

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 2. Halbjahr 2009**

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

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 und 2008 sowie das 1. Halbjahr 2009 betreffenden Übersichten<sup>2</sup> der medizinrechtlichen Rechtsprechung fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2009 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung, sondern auch um das Berufsrecht sowie das Vergütungsrecht der Heilberufe. Daneben sind Konstellationen aus den Bereichen des Arznei-, Medizinprodukte- und Apothekenrechts entschieden worden. Im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>3</sup> des Bundesgerichtshofs sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14 b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

### **1.**

#### **Recht der medizinischen Behandlung**

Zivilrechtliche Haftungsfälle<sup>4</sup> sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

#### **a)**

Mit einem Behandlungsfehler, der darin bestand, dass der verstorbene Ehemann der Klägerin nicht unverzüglich mit einem Notarztwagen in ein Krankenhaus eingewiesen

---

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

<sup>2</sup> Abrufbar unter [www.bgh-anwalt.de](http://www.bgh-anwalt.de) unter Aktuelles.

<sup>3</sup> Der Geschäftsverteilungsplan 2009 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) abrufbar. Über die vorstehende Internetadresse können insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext abgerufen werden.

<sup>4</sup> Den I. Strafsenat (Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426/09 – StRR 2010, 30 f.) hat der Tatbestand des § 174 c Abs. 2 StGB und die Frage beschäftigt, ob eine Patientin dem dortigen Angeklagten „zur psychotherapeutischen Behandlung“ anvertraut gewesen war.

worden war, befasst sich ein Annahmebeschluss des BGH<sup>5</sup>. Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass der dem Beklagten unterlaufene Behandlungsfehler nicht als grober Behandlungsfehler qualifiziert werden konnte. Dem war die erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde mit der Rüge entgegengetreten, dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidungsfindung substantiierten Sachvortrag der Klägerin sowie den Inhalt einer von der Klägerin vorgelegten privatgutachterlichen Stellungnahme übergangen hatte. Danach war eine sofortige Einweisung des verstorbenen Ehemannes unabhängig von der Frage, ob das Zeitfenster für die Behandlung eines akuten Herzinfarkts bereits überschritten war, schon deshalb zwingend geboten gewesen, um typischerweise nach einem Herzinfarkt auftretende lebensbedrohliche Herzrhythmusstörungen festzustellen und zu behandeln<sup>6</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat dieser Rüge stattgegeben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Anders als das Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof in der unterlassenen Krankenhauseinweisung auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten einen **eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln bzw. gesicherte medizinische Erkenntnisse** gesehen und damit einen Behandlungsfehler angenommen, **der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (grober Behandlungsfehler<sup>7</sup>)**. Der Zurückweisungsbeschluss gibt dem Berufungsgericht auf, sich im Einzelnen mit den aufgezeigten Widersprüchen im Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken. Insbesondere muss geklärt werden, ob es sich bei dem Behandlungsfehler des Beklagten tatsächlich – wie das Berufungsgericht angenommen hatte – um einen Diagnosefehler oder um einen Befunderhebungsfehler wegen unterlassener Durchführung der gebotenen Anschlussdiagnostik (EKG, Blutabnahme, Feststellung des Vorliegens von Herzrhythmusstörungen, etc.) gehandelt hat<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Beschluss vom 22. September 2009 – VI ZR 32/09 – VersR 2010, 72 f.

<sup>6</sup> Beschluss vom 22. September 2009 – VI ZR 32/09 – juris, Rn. 4.

<sup>7</sup> Vgl. auch Urteil vom 16. Juni 2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820 ff.

<sup>8</sup> Beschluss vom 22. September 2009 – VI ZR 32/09 – juris, Rn. 9.

**b)**

Um die Folgen einer Bypass-Operation am Herzen und eine Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler durch unterlassene Befunderhebung ging es in einem weiteren Revisionsverfahren<sup>9</sup>. Nach der Bypass-Operation war es zu Sehstörungen – zunächst nur am linken Auge – gekommen. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da ein Behandlungsfehler der Beklagten vor dem Einsetzen der ersten Sehstörung des Klägers nicht erkennbar gewesen sei. Insbesondere sei auch nicht fehlerhaft gewesen, dass nicht sofort am Tag des Auftretens der ersten Sehstörungen eine augenärztliche Untersuchung veranlasst worden sei. Dem war die vom Berufungsgericht zugelassene Revision entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hatte argumentiert, die Nichterhebung von Befunden und die dadurch bedingte Unterlassung oder Einleitung einer gezielten Therapie seien nur dann ein grober Behandlungsfehler, wenn ganz offensichtlich gebotene und der Art nach auf der Hand liegende Kontrolluntersuchungen unterlassen **und** darüber hinaus die nach einhelliger medizinischer Auffassung gebotene Therapie versäumt worden seien. Mit diesen Ausführungen hatte das Berufungsgericht die Senatsrechtsprechung verkannt. Soweit in dem vom Berufungsgericht angeführten Senatsurteil<sup>10</sup> ein grober Behandlungsfehler in einem Fall bejaht worden war, in dem nach den getroffenen Feststellungen eine gebotene und der Art nach auf der Hand liegende Kontrolluntersuchung unterlassen **und** darüber hinaus die nach medizinischer Auffassung gebotene Therapie versäumt worden war, stellt der VI. Zivilsenat hierzu klar, dass **Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers nicht auch das Unterbleiben der Therapie ist**. Das Unterlassen der gebotenen Therapie ist im Falle der Nichterhebung medizinisch gebotener Befunde nicht Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers mit der Folge der Beweislastumkehr zugunsten des Patienten. Für die Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen ärztlichem Fehler und Gesundheitsschaden reicht es vielmehr aus, dass die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhe-

---

<sup>9</sup> Urteil vom 29. September 2009 – VI ZR 251/08 – VersR 2010, 115 ff. = GesR 2010, 19 ff. = MDR 2010, 29.

<sup>10</sup> Grundlegendes Urteil vom 18. April 1989 – VI ZR 221/88 – NJW 1989, 2332 f. = VersR 1989, 701 f. = MedR 1989, 238 f.

bung einen groben ärztlichen Fehler darstellt<sup>11</sup>. Es ist nicht erforderlich, dass der grobe Behandlungsfehler die einzige Ursache für den Schaden ist. Vielmehr genügt, dass er generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; wahrscheinlich braucht der Eintritt eines solchen Erfolgs nicht zu sein. Eine Umkehr der Beweislast ist mithin nur dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist<sup>12</sup>.

Das angefochtene Urteil konnte auch deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft von einer ausreichenden Aufklärung des Klägers vor der eigentlichen Operation ausgegangen und auf dieser Grundlage die Wirksamkeit der vom Kläger erteilten Einwilligung und damit die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs angenommen hatte. Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hatte, der Kläger sei durch den Inhalt des von ihm unterzeichneten Aufklärungsbogens über die Risiken der Bypass-Operation hinreichend aufgeklärt worden, hatte die Revision geltend gemacht, dass das Risiko einer Erblindung in dem Formblatt nicht in ausreichender Weise angesprochen worden war. Das Berufungsgericht hatte offen gelassen, ob es sich bei N-AION um ein spezifisches Risiko der Bypass-Operation handelte. Dies war deshalb im Revisionsrechtszug zugunsten des Klägers zu unterstellen. Soweit das Berufungsgericht gemeint hatte, der Kläger sei deshalb hinreichend aufgeklärt worden, weil er über die mit einer Gerinnungshemmung bzw. einer mangelnden Durchblutung verbundenen Risiken unterrichtet worden war und es deshalb nicht erforderlich gewesen sei, ihn auf die möglicherweise gegebene Gefahr der Erblindung gesondert hinzuweisen, ist der VI. Zivilsenat dem nicht gefolgt. Er hat sich vielmehr den Ausführungen der Revision angeschlossen, nach der die in der schriftlichen Aufklärung enthaltenen Hinweise auf die Hirnschäden infolge mangelnder Durchblutung nach Kreislaufstörungen/Embolie und Thrombose im Hinblick auf das nicht ausdrücklich genannte Risiko der Erblindung verharmlosend war. Da es das Berufungsgericht offen gelassen hatte, ob es sich bei N-AION um ein spezifisches Risiko einer solchen Bypass-Operation handelte, war eine Aufklärung mithin nur dann ordnungsgemäß, wenn das Risiko einer vollständigen Erblindung beim Namen genannt wurde. **Auch über ein gegenüber dem Hauptrisiko weniger schweres**

---

<sup>11</sup> Urteil vom 29. September 2009 – VI ZR 251/08 – juris, Rn. 8 mwN.

<sup>12</sup> Urteil vom 29. September 2009 – VI ZR 251/08 – juris, Rn. 8 mwN.

**Risiko ist nämlich aufzuklären, wenn dieses Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet, für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet würde**<sup>13</sup>. Von daher war im Ansatz von einem Aufklärungsdefizit auszugehen, für welches nur dann nicht zu haften gewesen wäre, wenn den Beklagten im Blick auf eine unzureichende Aufklärung kein Verschulden zur Last gefallen wäre. Ob dem Aufklärenden im Blick auf die vorgenommene objektiv unzureichende Aufklärung ein **Verschulden** zur Last fällt, **hängt regelmäßig davon ab, ob der Aufklärende nach dem Stand der medizinischen Kenntnis im Zeitpunkt der Behandlung das dem Patienten nicht genannte Risiko kennen musste oder nicht**. Insoweit war im konkreten Fall von Bedeutung, ob das Erblindungsrisiko als Folge einer Bypass-Operation in der medizinischen Wissenschaft seinerzeit schon ernsthaft diskutiert wurde oder nicht.

**c)**

Ein **Gesamtschuldnerausgleich zwischen Arzt und Klinik** und damit verbundene Probleme der Beweislastumkehr aufgrund eines groben ärztlichen Behandlungsfehlers waren Gegenstand einer weiteren Revisionsentscheidung<sup>14</sup>. Konkret ging es um die Klage einer Haftpflichtversicherung, die für einen durch den versicherten Gynäkologen zu verantwortenden Geburtsschaden infolge einer verspäteten Sectio erfolgreich in Anspruch genommen worden war und die nunmehr im Wege des gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB unter Hinweis auf ein vorliegendes Organisationsverschulden der Belegklinik gegen diese Klinik vorging.

Das Revisionsurteil stellt klar, dass für einen ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner in der Regel drei Anspruchsgrundlagen in Betracht zu ziehen sind, zum einen der Regressanspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB, der gleichzeitig mit der Gesamtschuld entsteht, zum anderen der zur Bestärkung des Regressrechts des Ausgleichsberechtigten kraft Gesetzes übergehende Anspruch des Gläubigers gegen die anderen Gesamtschuldner nach § 426 Abs. 2 BGB und des Weiteren außerhalb der Gesamtschuld stehende vertragliche oder gesetzliche Ansprüche z.B. aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherung zwischen dem Ausgleichsberechtig-

<sup>13</sup> Urteil vom 29. September 2009 – VI ZR 251/08 – juris, Rn. 12 mwN.

<sup>14</sup> Urteil vom 06. Oktober 2009 – VI ZR 24/09 – VersR 2009, 1688 ff. = GesR 2010, 16 ff. = MDR 2010, 41 f.

ten und den anderen Gesamtschuldern. Im Rahmen des vorliegend allein maßgeblichen Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB war entscheidend, ob sich ein Schädiger gegen einen – vermeintlichen – Mitschädiger wie ein Patient auf Beweiserleichterungen für die Kausalität wegen eines groben Behandlungsfehlers des Mitschädigers berufen kann. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage verneint und ausgesprochen, dass einem Gesamtschuldner **im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB keine Beweiserleichterungen** wegen eines denkbaren groben Organisationsverschuldens der Klinik zugute kommen können. Zur Begründung wird angeführt, dass die beweisrechtlichen Konsequenzen aus einem grob fehlerhaften Behandlungsgeschehen nicht aus dem Gebot der prozessrechtlichen Waffengleichheit folgen. Die beweisrechtlichen Konsequenzen knüpfen vielmehr daran, dass die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung für den betroffenen Patienten derart erschwert ist, dass dem Patienten aus Billigkeitsgründen der volle Kausalitätsnachweis nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann<sup>15</sup>. Die Beweislastumkehr soll einen Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitert oder verschoben worden ist<sup>16</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen konnte eine Beweislastumkehr im Bereich des Gesamtschuldnerausgleichs zwischen Ärzten oder zwischen einem Arzt und einem anderen Leistungserbringer nicht Platz greifen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hatte der bei der Klägerin versicherte Gynäkologe die Notsectio im konkreten Fall erst aufgrund seines pflichtwidrigen Verhaltens erforderlich gemacht. Es handelte sich von daher keineswegs um einen plötzlich auftretenden, nicht kalkulierbaren Notfall. Da die Geschehnisse maßgeblich durch die Nachlässigkeit des bei der Klägerin versicherten Gynäkologen herbeigeführt worden waren, traf diesen der weit überwiegende Verursachungsanteil an dem tragischen Verlauf der Geburt, demgegenüber ein Organisationsverschulden der Klinik nicht mehr zum Tragen kommen konnte. Eine rechtliche Verpflichtung der Klinik, sich am Ersatz des Schadens zu beteiligen, bestand mithin schon deshalb nicht, weil insoweit zwi-

---

<sup>15</sup> Urteil vom 06. Oktober 2009 – VI ZR 24/09 – juris, Rn. 14 mwN.

<sup>16</sup> ständige Rechtsprechung, so etwa Urteil vom 11. Juni 1996 – VI ZR 172/95 – NJW 1996, 2428 f. = VersR 1996, 1148 ff. = MedR 1996, 515 ff. sowie Urteil vom 16. April 1996 – VI ZR 1190/05 – NJW 1996, 2429 ff. = VersR 1996, 976 ff. = MedR 1996, 466 ff.

schen dem Gynäkologen und der Klinik ein Gesamtschuldverhältnis nicht gegeben war<sup>17</sup>.

**d)**

Eine zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht führende Nichtzulassungsbeschwerde hatte deshalb Erfolg, weil das Berufungsgericht das Verfahrensgrundrecht des dortigen Beklagten auf rechtliches Gehör verkannt hatte, in dem es ein sich vom Beklagten zu eigen gemachtes Beweisergebnis unberücksichtigt gelassen hatte<sup>18</sup>. Das Berufungsgericht hatte verkannt, dass **eine Partei sich die bei einer Beweisaufnahme zutage tretenden, ihr günstigen Umstände regelmäßig zumindest hilfsweise zu eigen macht**<sup>19</sup>. Dafür, dass der Beklagte sich im konkreten Fall ein für ihn günstiges Beweisergebnis nicht wenigstens hilfsweise zu eigen gemacht hatte, war nichts ersichtlich. Die Nichtberücksichtigung des für den Beklagten günstigen Beweisergebnisses bedeutete aber, dass das Berufungsgericht erhebliches Vorbringen des Beklagten übergangen und damit dessen verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hatte.

**e)**

Ab und an spielen auch **Verjährungsfragen** eine Rolle. Wegen eines behaupteten Behandlungsfehlers bei der Geburt ihres Kindes im Jahre 1998 hatte die Klägerin mit einer im Jahre 2007 erhobenen Klage Ersatz materieller und immaterieller Schäden verlangt. Sie hatte vorgetragen, dass es bei der Entbindung in Folge des Einsatzes einer Geburtszange zu einem Dammriss sowie einem Riss des unteren bis mittleren Vaginaldrittels gekommen sei und durch die damalige chirurgische Nahtversorgung schmerzhaft Vernarbungen im Vaginalbereich zurückgeblieben seien. Hiervon habe sie erst durch einen Hinweis ihrer Gynäkologin im Jahre 2006 erfahren. Das Berufungsgericht hatte die Klage als verjährt zurückgewiesen.

Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückverweisung<sup>20</sup>. Das Revisionsurteil betont, dass der VI. Zivilsenat schon wiederholt ausgesprochen habe,

---

<sup>17</sup> Urteil vom 06. Oktober 2009 – VI ZR 24/09 – juris, Rn. 16.

<sup>18</sup> Beschluss vom 10. November 2009 – VI ZR 325/08 – veröffentlicht bei juris.

<sup>19</sup> Beschluss, aaO, Rn. 5 mit Hinweis auf Urteil vom 08. Januar 1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541 ff. = VersR 1991, 467 ff. = MedR 1991, 140 ff.

<sup>20</sup> Urteil vom 10. November 2009 – VI ZR 247/08 – VersR 2010, 214 ff. = MDR 2010, 81 ff.

dass die **Kenntnis vom Schaden** i.S.d. § 852 Abs. 1 BGB a.F. (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.) nicht schon dann bejaht werden könne, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt sei<sup>21</sup>. Denn das Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen kann in der Eigenart der Erkrankung oder in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben. Deshalb gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem Misslingen der ärztlichen Tätigkeit das Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht hat<sup>22</sup>. Im zu entscheidenden Fall genügte es für die Kenntnis also nicht, dass die Klägerin Kenntnis vom Einsatz einer Geburtszange, vom Nähen des Risses und damit bestimmten Einzelheiten des ärztlichen Tuns oder Unterlassens hatte. Die Verjährungsfrist begann vielmehr nicht zu laufen, bevor die Klägerin als medizinischer Laie Kenntnis von Tatsachen erlangt hatte, aus denen sich ergab, dass der Arzt von dem üblichen ärztlichen Vorgehen abgewichen war oder Maßnahmen nicht getroffen hatte, die nach ärztlichem Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären<sup>23</sup>.

Was den Lauf der Verjährungsfrist anbelangte, richtete sich die Verjährung der im Jahre 2007 anhängig gemachten Schadensersatzansprüche gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ab dem 01. Januar 2002 nach dem ab dann geltenden neuen Verjährungsrecht und damit nach der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB n.F. In diesem Zusammenhang befasst sich die Revisionsentscheidung des Weiteren mit der Frage der grob fahrlässigen Unkenntnis als subjektiver Voraussetzung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB und hält fest, dass die tatrichterliche Beurteilung, ob einer Partei der Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu machen ist, mit der Revision nur beschränkt angreifbar ist. Der Nachprüfung unterliegt lediglich, ob der Tatrichter den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Verschuldensgrades wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat<sup>24</sup>. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. **Grob fahrlässige Unkenntnis** liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die

---

<sup>21</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 6 mwN.

<sup>22</sup> Urteil vom 23. April 1991 – VI ZR 161/90 – NJW 1991, 2350 f. = VersR 1991, 850 f. = MedR 1991, 334 f.

<sup>23</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 6.

<sup>24</sup> Urteil, aaO, Rn. 12 mwN.



im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Dem Gläubiger muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können<sup>25</sup>. Die grob fahrlässige Unkenntnis muss sich dabei ebenso wie die Kenntnis im Rahmen von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf ein Merkmal der Anspruchsgrundlage und bei der Verschuldenshaftung auf das Vertretenmüssen des Schuldners beziehen, ohne dass für den Gläubiger eine generelle Obliegenheit besteht, im Interesse des Schädigers zum Zwecke eines möglichst frühzeitigen Beginns der Verjährungsfrist Initiativen zur Klärung von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu entfalten<sup>26</sup>. **In Arzthaftungssachen** kommt hinzu, dass bei der Prüfung, ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, zugunsten des Patienten **zu berücksichtigen** ist, **dass der Patient nicht ohne Weiteres aus einer Verletzungshandlung, die zu einem Schaden geführt hat, auf einen schuldhaften Behandlungs- oder Aufklärungsfehler zu schließen braucht**. Deshalb führt allein der negative Ausgang einer Behandlung ohne weitere sich aufdrängende Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Geschehen nicht dazu, dass der Patient zur Vermeidung der Verjährung seiner Ansprüche Initiative zur Aufklärung des Behandlungsgeschehens entfalten müsste<sup>27</sup>.

Da das Berufungsgericht die vorstehenden Grundsätze nicht beachtet hatte, hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil auf die Revision aufgehoben und die Sache gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an die Vorinstanz zurückverwiesen, damit dort die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden konnten.

f)

**Substantiierungsanforderungen** können auch für die Frage von Bedeutung sein, ob eine Berufungsbegründung den Anforderungen nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO entspricht. Diese Frage stellte sich im Zusammenhang mit einem Arzthaftungsprozess, der erstinstanzlich erfolglos verlaufen war. Das Landgericht hatte die Klage nach Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens mit

---

<sup>25</sup> Urteil, aaO, Rn. 13.

<sup>26</sup> Urteil, aaO, Rn. 14 und 15, jeweils mwN.

<sup>27</sup> Urteil, aaO, Rn. 17.

der Begründung abgewiesen, dass die Behandlung des Klägers durch die Ärzte der Beklagten unter medizinischen Gesichtspunkten weitgehend nicht zu beanstanden sei. Dies gelte trotz der in der Notaufnahme am 25. Februar 2003 unterbliebenen Untersuchung auf die genetisch bedingte Stoffwechselstörung MCAD (Medium Chain AcylCoA Dehydrogenase) und der Unterlassung einer sofortigen Wärmezufuhr nach der stationären Aufnahme am folgenden Tag. Soweit die Ärzte der Beklagten versäumt hatten, unmittelbar nach der stationären Aufnahme die bestehende Hypoglykämie des Klägers festzustellen und Glukose zuzuführen, hatte sich dieses Versäumnis nach Auffassung des Landgerichts auf die gesundheitliche Situation des Klägers nicht ausgewirkt.

Die hiergegen vom Kläger erhobene **Berufung** war vom Berufungsgericht als **unzulässig** verworfen worden. Die hiergegen beim Bundesgerichtshof anhängig gemachte Rechtsbeschwerde war erfolgreich<sup>28</sup>. Im Ergebnis hält der Bundesgerichtshof fest, dass zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit einer anzufechtenden Entscheidung die Mitteilung der Umstände genügt, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsklägers in Frage stellen. Besondere formale Anforderungen werden nicht gestellt; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind<sup>29</sup>. Im Einklang hiermit war den **Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO** dadurch genügt, dass sich die Rechtsmittelschrift gegen die Würdigung des Landgerichts wandte, dem Beklagten seien Behandlungsfehler bei der ersten Behandlung des Klägers am 25. Februar 2003 in der Notfallaufnahme nicht anzulasten.

---

<sup>28</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2009 – VI ZB 51/09 – veröffentlicht bei juris.

<sup>29</sup> Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

## 2.

### Recht der privaten Krankenversicherung

Das Recht der privaten Krankenversicherung gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats. Insoweit sei auf unseren regelmäßigen Newsletter zum Versicherungsrecht verwiesen<sup>30</sup>.

## 3.

### Berufsrecht der Heilberufe

In der Berichtsperiode hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob und in welchen Fällen es einem **Augenarzt** erlaubt ist, **Brillen unmittelbar an seine Patienten abzugeben bzw. an der Abgabe mitzuwirken**<sup>31</sup>.

Der beklagte Augenarzt war in Hannover niedergelassen. Patienten, die nach seinem Untersuchungsbefund eine Brille benötigten, bot er an, sich in seiner Praxis unter ca. 60 Musterbrillen einer D-Optik, die ein Optikergeschäft in der Nähe von Düsseldorf betrieb, eine Fassung auszusuchen. Nach Aufnahme bestimmter für die Brillenanfertigung notwendiger Maße teilte der Augenarzt diese Maße zusammen mit der augenärztlichen Verordnung dem Optiker mit, der die Brillengläser auswählte, die Brille anfertigte und sie entweder direkt an den Patienten oder auf dessen Wunsch an die Praxis des Beklagten, wo der Sitz der Brille kontrolliert und ggf. korrigiert wurde, versandte. Hiergegen hatte die Klägerin (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) Unterlassungsklage mit dem Begehren erhoben, dem Beklagten zu untersagen, Patienten im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten Refraktion den Abschluss eines Liefervertrags über eine Brille der D-Optik zu vermitteln und/oder die Brillenanpassung selbst oder durch eine seiner Arzthelferinnen durchzuführen und die von der D-Optik angefertigte Brille an den Patienten abzugeben.

---

<sup>30</sup> Den Newsletter Versicherungsrecht können Sie über unsere Homepage [www.bgh-anwalt.de](http://www.bgh-anwalt.de) unter Aktuelles abrufen. Dort können Sie sich auch für unseren Newsletter Versicherungsrecht anmelden.

<sup>31</sup> Urteil vom 09. Juli 2009 – I ZR 13/07 – NJW 2009, 3582 ff. = MedR 2009, 728 ff. = GesR 2009, 549 ff.

Nach Auffassung des für Wettbewerbssachen zuständigen I. Zivilsenats gehören Brillenanpassungen und die Abgabe von Brillen durch Augenärzte regelmäßig nicht ohne Weiteres zu den notwendigen Bestandteilen ärztlicher Therapie. Allein der Wunsch des Patienten, sämtliche Leistungen aus einer Hand zu erhalten, reicht nicht aus, um eine Verweisung an einen bestimmten Optiker sowie eine Abgabe und Anpassung der Brille durch den Augenarzt zu rechtfertigen<sup>32</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat bereits in mehreren vorausgegangenen Entscheidungen zu den Möglichkeiten der Ärzte im Hinblick auf die Vermittlung und Abgabe von Gesundheitsprodukten bzw. medizinischen Hilfsmitteln in einer Arztpraxis Stellung genommen. Er hat wiederholt ausgesprochen, dass die Verbote gemäß § 3 Abs. 2 sowie § 34 Abs. 5 MBO-Ä der Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes dienen<sup>33</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist allerdings die Versorgung von Patienten mit einem Hörgerät auf einem „verkürzten Versorgungsweg“ für zulässig erachtet worden<sup>34</sup>. Auf der anderen Seite wurde aber die Abgabe von Diabetes-Teststreifen unter Mitwirkung eines Arztes beanstandet, soweit diese Mitwirkungshandlung nicht in Schulungs- und Notfällen medizinisch geboten war<sup>35</sup>.

#### **4.**

#### **Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe**

Zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe, welches im Zuständigkeitsbereich des II. Zivilsenats liegt, ist im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine Entscheidung veröffentlicht worden.

---

<sup>32</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 25.

<sup>33</sup> vgl. Tigges, juris, PR MedizinR 1/2010, Anm. 5 unter C.

<sup>34</sup> Urteil vom 15. November 2001 – I ZR 275/99 – NJW 2002, 962 ff. = MedR 2002, 256 ff.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 02. Juni 2005 – I ZR 215/02 – NJW 2005, 3422 ff. = MedR 2005, 717 ff.; weitere Entscheidungen bei Tigges, jurisPR-MedizinR 1/2010, Anm. 5 unter C.

## 5.

### Vergütungsrecht der Heilberufe

Das Vergütungsrecht der Heilberufe fällt in den Zuständigkeitsbereich des III. Zivilsenats.

#### a)

In einer grundlegenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass Vereinbarungen zwischen Krankenhasträgern und niedergelassenen Ärzten über deren Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen nicht den Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) unterliegen<sup>36</sup>. Die Klägerin, eine Gemeinschaftspraxis von Röntgenärzten, hatte für das beklagte Krankenhaus radiologische Leistungen für Regelleistungspatienten des Krankenhauses erbracht. Insofern hatte man sich ursprünglich mündlich auf eine Vergütung nach Maßgabe der GOÄ unter Zugrundelegung eines einheitlichen Steigerungssatzes von 0,75 verständigt. Nach einem Gesellschafterwechsel hatte die Gemeinschaftspraxis eingewandt, dass die entsprechend getroffene mündliche Vereinbarung wegen Nichteinhaltung der in § 2 Abs. 2 GOÄ vorgesehenen Schriftform unwirksam war und für einen Großteil ihrer Leistungen nunmehr einen Steigerungssatz von 1,2 des Gebührensatzes der GOÄ verlangt. Die entsprechende Klage ist in allen Instanzen erfolglos geblieben.

Hintergrund der Leistungsbeziehungen zwischen der radiologischen Praxis und dem Krankenhaus war der Umstand, dass das Krankenhaus über keine radiologische Abteilung verfügte. Soweit daher für stationär aufgenommene Patienten radiologische Leistungen erforderlich waren, musste sich das Krankenhaus diese Leistungen durch externe Ärzte beschaffen. Diese Leistungen waren nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KHEntG Bestandteil der allgemeinen Krankenhausleistungen. Mit den Entgelten für die allgemeinen Krankenhausleistungen (§ 7 KHEntG) wurden die für die sachgerechte Behandlung der Patienten erforderlichen Leistungen vergütet. Soweit es sich um sozialversicherte Patienten oder Privatpatienten handelte, die darauf verzichte-

---

<sup>36</sup> Urteil vom 12. November 2009 – III ZR 110/09 – GesR 2010, 28 ff.

ten, wahlärztliche Leistungen in Anspruch zu nehmen, waren auch die Leistungen eines vom Krankenhaus hinzugezogenen externen Arztes als Bestandteil der allgemeinen Krankenhausleistung mit diesen Entgelten abgegolten<sup>37</sup>.

Nach § 1 Abs. 1 GOÄ bestimmen sich die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte nach dieser Verordnung, soweit nicht durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmt ist. In § 11 BÄO wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für ärztliche Tätigkeiten in einer Gebührenordnung zu regeln. Ungeachtet des weit gefassten Wortlauts des § 1 Abs. 1 GOÄ, der die Vergütungen für ärztliche Leistungen insgesamt zu erfassen scheint, teilt der III. Zivilsenat die schon vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, dass die Gebührenordnung für Ärzte für die Tätigkeiten unmittelbar zwischen Leistungserbringern nicht anwendbar ist<sup>38</sup>. Das Honorar konnte deshalb zwischen den Prozessparteien mündlich und frei vereinbart werden, ohne dass die Unterschreitung des 1,0-fachen Gebührensatzes der GOÄ berufsrechts- oder wettbewerbswidrig gewesen wäre. Unter den gegebenen Umständen war auch kein Raum für einen Verstoß gegen § 31 MBO-Ä (unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt)<sup>39</sup>.

**b)**

Zahlungsansprüche aus Rettungsdienst-Einsätzen eines privatrechtlichen gemeinnützigen Rettungsdienstunternehmens aus der Durchführung der Notfallversorgung im Großraum Gießen und die Frage, ob für Streitigkeiten über das Entgelt für die Notfallversorgung der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten oder zu den Verwaltungsgerichten eröffnet war, standen im Mittelpunkt einer weiteren Rechtsbeschwerde<sup>40</sup>. Aufgrund einer Anforderung der zentralen Leitstelle hatte die Klägerin im Februar 2007 zur notärztlichen Behandlung der nicht gesetzlich krankenversicherten Beklagten zum Transport der Beklagten einen Rettungswagen und ein Notarzteeinsatzfahrzeug eingesetzt und hierfür der Beklagten insgesamt 760,00 € in Rechnung gestellt. Nachdem die Beklagte keine Zahlung leistete, hatte die Klägerin den Zivilrechtsweg beschritten. Das Amtsgericht hatte den Rechtsstreit daraufhin nach § 17 a

---

<sup>37</sup> Urteil vom 12. November 2009 – III ZR 110/09 – juris, Rn. 4 mit Hinweis auf Urteil vom 13. Juni 2002 – III ZR 186/01 – BGHZ 151, 102 ff. = NJW 2002, 2948 ff. = MedR 2002, 582 ff.

<sup>38</sup> Urteil vom 12. November 2009 – III ZR 110/09 – juris, Rn. 8 ff.

<sup>39</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 18.

<sup>40</sup> Beschluss vom 17. Dezember 2009 – III ZB 47/09 – veröffentlicht bei juris.

Abs. 2 Satz 1 GVG an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht verwiesen. Der BGH hat dies gebilligt und ausgesprochen, dass die Wahrnehmung der rettungsdienstlichen Notfallversorgung in Hessen öffentlich-rechtlicher Natur ist, auch wenn sie von einer privatrechtlichen Organisation ausgeführt wird. Für Streitigkeiten über das Entgelt für die Notfallversorgung ist der Rechtsweg nicht zu den ordentlichen Gerichten, sondern zu den Verwaltungsgerichten eröffnet<sup>41</sup>.

## 6.

### **Krankenhausrecht**

Zum Krankenhausrecht liegen im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine veröffentlichten Entscheidungen vor.

## 7.

### **Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts**

Für diesen Teilbereich ist von Entscheidungen des I. sowie des X. und des Xa. Zivilsenats sowie einer sich mit dem Arzneimittelbegriff des Arzneimittelgesetzes (AMG) beschäftigenden Entscheidung des I. Strafsenats zu berichten.

#### **a)**

Den I. Zivilsenat haben eine Vielzahl von Markenschutzsachen erreicht. In einem Revisionsverfahren<sup>42</sup>, ging es um die Klage eines Pharmaunternehmens, welches in Deutschland die Arzneimittel „Zoladex“ und „Nolvadex“ vertreibt und für beide Bezeichnungen Markenschutz genießt. Die Beklagte hatte die vorbenannten Arzneimittel ohne Vorabinformation der Klägerin aus dem Ausland nach Deutschland eingeführt und in Deutschland vertrieben. Die auf Verletzung der Markenrechte gestützte Schadensersatzklage hatte in allen Instanzen Erfolg. Soweit sich der Parallelimport des Arzneimittels allein deswegen als rechtswidrig darstellte, weil die Vorabinformati-

---

<sup>41</sup> Beschluss vom 17. Dezember 2009 – III ZB 47/09 – juris, Rn. 9 ff.

<sup>42</sup> Urteil vom 29. Juli 2009 – I ZR 87/07 – veröffentlicht bei juris.

on des Markeninhabers, die Voraussetzung für die Erschöpfung gewesen wäre, unterblieben ist, kam im Rahmen der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie allerdings nur ein verhältnismäßig niedriger Vergütungssatz in Betracht. Weiter hält das Revisionsurteil fest, dass der Parallelimporteur, der es versäumt, den Markeninhaber vorab zu informieren, und er deswegen eine Markenverletzung begeht, dann – wenn der Markeninhaber diese Art der Schadensberechnung gewählt hat – verpflichtet sein kann, den Gewinn aus dem Vertrieb des parallel importierten Arzneimittels vollständig herauszugeben<sup>43</sup>.

**b)**

Hyaluronsäure-Natrium-Fertigspritzen zur intraartikulären Anwendung bei Gelenkerkrankungen sind nach dem Inhalt einer weiteren Revisionsentscheidung keine Medizinprodukte i.S. des § 3 Nr. 1 lit. a MPG<sup>44</sup>. Soweit für die Spritzen eine Individualrezeptur vorliegt, brauchen sie bei der Abgabe keine CE-Kennzeichnung zu tragen. Mit dieser Entscheidung ist geklärt, dass Apotheker – auch Krankenhaus versorgende Apotheken – auf der Grundlage eines individuellen Rezepts Medizinprodukte herstellen dürfen, ohne eine CE-Kennzeichnung vornehmen zu müssen<sup>45</sup>.

**c)**

Zur Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftscodexes für Humanarzneimittel ist dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die nachfolgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt worden<sup>46</sup>: Erfasst Art. 88 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftscodexes für Humanarzneimittel auch eine Öffentlichkeitswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel, wenn sie allein Angaben enthält, die der Zulassungsbehörde im Rahmen des Zulassungsverfahrens vorgelegen haben und jedem, der das Präparat erwirbt, ohnehin zugänglich werden, und wenn die Angaben dem Interessenten nicht unaufgefordert dargeboten werden, sondern nur demjenigen im Internet zugänglich sind, der sich selbst um sie bemüht? In diesem Zusammenhang betont der I. Zivilsenat, dass ein Fehlgebrauch von Arzneimitteln schwerwiegende gesundheitliche Fol-

<sup>43</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 8 ff. und 15 ff.

<sup>44</sup> Urteil vom 09. Juli 2009 – I ZR 193/06 – veröffentlicht bei juris.

<sup>45</sup> vgl. Saalfrank, juris, PR MedizinR 2/2010, Anm. 4.

<sup>46</sup> Beschluss vom 16. Juli 2009 – I ZR 223/06 – PharmR 2009, 517 ff. = GRUR 2009, 988 ff.



gen haben kann und dieser Umstand dafür spricht, verschreibungspflichtige Arzneimittel einem strikten Werbeverbot zu unterstellen und deshalb insoweit von einem weiten Werbebegriff aufzugehen<sup>47</sup>. Auf der anderen Seite dürfe aber nicht übersehen werden, dass bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln die Gefahr der Selbstmedikation bei weitem geringer ist als bei nicht verschreibungspflichtigen Mitteln, weil verschreibungspflichtige Mittel zumindest auf legalem Weg nicht ohne Beteiligung eines Arztes und Apothekers und nicht ohne damit einhergehende Beratungen und Untersuchungen zu erlangen sind. Unter den gegebenen Umständen hat der I. Zivilsenat deshalb Zweifel, ob das Verbot, für verschreibungspflichtige Arzneimittel außerhalb der Fachkreise zu werben, unter Berücksichtigung der Gemeinschaftsgrundrechte verhältnismäßig ist, wenn es sich lediglich um Pflichtangaben handelt und diese Angaben nur im Internet zur Verfügung stehen und damit nicht einer breiten, unvorbereiteten Öffentlichkeit aufgedrängt werden<sup>48</sup>.

**d)**

Spezialfragen des Vergabeverfahrens spielten in einem beim X. Zivilsenat anhängigen Vergabenachprüfungsverfahren eine Rolle<sup>49</sup>. Die Antragsgegnerin hatte als Betreiberin eines Städtischen Klinikums die Neubeschaffung von Endoskopiesystemen für Diagnose und Therapie im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit ausgeschrieben. Die Antragstellerin hatte bereits während der Frist zur Teilnahme am Wettbewerb verschiedene Punkte der Ausschreibung gerügt und insbesondere die Absicht der Antragsgegnerin bemängelt, den Auftrag im Verhandlungsverfahren zu vergeben. Nach Zurückweisung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer hatte sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde an das OLG Celle gewandt, welches die Sache gemäß § 124 Abs. 2 GW dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt hatte<sup>50</sup>. Vorliegend ergab sich die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit aus § 131 Abs. 8 GWB. Der zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmte Beschluss des Bundesgerichtshofs enthält grundsätzliche Ausführungen zum Lauf der Beschwerdefrist des § 117 Abs. 1 GWB und

---

<sup>47</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 12.

<sup>48</sup> Urteil, aaO, juris, Rn. 15.

<sup>49</sup> Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 – WRP 2010, 114 ff.

<sup>50</sup> Grundsätzlich sind nach neuem Recht in Streitigkeiten über Entscheidungen von Vergabekammern, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen, die für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Landessozialgerichte zuständig (§ 29 Abs. 5 SGG und 116 Abs. 3 2. Halbsatz GWB).

hält fest, dass einem Bieter, der sich an dem beanstandeten Vergabeverfahren durch die Abgabe eines Gebots beteiligt hat, regelmäßig auch dann im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ein Schaden durch eine Verletzung von Vergabevorschriften droht, wenn zu Unrecht das Verhandlungsverfahren statt des offenen Verfahrens gewählt worden ist, weshalb das Vergabefahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt<sup>51</sup>.

**e)**

Der Xa. Zivilsenat hat dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung u.a. die Rechtsfrage vorgelegt, was unter dem Begriff „menschliche Embryonen“ in Art. 6 Abs. 2 c der Richtlinie 98/44/EG zu verstehen ist<sup>52</sup>. Insbesondere soll beantwortet werden, ob auch unbefruchtete menschliche Eizellen, in die ein Zellkern aus einer ausgereiften menschlichen Zelle transplantiert worden ist bzw. unbefruchtete menschliche Eizellen, die im Wege der Parthenogenese zur Teilung und Weiterentwicklung angeregt worden sind, als „menschliche Embryonen“ anzusehen sind. Allgemein geht es darum, ob alle Entwicklungsstadien menschlichen Lebens von der Befruchtung der Eizelle an umfasst oder zusätzliche Voraussetzungen wie z.B. das Erreichen eines bestimmten Entwicklungsstadiums erfüllt sein müssen. In diesem Zusammenhang soll der EuGH auch beantworten, ob Stammzellen umfasst sind, die aus menschlichen Embryonen im Blastozystenstadium gewonnen worden sind<sup>53</sup>. Weiter diene die Vorlage dem Ziel, näher zu erfahren, was der EuGH unter dem Begriff „Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken“ versteht. Der EuGH soll beantworten, ob hierunter jede gewerbliche Verwertung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie, insbesondere auch eine Verwendung zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung fällt<sup>54</sup>. Letztlich soll beantwortet werden, ob eine technische Lehre auch dann gemäß Art. 6 Abs. 2 c der Richtlinie von der Patentierung ausgeschlossen ist, wenn die Verwendung menschlicher Embryonen nicht zu der mit dem Patent beanspruchten technischen Lehre gehört, aber notwendige Voraussetzung für die Anwendung dieser Lehre ist, weil das Patent ein

---

<sup>51</sup> Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 – juris, Rn. 31.

<sup>52</sup> EuGH-Vorlage vom 17. Dezember 2009 – Xa ZR 58/07 – veröffentlicht bei juris.

<sup>53</sup> EuGH-Vorlage, aaO, Rn. 36 ff.

<sup>54</sup> EuGH-Vorlage, aaO, Rn. 45 ff.

Erzeugnis betrifft, dessen Herstellung die vorhergehende Zerstörung menschlicher Embryonen erfordert oder weil das Patent ein Verfahren betrifft, für das als Ausgangsmaterial ein solches Erzeugnis benötigt wird<sup>55</sup>.

**f)**

In einem weiteren strafrechtlichen Verfahren<sup>56</sup> hatte der Bundesgerichtshof über die Frage zu befinden, ob Gamma-Butyrolacton (GBL) dem Arzneimittelbegriff des Arzneimittelgesetzes (AMG) unterfällt und demnach ein Handel mit GBL den Straftatbestand des unerlaubten Inverkehrbringens bedenklicher Arzneimittel verwirklicht<sup>57</sup>. Ob ein Stoff (oder eine Zubereitung aus Stoffen) zu einem der in § 2 Abs. 1 Nr. 5 AFG a.F. aufgeführten Zwecke bestimmt ist, richtet sich grundsätzlich nach der Verkehrsanschauung. Dabei ist auf die Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers – hier: der am Gebrauch euphorisierend wirkender Mittel Interessierten – abzustellen<sup>58</sup>.

## **8.**

### **Grundzüge des Apothekenrechts**

Für diesen Bereich ist für die Berichtsperiode über die strafrechtlichen Folgen einer unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln durch einen Apotheker zu berichten<sup>59</sup>. Konkret ging es um das in Verkehr bringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken beim Bodybuilding sowie um eine Abgabe von Betäubungsmitteln an einen erkennbar Drogensüchtigen.

---

<sup>55</sup> EuGH-Vorlage, aaO, Rn. 49 ff.

<sup>56</sup> Vgl. auch zum gewerbs- und bandenmäßiger Betrug eines Onkologen durch Veräußerung des Präparats Galavit zu völlig überzogenen Preisen an Krebspatienten im Endstadium Beschluss vom 29. Juli 2009 (– 2 StR 91/09 – NstZ 2010, 88 f.) und zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch einen niedergelassenen Arzt Beschluss vom 28. Juli 2009 (– 2 StR 44/09 – veröffentlicht bei juris).

<sup>57</sup> Urteil vom 8. Dezember 2009 - 1 StR 277/09 – veröffentlicht bei juris.

<sup>58</sup> Urteil, aaO, Rn. 14.

<sup>59</sup> Beschluss vom 05. August 2009 – 5 StR 248/09 – A & R 2009, 234 f.

## 9.

### Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts befassen sich im Berichtszeitraum Entscheidungen des II. Zivilsenats sowie des IX. und Xa. Zivilsenats.

#### a)

Der II. Zivilsenat hat einer (Berufungs-)Anwältin, die aufgrund einer plötzlich auftretenden, nicht vorhersehbaren Erkrankung einer fristgebundenen Begründung einer Berufung gehindert war, **Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist** gewährt<sup>60</sup>. Das Berufungsgericht hatte den Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten noch zurückgewiesen und ein ihm gemäß § 85 ZPO zuzurechnendes Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten darin gesehen, dass diese keinen korrekten zweiten Fristverlängerungsantrag gestellt hatte. Konkret hatte die Anwältin mit Schriftsatz vom 29. April 2004 beantragt, die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 01. Juni 2004 zu verlängern. Dem Antrag hatte das Berufungsgericht stattgegeben. Mit Schriftsatz vom 01. Juni 2004, per Fax am frühen Nachmittag des selben Tages bei Gericht eingegangen, hatte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten beantragt, die Berufungsfrist erneut, nunmehr bis zum 03. Juni 2004, zu verlängern und dies **mit einer Erkrankung** seit dem 28. Mai 2004 **begründet**. Zugleich hatte die Prozessbevollmächtigte darauf hingewiesen, dass sie alleinige Sachbearbeiterin sei. Der so begründete Fristverlängerungsantrag war vom Berufungsgericht umgehend unter Hinweis auf die mangelnde Einwilligung des Prozessbevollmächtigten der Gegenseite zurückgewiesen worden. Der Bundesgerichtshof hat geholfen und ausgeführt, es sei glaubhaft gemacht worden, dass die Prozessbevollmächtigte des Beklagten aufgrund einer plötzlich aufgetretenen, unvorhersehbaren Erkrankung an der Wahrung der Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen sei. Die Bestellung eines Vertreters, der anstelle der allein sachbearbeitenden Bevollmächtigten des Beklagten die Berufungsbegründung hätte fertigen können, sei

---

<sup>60</sup> Beschluss vom 06. Juli 2009 – II ZB 1/09 – NJW 2009, 3037 f. = AnwBl. 2009, 797 f.

wegen der Unvorhersehbarkeit der Erkrankung nicht in Betracht gekommen<sup>61</sup>. Angesichts dieser Umstände habe die Prozessbevollmächtigte des Beklagten mit dem Fristverlängerungsantrag letztlich eine Maßnahme getroffen, zu der sie im Hinblick auf ihren Gesundheitszustand schon nicht verpflichtet gewesen wäre.

**b)**

Dem IX. Zivilsenat lag eine Rechtsbeschwerde vor, deren Streitgegenstand sich darum rankte, ob einem in die Insolvenz geratenen Schuldner, der eine gynäkologische Kassenarztpraxis betrieb, wegen eines Antrags auf Vorziehung des Rentenbeginnalters beim zuständigen Versorgungswerk und der anschließenden Entgegennahme der Rentenzahlungen durch das Versorgungswerk der Ärztekammer Hamburg die beantragte **Restschuldbefreiung** versagt werden kann<sup>62</sup>. Das Beschwerdegericht hatte die Restschuldbefreiung versagt. Der BGH hat dies bestätigt.

**c)**

In einer Patentnichtigkeitssache im Zusammenhang mit einer Arzneimittelstreitigkeit hat der Xa. Zivilsenat im Rahmen einer Anhörungsrüge entschieden, dass die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen ohne vorherige Einholung eines schriftlichen Gutachtens keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG darstellt<sup>63</sup>.

Bekanntlich liegt es gemäß § 411 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Gerichts, ob es anstelle oder zur Vorbereitung einer **mündlichen Anhörung des Sachverständigen** ein schriftliches Gutachten einholt. Im konkreten – ein erteiltes Schutzzertifikat für ein Arzneimittel betreffenden – Nichtigkeitsverfahren hatte der Xa. Zivilsenat nach der mündlichen Anhörung des Sachverständigen keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt und auf eine nachfolgende Anhörungsrüge gem. § 321 a ZPO entschieden, dass hierin keine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs gesehen werden könne<sup>64</sup>. Dabei hat der Bundesgerichtshof allerdings klargestellt, dass es etwa **in Arzthaftungsprozessen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs geboten ist, eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu den mündli-**

---

<sup>61</sup> Beschluss, aaO, Rn. 10.

<sup>62</sup> Beschluss vom 22. Oktober 2009 – IX ZB 9/09 – veröffentlicht bei juris.

<sup>63</sup> Beschluss vom 12. November 2009 – Xa ZR 130/07 – veröffentlicht bei juris.

<sup>64</sup> Beschluss, aaO, juris, Rn. 5.

**chen Äußerungen eines Sachverständigen zu gewähren**<sup>65</sup>. In Arzthaftungsprozessen, in denen eine Partei nicht über medizinische Fachkenntnisse verfügt, kann von der Partei nicht verlangt werden, dass sie zu fachlichen Fragen vorträgt, ohne sich ihrerseits durch Befragen von Experten sachkundig zu machen. Entsprechendes gilt in Prozessen über andere Materien, wenn in oder kurz vor der mündlichen Verhandlung überraschend neue Fragen aufgeworfen werden und es sich für das Gericht aufdrängt, dass die Parteien hierzu in der Verhandlung nicht abschließend Stellung nehmen können.

**d)**

Durch das neue FamFG<sup>66</sup> ist der Bundesgerichtshof in Freiheitsentziehungssachen für letztinstanzliche Rechtsbeschwerden zuständig geworden. Im Rahmen dieser Zuständigkeit hatte der XII. Zivilsenat über eine betreuungsgerichtliche Genehmigung einer **Unterbringung für eine notwendige Heilbehandlung** zu entscheiden<sup>67</sup>. Die Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung eines Beschlusses, mit dem das Amtsgericht – Betreuungsgericht – die Unterbringung der Betreuten in einer geschlossenen Einrichtung bis längstens 23. Januar 2010 genehmigt und unter Berufung auf ein ärztliches Gutachten ausgeführt hatte, die Betreute leide an einer psychischen Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis. Daraus resultiere eine dringende Heilbehandlungsbedürftigkeit, die die Unterbringung der Betreuten gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zum Zwecke der Heilbehandlung rechtfertige. Tatsächlich stellte sich nach der Unterbringung heraus, dass die für die Behandlung der Betreuten zuständige Oberärztin die im Vorfeld gestellte Diagnose einer paranoiden Schizophrenie nicht mitrug<sup>68</sup>, so dass sich die Unterbringung mit dieser Begründung nicht rechtfertigen ließ. Eine Unterbringung kann nämlich nicht gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. BGB („...weil ... eine Heilbehandlung... notwendig ist...“) genehmigt werden, wenn die angestrebte Heilbehandlung – aus welchen Gründen auch immer – nicht oder nicht mehr durchgeführt wird. Deshalb darf eine bereits erteilte Genehmigung nicht länger aufrechterhalten werden, wenn der Betreute bereits untergebracht ist,

---

<sup>65</sup> Beschluss, aaO, Rn. 6 mit Hinweis auf Beschluss vom 12. Mai 2009 – VI ZR 275/08 – NJW 2009, 2604 ff. = VersR 2009, 1137 ff.

<sup>66</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGBl. I S. 2586 f.).

<sup>67</sup> Beschluss vom 28. Dezember 2009 – XII ZB 225/09 – veröffentlicht bei juris.

<sup>68</sup> Beschluss, aaO, Rn. 10 ff.

sich aber sodann herausstellt, dass die in der Unterbringungseinrichtung tätigen Ärzte – in Abweichung von dem der Genehmigung zugrunde liegenden ärztlichen Gutachten – eine Heilbehandlung für medizinisch nicht geboten erachten und eine solche Behandlung deshalb nicht durchführen.

Karlsruhe, den 15. Februar 2010



(Dr. Siegfried Mennemeyer)  
Fachanwalt für Medizinrecht