ductus Cysticus (Gallenblasengang) versehentlich mit dem Ductus Choledochus (Hauptgallengang). Nach erheblichen postoperativen Beschwerden wurde eine Revisionsoperation per Bauchschnitt erforderlich, wobei in der Folgezeit bei der Klägerin mehrfach Stenosen der Anastomosen und Entzündungen der Gallengänge durch aufsteigende Darmflüssigkeit auftraten und sich die Klägerin im

³² a.a.O., juris, Rn. 7.

³³ Beschluss vom 15. September 2015 – [VI ZR 431/14](#) – ZMGR 2015, 409 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Jahre 2008 wiederholt erneut in stationäre Behandlungen begeben musste. Mit der Klage hatte die Klägerin die Zahlung eines Schmerzensgeldes in einer Größenordnung von 140.000,00 € begehrt. Das Landgericht hatte daraufhin ein Schmerzensgeld in Höhe von 45.000,00 € ausgeteilt. **Nach dieser Verurteilung – und zwar im Verlauf des Berufungsverfahrens – musste sich die Klägerin fünf weiteren operativen Eingriffen unterziehen.** So wurden der Klägerin wiederholt perkutane transhepatische Cholangiodrainagen zur Ableitung der gestauten Gallenflüssigkeit gelegt und letztlich erfolgreich eine Yamakawa-Prothese eingesetzt.

Mit der **Nichtzulassungsbeschwerde** war **bestandet** worden, dass das Berufungsgericht **bei der Bemessung des Schmerzensgeldes den Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt hatte, wonach die Klägerin sich nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils fünf weiteren operativen Eingriffen habe unterziehen müssen, die zu erheblichen Beeinträchtigungen geführt hatten.**³⁴ Diese entscheidungserhebliche Gehörsverletzung führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

h)

Ob und in welchem Umfang die Durchführung eines **selbständigen Beweisverfahrens** nach Maßgabe von § 584 Abs. 2 ZPO statthaft ist, ist vom VI. Zivilsenat bekanntlich in den vergangenen Jahren zunehmend wohlwollend³⁵ beurteilt und kritisiert worden.³⁶

Ohne seine Rechtsprechung einzuschränken oder sonstwie zu modifizieren, kommt der VI. Zivilsenat allerdings im konkreten Fall mit dem Landgericht zu dem Ergebnis, dass der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückzuweisen war. Auch wenn man

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 9.

³⁵ vgl. nur Beschluss vom 24. September 2013 – [VI ZB 12/13](#) – BGHZ 198, 237 ff. = GesR 2013, 724 ff. = NJW 2013, 3654 ff. = ZMGR 2014, 49 ff.

³⁶ vgl. nur juris PK/BGB/Lafontaine, Stand: 15. Juni 2015, § 630a BGB, Rn. 522 m.w.N.

berücksichtigt, dass sich aus dem besonderen Charakter des selbständigen Beweisverfahrens und dem mit ihm verfolgten Zweck, einen Rechtsstreit zu vermeiden, möglicherweise niedrigere Anforderungen an die Darlegungslast ergeben und deshalb die Angabe der Beweistatsachen in groben Zügen ausreichen soll, ist jedenfalls ein **Minimum an Substantiierung in Bezug auf die Beweistatsachen** zu fordern. Nur so ist der Verfahrensgegenstand zweifelsfrei abgrenzbar und hat der Sachverständige eine Grundlage für die ihm übertragene Tätigkeit. An dieser notwendigen Substantiierung fehlte es im vorliegenden Fall deshalb, weil die **Beweistatsachen im Sinne von § 487 Nr. 2 ZPO nicht ausreichend bezeichnet** waren. Der Antragsteller hatte in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufgestellt, ohne diese zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen.³⁷

i)

Mit den **Unterhaltsfolgen einer heterologen Insemination** hatte sich der XII. Zivilsenat zu befassen.³⁸

Eine Vereinbarung, mit welcher ein Mann die Einwilligung zu einer heterologen künstlichen Befruchtung einer Frau mit dem Ziel erteilt, die Vaterstellung für das zu zeugende Kind einzunehmen, enthält regelmäßig zugleich einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten Vertrag zugunsten des aus der künstlichen Befruchtung hervorgehenden Kindes, aus dem sich für den Mann dem Kind gegenüber die Pflicht ergibt, für dessen Unterhalt wie ein rechtlicher Vater einzustehen.³⁹ Die Einwilligung des Mannes muss gegenüber der Frau erklärt werden und bedarf keiner besonderen Form.⁴⁰

³⁷ Beschluss vom 10. November 2015 – [VI ZB 11/15](#) – juris, Rn. 9; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁸ Urteil vom 23. September 2015 – [XII ZR 99/14](#) – GesR 2015, 764 ff. = NJW 2015, 3434 ff.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 13.

j)

Der **Übergang von Schadensersatzansprüchen auf Sozialversicherungsträger** im Anschluss an einen massiven Geburtsschadenfall war Gegenstand einer zur Veröffentlichung in die amtliche Sammlung BGHZ bestimmten Entscheidung des VI. Zivilsenats.⁴¹ Das Revisionsurteil betrifft die **sachliche Kongruenz** zwischen den von der Bundesagentur für Arbeit erbrachten Maßnahmekosten für die Beschäftigung in einer Behindertenwerkstatt und dem Anspruch auf Ersatz von Verdienstaussfall. Im Einklang mit dem Berufungsgericht geht auch der VI. Zivilsenat davon aus, dass der geschädigte **Kläger im Umfang des von ihm geltend gemachten Verdienstaussfallschadens gemäß § 843 Abs. 1 BGB aktivlegitimiert ist** und derartige Ansprüche für die Zeit des Besuchs einer Werkstatt für behinderte Menschen nicht gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit als Versicherungsträgerin i.S.d. § 116 Abs. 10 SGB X übergegangen sind.⁴² Der geltend gemachte Verdienstaussfall des Klägers wird nämlich durch die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit für seine Beschäftigung im Eingangsverfahren und im Berufsbildungsbereich der Werkstatt nicht kompensiert. Er stellt sich vielmehr als weiterer Schaden dar, der nicht in zusätzlichen Aufwendungen, sondern vielmehr in geringeren Einnahmen aufgrund seines schadensbedingten Gesundheitszustands besteht.⁴³

2.

Recht der Privaten Krankenversicherung

Das private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

⁴¹ Urteil vom 30. Juni 2015 – [VI ZR 379/14](#) – MDR 2015, 1131 f. = VersR 2015, 1048 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 24.

a)

Ein privater Krankenversicherer ist grundsätzlich berechtigt, beim **Wechsel von einem Tarif mit Pauschalprämie**, in die das durch Vorerkrankungen des Versicherten bedingte Risiko zuschlagsfrei einkalkuliert war, in einen **Tarif mit Grundprämie für ein Basisrisiko und Risikozuschlägen** einen individuellen **Risikozuschlag** gemäß § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 203 Abs. 1 Satz 2 VVG i.V.m. § 316 BGB zu erheben.⁴⁴

In dem für den Versicherer erfolgreichen Revisionsverfahren hatte der Kläger als Versicherungsnehmer die Feststellung begehrt, dass die Versicherung bei dem von ihm beabsichtigten Tarifwechsel in der privaten Krankenversicherung keinen Risikozuschlag erheben darf. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, dem Kläger stehe ein Recht auf Tarifwechsel gemäß § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG zu, wobei bei einem Tarifwechsel kein neuer Versicherungsvertrag geschlossen, sondern der bisherige lediglich nach Maßgabe des neuen Tarifs fortgesetzt werde.

Der gesetzlich eingeräumte Anspruch auf Tarifwechsel **gemäß § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 1 VVG** will insbesondere **älteren Versicherungsnehmern bei Schließung ihres Tarifs die Möglichkeit eröffnen, eingetretene Kostensteigerungen durch einen Wechsel in einen anderen Tarif des Versicherers zu vermeiden. Im Rahmen eines derartigen Tarifwechsels kann der Versicherer allerdings**, soweit die Leistungen in dem Tarif, in den der Versicherungsnehmer wechseln will, höher oder umfassender sind als in dem bisherigen Tarif, für die Mehrleistung einen Leistungsausschluss oder einen **angemessenen Risikozuschlag** und insoweit auch eine Wartezeit verlangen (§ 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 VVG). Im Rahmen dieser gesetzlichen Vorgaben hat der IV. Zivilsenat ausgesprochen, dass ein privater Krankenversicherer grundsätzlich auch **berechtigt ist, beim Wechsel von einem Tarif mit Pauschalprämie, in das durch Vorerkrankungen des Versicherten**

⁴⁴ Urteil vom 15. Juli 2015 – [IV ZR 70/15](#) – NJW-RR 2015, 1309 ff. = VersR 2015, 1012 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

bedingte Risiko zuschlagsfrei einkalkuliert war, in einen Tarif mit Grundprämie für ein Basisrisiko und Risikozuschlägen einen individuellen Risikozuschlag gemäß § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG i.V.m. § 203 Abs. 1 Satz 2 VVG sowie § 316 BGB zu erheben.⁴⁵

b)

Im gerichtlichen Verfahren über eine **Prämienanpassung in der privaten Krankenversicherung** gemäß § 203 Abs. 2 VVG (hier: i.V.m. § 8b AVB/KK) kann einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Versicherers an den technischen Berechnungsgrundlagen im Einzelfall durch den **Ausschluss der Öffentlichkeit** gemäß § 172 Nr. 2 GVG und die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 174 Abs. 3 GVG Rechnung getragen werden.⁴⁶ Wegen des in den Vorinstanzen vom Versicherer dargelegten berechtigten Geheimhaltungsinteresses hatte insbesondere auch das Berufungsgericht anlässlich der dort anberaumten mündlichen Verhandlungen die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hat dies akzeptiert und die Revision des Klägers zurückgewiesen.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Fragen des Berufsrechts der Heilberufe waren in der nachfolgenden Entscheidung relevant.

Konkret ging es in der Revisionsentscheidung um **Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen**. Der für Wettbewerbssachen zuständige I. Zivilsenat hat entschieden, dass die **Wiedergabe von Hörfunksendungen in Wartezimmern von Zahnarztpraxen** im Allgemeinen **nicht als öffentliche Wiedergabe** i.S.v. § 15 Abs. 3 UrhG anzusehen ist.⁴⁷ Sie greift daher in

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴⁶ Urteil vom 09. Dezember 2015 – [IV ZR 272/15](#) – MDR 2016, 228 f. = VersR 2016, 177 ff.

⁴⁷ Urteil vom 18. Juni 2015 – [I ZR 14/14](#) – GRUR 2016, 278 ff.

der Regel nicht in das ausschließliche Recht der Urheber von Musikwerken oder Sprachwerken ein, Funksendungen ihrer Werke durch Lautsprecher öffentlich wahrnehmbar zu machen (§ 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 5 Fall 1 UrhG sowie § 22 Satz 1 Fall 1 UrhG) und begründet auch keinen Anspruch der ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung, soweit damit Sendungen ihrer Darbietungen öffentlich wahrnehmbar gemacht werden (§ 78 Abs. 2 Nr. 3 Fall 1 UrhG).⁴⁸

Klägerin war die GEMA. Beklagter war ein Zahnarzt. Die GEMA hatte mit dem Zahnarzt einen Lizenzvertrag abgeschlossen, der Letzterem das Recht zur Wiedergabe von Hörfunksendungen in seiner Praxis gegen Zahlung einer Vergütung übertrug. Unter Hinweis auf ein Urteil des EuGH⁴⁹ hatte der Zahnarzt den Lizenzvertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage fristlos gekündigt und die Auffassung vertreten, die Wiedergabe von Hintergrundmusik in einer Zahnarztpraxis lasse keinen Vergütungsanspruch für die Berechtigten entstehen, weil es sich um eine öffentliche Nutzung i.S.v. § 15 Abs. 3 UrhG bzw. um die öffentliche Wiedergabe einer Hörfunksendung i.S.v. § 22 UrhG handele. Mit dieser Auffassung hat sich der Zahnarzt nunmehr durchgesetzt.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Unter diesem Gliederungspunkt ist lediglich über eine Entscheidung des IX. Zivilsenats zu berichten.

Der für Anwaltshaftung zuständige IX. Zivilsenat hatte über eine Regressklage zu entscheiden, in der dort **klagende Ärzte die Beklagten wegen fehlerhafter anwaltlicher Beratung auf Schadensersatz in Anspruch**

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 18, 26 und 43.

⁴⁹ Urteil vom 15. März 2012 – C-135/10 – GRUR 2012, 593.

genommen hatten.⁵⁰ Nach Darstellung der Kläger hatte der Beklagte zu 1 ein Geschäftsmodell entwickelt, nach welchem die Kläger und andere Orthopäden sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschlossen. Diese GbR sollte einer nach irischem Recht zu gründenden Gesellschaft, einer Limited, Kapital zur Verfügung stellen, welches diese in eine GmbH & Co. KG einbringen würde. Die **Gesellschaft sollte eine radiologische Praxis einrichten und an einen Radiologen verpachten. Die Vereinbarkeit dieses Modells mit ärztlichem Berufsrecht** war Gegenstand einer vom Beklagten zu 1 auf der Basis einer anderweitigen anwaltlichen Prüfung vorgelegten gutachterlichen Stellungnahme, in der man unter dem Abschnitt „Zusammenfassung und Empfehlung“ lesen konnte:

„Die Vermietung von vollständig eingerichteten und ausgestatteten Praxisräumen an die Radiologische Praxis auf der Grundlage der angestrebten Struktur dürfte mit den Vorschriften des ärztlichen Berufsrechts sowie des Vertragsarztrechts im Einklang stehen ... Die avisierte Konstruktion dürfte mit § 31 BO-Ä vereinbar sein ... Da diese Frage bisher allerdings - soweit ersichtlich - die Rechtsprechung nicht beschäftigt hat, lässt sich nicht völlig ausschließen, dass die Ärztekammer im Streitfall zur gegenteiligen Rechtsauffassung gelangen und gegen die Beteiligten ein berufsgerichtliches Verfahren anstrengen könnte...“

Das Modell scheiterte. Die Kläger werfen den Beklagten vor, sie nicht ausreichend über die mit ihm verbundenen berufsrechtlichen Risiken hingewiesen und insbesondere keine Stellungnahme der zuständigen Ärztekammer eingeholt zu haben. Sie hatten behauptet, bei vollständiger Aufklärung anderweitig investiert zu haben. Während die Vorinstanzen die Schadensersatzklage abgewiesen hatten, hat die von den Ärzten geführte Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt.⁵¹

⁵⁰ Beschluss vom 24. September 2015 – [IX ZR 266/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.
⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 4.

Im Einklang mit der von der Nichtzulassungsbeschwerde erhobenen Rüge hatte das Berufungsgericht Vorbringen der Kläger hinsichtlich der Zusicherung der berufsrechtlichen Unbedenklichkeit des den Ärzten vorgestellten Modells im Kern missachtet. Die Ablehnung der Vernehmung der Zeugen, welche die Darstellung der Kläger bestätigen sollten, fand im Prozessrecht keine Stütze (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG). Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann ein Beweisantrag in entsprechender Anwendung von § 244 Abs. 3 StPO zwar abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache unerheblich, bereits erwiesen oder offenkundig ist bzw. wenn das Beweismittel unzulässig, unerreichbar oder völlig ungeeignet ist, oder wenn die behauptete Tatsache als wahr unterstellt wird.⁵² Voraussetzung einer zulässigen Wahrunterstellung ist jedoch, dass die Behauptung so übernommen wird, wie die Partei sie aufgestellt hat. Diesen Grundsatz hatte das Berufungsgericht missachtet.⁵³

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Mit Fallgestaltungen, die das Vergütungsrecht der Heilberufe betreffen, war in der Berichtsperiode der III. Zivilsenat befasst.

Um den **Vergütungsanspruch eines ambulanten Pflegedienstes**, dessen Mitarbeiter nicht über die vertraglich vereinbarte Qualifikation verfügten, ging es in einem vom III. Zivilsenat entschiedenen Revisionsverfahren.⁵⁴ In der Sache hatte die Beklagte (Mutter des der intensiven medizinischen Pflege bedürftigen Kindes) beanstandet, dass die **zum**

⁵² a.a.O., juris, Rn. 7.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁵⁴ Urteil vom 08. Oktober 2015 – [III ZR 93/15](#) – GesR 2015, 752 ff. = MDR 2015, 1281 f. = PfIR 2016, 33 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Einsatz gekommenen Mitarbeiter nicht über die **vertraglich vereinbarte Qualifikation** verfügt hätten.

In der **gesetzlichen Krankenversicherung** führt das **Unterschreiten der nach dem Pflegevertrag vereinbarten Qualifikation** nach den insoweit maßgeblichen Grundsätzen des Sozialrechts bekanntlich zum **vollständigen Entfall des Vergütungsanspruchs**, auch dann, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht wurden.⁵⁵

Vorliegend ging es **nicht um gesetzliche, sondern um vertragliche Vergütungsansprüche**. Dabei hat der III. Zivilsenat, die spannende Frage, ob die im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht geltenden Grundsätze auch auf Pflegeverträge mit privat Versicherten anzuwenden sind, dahinstehen lassen.⁵⁶ Denn der streitgegenständliche Pflegevertrag war dahingehend zu verstehen, dass die Parteien die **sozialrechtlichen Abrechnungsgrundsätze durch Bezugnahme zur Grundlage ihrer privatrechtlichen Leistungsbeziehung gemacht** hatten und damit die „streng formale Betrachtungsweise“ der gesetzlichen Krankenversicherung auch für die Abrechenbarkeit der erbrachten Pflegeleistungen maßgebend war.⁵⁷ Um festzustellen, ob die mithin zu beachtenden sozialrechtlichen Vorgaben und hier konkret die notwendige Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter gegeben war, ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen worden.⁵⁸

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 22.

6. Krankenhausrecht

Fragen des Krankenhausrechtes haben in den nachfolgenden Entscheidungen eine Rolle gespielt.

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 dem Patienten und dem Wahlarzt geschlossen werden soll, bereits **Gegenstand** der zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten abgeschlossenen **Wahlleistungsvereinbarung** ist (Krankenhaus als Stellvertreter des Wahlarztes), **oder** ob es hierzu einer **weiteren Abrede zwischen dem Arzt und dem Patienten** bedarf, die auch durch konkludentes Verhalten zustande kommen kann.⁵⁹

Gegenstand des Revisionsverfahrens war die Klage eines privaten Krankenversicherungsunternehmens, welches den beklagten Arzt aus abgetretenem Recht einer Versicherungsnehmerin auf teilweise Honorarrückzahlung für erbrachte wahlärztliche Leistungen in Anspruch genommen hatte. Der Beklagte war Chefarzt (Direktor) der chirurgischen Klinik, in der die Zedentin behandelt worden war, die bei der Klägerin auf der Grundlage eines Zusatztarifs zur gesetzlichen Krankenversicherung versichert und der deshalb die Kosten einer Zwei-Bett-Unterbringung sowie einer Chefarztbehandlung in voller Höhe erstattet worden waren.

Die gegen den Chefarzt gerichtete Klage auf teilweise Honorarrückzahlung für die erbrachte wahlärztliche Leistung ist in allen Instanzen ohne Erfolg geblieben. Die insoweit **einzelfallbezogenen Ausführungen** des

⁵⁹ Urteil vom 14. Januar 2016 – [III ZR 107/15](#) – bislang veröffentlicht nur bei juris.

III. Zivilsenats halten fest, dass der **Beklagte nicht passiv legitimiert** war, **da** zwischen der Versicherungsnehmerin und ihm **zu keinem Zeitpunkt ein vertragliches Schuldverhältnis** i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB **bestanden hatte.**⁶⁰

Die Entscheidung des III. Zivilsenats befasst sich im Einzelnen mit den unterschiedlichen **Gestaltungsformen des Krankenhausaufnahmevertrages** (totaler Krankenhausaufnahmevertrag; gespaltener Arzt-Krankenhaus-Vertrag sowie totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag) und hält fest, dass der streitgegenständlichen Wahlleistungsvereinbarung das Modell des gespaltene[n] Arzt-Krankenhaus-Vertrags zugrunde lag⁶¹ und im Ergebnis zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Beklagten weder im Wege eines Vertretergeschäftes noch durch konkludentes Verhalten ein Behandlungsvertrag zustande gekommen ist.⁶² In gleicher Weise konnte die Klägerin von dem Beklagten auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) Rückzahlung verlangen, weil es insoweit zwischen dem Beklagten und der Versicherungsnehmerin an einem Leistungsverhältnis fehlte.⁶³

b)

Mit **betreuungsrechtlichen Einwilligungen in ärztliche oder mit einer Unterbringung verbundenen Zwangsmaßnahmen** ist beim Bundesgerichtshof bekanntlich der XII. Zivilsenat befasst. Insoweit sei auf drei im Verlauf dieser Berichtsperiode abgesetzte Beschlüsse verwiesen.

aa)

Der XII. Zivilsenat hat veranlasst, dass eine **Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu der Frage eingeholt** wird, **ob § 1906 Abs. 3 BGB** in der Fassung des Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 26 ff.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 31.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 32 ff.

2013 (BGBl. I S. 266) mit **Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist**, soweit er für die Einwilligung des Betreuers in eine stationär durchzuführende ärztliche Zwangsmaßnahme auch bei Betroffenen, die sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind, voraussetzt, dass die Behandlung im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB erfolgt.⁶⁴

bb)

Auch im Rahmen einer genehmigten Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB bedarf es der **gesonderten betreuungsrechtlichen Genehmigung** nach § 1906 Abs. 4 BGB, **wenn dem Betroffenen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.**⁶⁵ Ohne ausdrücklichen Antrag des Betreuers kann eine unterbringungsähnliche Maßnahme nur genehmigt werden, wenn sich aus dem Verhalten des Betreuers ergibt, dass er die Genehmigung wünscht.⁶⁶

cc)

In diesen Zusammenhang gehört auch noch eine weitere Entscheidung, in der es um die **Feststellung der Rechtswidrigkeit der Genehmigung einer Zwangsmedikation ohne ausreichende gutachterliche Grundlage** geht.⁶⁷

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

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

⁶⁴ Beschluss vom 01. Juli 2015 – [XII ZB 89/15](#) – GesR 2015, 501 ff. = MedR 2016, 44 ff.

⁶⁵ Beschluss vom 28. Juli 2015 – [XII ZB 44/15](#) – MedR 2016, 1800 f. = NJW-RR 2015, 1347 ff.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁶⁷ Beschluss vom 08. Juli 2015 – [XII ZB 600/14](#) – NJW-RR 2015, 1345 f.

a)

Im Strafrecht ist über die nachfolgenden Entscheidungen zu berichten, die medizinrechtliche Bezüge aufweisen.

aa)

Im Rahmen einer zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHSt bestimmten Entscheidung hatte sich der 2. Strafsenat mit der Strafbarkeit des **Inverkehrbringens von nikotinhaltigen Verbrauchsstoffen** für elektronische Zigaretten befasst.⁶⁸ Die Revisionsentscheidung hält fest, dass **nikotinhaltige Verbrauchsstoffe für elektronische Zigaretten keine Arzneimittel** sind, soweit sie nicht zur Rauchentwöhnung bestimmt sind. Es handelt sich um Tabakerzeugnisse, die zum anderweitigen oralen Gebrauch als Rauchen oder Kauen bestimmt sind und dem Anwendungsbereich des § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG unterliegen.⁶⁹

bb)

Nachdem der 1. Strafsenat wegen **Handels mit Ephedrin oder Pseudoephedrin enthaltenen Arzneimittel** ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet⁷⁰ und der EuGH dieses Vorabentscheidungsersuchen mit Urteil vom 05. Februar 2015⁷¹ beantwortet hatte, ist eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs ergangen, in welcher die von der Vorinstanz **auf § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG gestützte strafrechtliche Verurteilungen aufgehoben** worden ist.⁷²

cc)

Ein weiterer Beschluss zur **Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG** spricht aus, dass mit dem Europäischen Gerichtshof davon auszugehen ist, dass es sich **bei den nicht dem Betäubungsmittelgesetz unterfal-**

⁶⁸ Urteil vom 23. Dezember 2015 – [2 StR 525/13](#) – GesR 2016, 193.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 16, 28 und 57.

⁷⁰ EuGH -Vorlage vom 05. Dezember 2013 – [1 StR 388/13](#) – veröffentlicht bei juris.

⁷¹ – C 627/13 – PharmR 2015, 108 ff.; wir hatten darüber bereits in unserem Newsletter des 1. Halbjahres 2015 berichtet.

⁷² Beschluss vom 27. Oktober 2015 – [3 StR 124/13](#) – PharmR 2016, 40 ff.

lenden synthetischen Canabinoiden (insbes. JWH 210) nicht um Arzneimittel handelt.⁷³

dd)

Im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Kräutermischungen und zur Frage, ob es sich bei den vom Angeklagten vertriebenen **Kräutermischungen um Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 AMG** handelte, ist noch auf einen Beschluss des 2. Strafsenats hinzuweisen.⁷⁴

b)

Im Rahmen seiner Zuständigkeit hat der I. Zivilsenat ansonsten erneut über verschiedene Markenrechtstreite und hier u.a. über die **Reichweite der Wortmarke „Heliomedical“** entschieden, deren Schutz sich nach einem Teilverzicht der Markeninhaberin u.a. auf diverse pharmazeutische und veterinärmedizinische Präparate beziehen sollte.⁷⁵

Des Weiteren ist über eine Wettbewerbsstreitigkeit zu berichten, in der es um die Frage ging, inwieweit eine **Mundspüllösung, die Chlorhexidin enthält**, als **Funktionsarzneimittel** anzusehen ist oder nicht.⁷⁶ Daneben haben den I. Zivilsenat verschiedene Rechtsstreite im Zusammenhang mit **Nahrungsergänzungsmitteln**⁷⁷ beschäftigt.

⁷³ Beschluss vom 04. November 2015 – [4 StR 403/14](#) – PharmR 2016, 13 ff.

⁷⁴ Beschluss vom 23. Dezember 2015 – [2 ARs 434/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁵ Beschluss vom 13. August 2015 – [I ZB 76/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁶ Urteil vom 25. Juni 2015 – [I ZR 11/14](#) – mit Anmerkung Riegger, GRURPrax 2016, 90 (bei Redaktionsschluss des letzten Newsletters noch nicht abgesetzt).

⁷⁷ Urteil vom 16. April 2015 – [I ZR 27/14](#) – GRUR 2015, 1140 ff. = WRP 2015, 1332 ff. (Trockenextrakt einer Pflanzenwurzel) sowie Urteil vom 10. Dezember 2015 – [I ZR 222/13](#) – veröffentlicht nur bei juris (Mehrfuchtsaft „Rotbäckchen“).

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Hier ist über die nachfolgenden Entscheidungen zu berichten.

a)

Die Bestimmung des **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG** ist **grundsätzlich auch bei Arzneimitteln zu beachten, die in der Arztpraxis am Patienten angewendet werden sollen (sog. Applikationsarzneimitteln)** und daher zum Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Behandlung in der Arztpraxis vorhanden sein müssen, sowie speziell bei Medikamenten, die für die Ersteinstellung und Ersteinweisung von Hepatitis-C-Patienten benötigt werden.⁷⁸ Kläger und Beklagter waren Apotheker. Der Beklagte hatte drei verschreibungspflichtige Medikamente „Incivo 375 mg Filmtabletten“, „Copegos 200 mg Filmtabletten/Ribarin 200 mg Filmtabletten“ und „Pegasys 180 IG Fertogüem 4 Stück Fertigspritzen“ für in einer Arztpraxis behandelte Hepatitis-C-Patienten abgegeben. In beiden Fällen wurde das in der Arztpraxis ausgestellte Rezept nicht den Patienten ausgehändigt, sondern wurden **Rezept und Medikamente direkt zwischen der Arztpraxis und der Apotheke des Beklagten ausgetauscht**. Während die Vorinstanzen in diesem Verhalten noch eine Wettbewerbsverletzung gesehen hatten, hat der Bundesgerichtshof die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsinstanz zurückgegeben.

b)

Berichtet sei in diesem Zusammenhang auch noch über eine vom I. Zivilsenat bestätigte Verurteilung eines **in den Niederlanden tätigen Apothekers, der Arzneimittel nach Deutschland an deutsche Kunden versendete und** seit Beginn der Geschäftstätigkeit im Jahre 2000 **mit Bonusmodellen warb**. Konkret kündigte der Beklagte in Prospekten und

⁷⁸ Urteil vom 18. Juni 2015 – [I ZR 26/14](#) – GRUR 2016, 213 ff. = WRP 2016, 193 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

im Internet den Kunden „als Aufwandsentschädigung für die Mitwirkung bei unserer Qualitätssicherung“ die Zahlung einer **Geldprämie von bis zu 15,00 € pro eingelöstem Rezept** an. Die dagegen gerichtete Unterlassungsklage war darauf gestützt, dass ein Anbieten und Gewähren eines als Vergütung für die Teilnahme an einem Arzneimittel-Check ausgelobten Bonus in Höhe von bis zu 15,00 € bei der Einlösung eines Rezepts durch gesetzlich oder privat Krankenversicherte wettbewerbswidrig war. Die dahingehende Verurteilung zur entsprechenden Unterlassung hat der Bundesgerichtshof bestätigt.⁷⁹

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben in der Berichtsperiode neben dem VI. Zivilsenat auch den III., IV., V. und IX. Zivilsenat beschäftigt.

a)

Beschwerden gegen die Nichtzulassung einer Revision in einer Berufungsentscheidung sind nach **§ 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO**⁸⁰ nur dann mit der Nichtzulassungsbeschwerde angreifbar, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000,00 € übersteigt.⁸¹ Die Einhaltung dieser sog. **Erwachsenheitsbeschwer** spielt immer wieder in Verfahren eine Rolle, in denen es um Auskunftsbegehren geht und war beim III. Zivilsenat in einem Stufeklageverfahren streitgegenständlich, in dem eine Klägerin als **Trägerin der gesetzlichen Krankenversicherung einen von ihr eingeschalteten Rechtsanwalt auf Auskunft und Zahlung vereinnahmter Fremdgeldbeträge bzw. Herausgabe von**

⁷⁹ Beschluss vom 27. Januar 2016 – [I ZR 68/14](#) – veröffentlicht bislang nur bei juris.

⁸⁰ in der Fassung vom 05. Dezember 2014 und augenblicklich befristet bis zum 31. Dezember 2016.

⁸¹ Dies gilt nicht, wenn das Berufungsgericht die Berufung verworfen hat (§ 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO).

Urkunden in Anspruch genommen hatte.⁸² Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bemisst sich der Wert der Beschwer bei der Verurteilung zur Auskunftserteilung nicht nach dem Wert des mit der Klage geltend gemachten Auskunftsanspruchs, sondern nach dem Interesse der verurteilten Partei, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Hat der dahingehende Antrag Erfolg, erspart sie die Kosten, die mit dem Aufwand der Auskunftserteilung verbunden sind. Dabei ist – von Fallgestaltungen abgesehen, in denen ein besonderes Geheimhaltungsinteresse eine Rolle spielt – im Wesentlichen auf den **Aufwand an Zeit und Kosten** abzustellen, den die Erteilung der geschuldeten Auskunft erfordert.⁸³

b)

Um die für die Statthaftigkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde und die hierfür notwendige **Erwachsenheitsbeschwer** von mehr als 20.000,00 € (§ 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO) ging es auch in einer Entscheidung des IV. Zivilsenats in einem **Streit über das Bestehen eines privaten Kranken- oder Pflegeversicherungsvertrages**.⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Wert eines Streits über das Bestehen eines privaten Kranken- und Pflegeversicherungsvertrages gemäß § 3 und § 9 ZPO nach der 3,5-fachen Jahresprämie abzüglich des bei positiven Feststellungsklagen üblichen Abschlags von 20% festzusetzen.⁸⁵

c)

Um die **Erkrankung eines Rechtsanwalts** und ein darauf gestütztes **Wiedereinsetzungsgesuch** hatte der V. Zivilsenat in einem Rechtsbeschwerdeverfahren zu entscheiden.⁸⁶ Mit dem Ziel einer Wiedereinsetzung in eine versäumte Berufungsbegründungsfrist war anwaltlich versichert worden, die **Berufungsbegründungsfrist** sei deshalb **versäumt**

⁸² Beschluss vom 13. August 2015 – [III ZR 76/14](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 4 ff.

⁸⁴ Beschluss vom 18. November 2015 – [IV ZR 154/15](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁸⁶ Beschluss vom 09. Juli 2015 – [V ZB 156/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

worden, weil der **Rechtsanwalt** wegen einer **schweren operationsbedürftigen Hüftarthrose arbeitsunfähig** und außerstande gewesen sei, die Kontrolle der Kanzlei auszuüben.

Die **Rechtsbeschwerde** hatte **keinen Erfolg**. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein **Rechtsanwalt allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt**. Ist ein Prozessbevollmächtigter – wie hier – für mehrere Tage krankgeschrieben, muss er für eine **anwaltliche Vertretung** sorgen.⁸⁷

d)

Mit den Folgen der **Versäumnis eines Einspruchstermins bei einer plötzlich auftretenden Krankheit** befasst sich ein Urteil des IX. Zivilsenats.⁸⁸

In der Berufungsinstanz war ein Versäumnisurteil gegen die Klägerin ergangen und nach form- und fristgerechtem Einspruch für diese im **Einspruchstermin niemand erschienen**, weil ihre Prozessbevollmächtigte unmittelbar vor der geplanten Fahrt zum Termin wegen einer akuten Erkrankung (**Übelkeit und Durchfall**) einen Arzt hatte aufsuchen müssen. Die Zulässigkeit der Revision gegen das zweite Versäumnisurteil setzte die schlüssige Darlegung voraus, dass kein **Fall der schuldhaften (Termins-)Versäumung** vorlag.

Der Bundesgerichtshof hat unterstellt, dass die Prozessbevollmächtigte **erkrankungsbedingt nicht zur mündlichen Verhandlung anreisen** konnte. Dieser **Umstand genügt aber nicht für die Annahme, der Termin sei unverschuldet versäumt worden**.⁸⁹ Eine schuldhafte

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

⁸⁸ Urteil vom 24. September 2015 – [IX ZR 207/14](#) – NJW-RR 2016, 60 f.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 6.

Säumnis liegt regelmäßig auch dann vor, wenn ein Prozessbevollmächtigter, der kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung eines Termins gehindert ist, nicht das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen und hierdurch eine Vertagung zu ermöglichen. Von daher ist der Prozessbevollmächtigte der Klägerin letztlich angelastet worden, dass es ihr **nicht möglich oder unzumutbar war, das Berufungsgericht rechtzeitig telefonisch über ihre krankheitsbedingte Verhandlungsunfähigkeit selbst in Kenntnis zu setzen** oder über ihren Bürokollegen informieren zu lassen.⁹⁰

e)

Ein **Rechtsanwalt** muss den **Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen immer dann eigenverantwortlich prüfen, wenn ihm die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt werden.**⁹¹ Die Überwachungspflicht des Rechtsanwalts, dem die Handakten zwecks Fertigung der Berufungsschrift vorgelegt werden, beschränkt sich dabei nicht nur auf die Prüfung, ob die Berufungsfrist zutreffend notiert ist, sondern erstreckt sich auch auf die ordnungsgemäße Notierung der Berufungsbegründungsfrist, die nach § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils zu laufen beginnt und deren Ablauf daher im Zeitpunkt der Fertigung der Berufungsschrift bereits feststeht.⁹²

f)

Ein **Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Fall 2 ZPO** kann nur durch Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlags des Gerichts mit **Schriftsatz der Parteien wirksam geschlossen** werden.⁹³ Eine lediglich **zu Protokoll des Gerichts erklärte Annahme des gerichtlichen**

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁹¹ Beschluss vom 15. September 2015 – [VI ZB 37/14](#) – NJW-RR 2015, 1468 = VersR 2015, 1582.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 7.

⁹³ Beschluss vom 14. Juli 2015 – [VI ZR 326/14](#) – AnwBl. 2015, 814 = NJW 2015, 2965 ff.

Vergleichsvorschlag reicht nicht aus, um dem Formerfordernis nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Fall 2 ZPO zu genügen.⁹⁴

In der Berufungsverhandlung hatte das Gericht den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, den es zu Protokoll diktierte und nochmals vorspielte. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hatte zu Protokoll erklärt, diesen Vergleich zu „genehmigen“ und die „Zustimmung nach § 278 Abs. 6 ZPO“ zu erteilen. Der Beklagtenvertreter erhielt eine Frist von drei Wochen „zur Zustimmung zum Vergleichsvorschlag nach § 278 Abs. 6 ZPO“ und stimmte innerhalb dieser Frist dem Vergleichsvorschlag zu, so dass das Gericht das Zustandekommen des Vergleichs gemäß § 178 Abs. 6 ZPO durch Beschluss feststellte. In der weiteren Folge machte dann allerdings die Klägerin, die der Vergleichsregelung im Termin zugestimmt hatte, geltend, der Rechtsstreit sei durch den Vergleich nicht wirksam beendet worden.

Wenngleich ein Vergleich mangels Unterbreitung eines **schriftlichen** Vergleichsvorschlags des Gerichts nicht zustande gekommen war, hat der Bundesgerichtshof es für **treuwidrig (§ 242 BGB)** gehalten, dass sich die Klägerin vorliegend **auf die Formwirksamkeit berufen hatte**.⁹⁵

g)

Nach **§ 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO** kann das Revisionsgericht von einer **Begründung** des Beschlusses, mit dem es über die **Nichtzulassungsbeschwerde** entscheidet, **absehen**, wenn eine Begründung nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist. Unter Bezugnahme auf diese gesetzliche Bestimmung ist es **zur Regel geworden, zurückweisende Nichtzulassungsbeschwerdebeschlüsse nicht zu begründen**.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

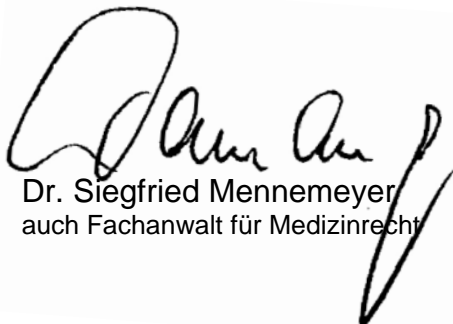
⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

Anhörungsrügen gegen derartige nicht begründete Zurückweisungsbeschlüsse **haben ausnahmslos keinen Erfolg.**⁹⁶

Anhörungsrügen, mit denen beanstandet wird, dass der Bundesgerichtshof das Vorbringen der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung unter Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG gehörswidrig nicht zur Kenntnis genommen hat, werden quasi formularmäßig mit der Standardbegründung zurückgewiesen, es sei **nicht erforderlich, alle Einzelpunkte des Parteivortrages auch ausdrücklich zu bescheiden.**⁹⁷ Weiter heißt es dann, der Senat habe von der Möglichkeit des § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht, zuvor aber das Vorbringen in vollem Umfang geprüft, dieses im Ergebnis allerdings nicht für durchgreifend erachtet.⁹⁸

Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass Anhörungsrügen ausnahmslos nicht zum Erfolg führen und im Rahmen einer erwogenen Verfassungsbeschwerde darauf geachtet werden muss, dass eine derartige Verfassungsbeschwerde – soweit Gehörsverletzungen geltend gemacht werden sollen – allein auf die ggf. mit der Nichtzulassungsbeschwerde gerügte Gehörsverletzung des Berufungsgerichts – nicht aber auf eine Gehörsverletzung des Bundesgerichtshofes – gestützt wird.

Karlsruhe, den 05. April 2016



Dr. Siegfried Mennemeyer
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁹⁶ vgl. exemplarisch Beschluss vom 21. September 2015 – [VI ZR 180/14](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 3.