

Medizinrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2011

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die bisherigen Berichtszeiträume ab 2007² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2011 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung, sondern auch um das Recht der privaten Krankenversicherungen sowie das Vergütungsrecht der Heilberufe. Daneben sind Konstellationen aus dem Krankenhausrecht und Sachverhalte aus dem Bereich des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts entschieden worden. 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 § 14 b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

1.

Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen. Daneben haben sich auch verschiedene Strafsenate mit haftungsrechtlich relevanten Fragen befasst.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

² Abrufbar unter <http://www.bgh-anwalt.de/sozietat/newsletter>.

³ Den Geschäftsverteilungsplan 2011 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet abrufbar unter http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Geschaeftsverteilung/geschaeftsverteilung_node.html. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288> kostenfrei im Volltext abgerufen werden.

a)

So hatte etwa der 1. Strafsenat⁴ einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte in seinen Praxisräumen bei einem 85-jährigen Patienten im Anschluss an eine Darmspiegelung (Koloskopie) zusätzlich eine medizinisch nicht indizierte Magenspiegelung vorgenommen hatte, in deren Folge der Patient verstorben war. Es ging darum, ob sich der Arzt wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) strafbar gemacht hatte und in diesem Zusammenhang um die **Abgrenzung zwischen Verbotswidrigkeit und Erlaubnistatbestandsirrtum** und dabei um die Rechtswidrigkeit eines ohne ordnungsgemäße Aufklärung durchgeführten ärztlichen Eingriffs.

Entschließt sich ein Arzt zu einer Erweiterung des medizinischen Eingriffs, die von der Einwilligung des Patienten nicht mehr gedeckt ist, so entfällt die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. **Dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre, ist dem Arzt im Strafprozess nachzuweisen.** Verbleiben Zweifel bezüglich des hypothetischen Willens des Patienten, so ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.⁵

Um abzugrenzen, ob ein Verbotswidrigkeit oder ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorlag, ist die Sache an den Tatrichter zurückgegeben worden. Von einem Verbotswidrigkeit wäre auszugehen, wenn der Arzt das Fehlen des Einverständnisses für möglich, den Eingriff aber für zulässig hält, weil er medizinisch geboten ist. Die **Vermeidbarkeit** eines solchen **Verbotswidrigkeit** dürfte jedoch „kaum je zweifelhaft“ sein, so dass ein derartiger Irrtum einer Strafbarkeit nicht entgegenstünde.⁶ Wird hingegen festgestellt, dass der Angeklagte irrig angenommen hat, der Patient hätte bei vorheriger Befragung der Erweiterung zugestimmt, so läge ein **Erlaubnistatbestandsirrtum** vor, der entsprechend **§ 16 StGB** zu behandeln wäre.⁷

⁴ Urteil vom 11. Oktober 2011 – 1 StR 134/11 – JA 2012, 70 ff.

⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 29.

⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 28.

⁷ Urteil, aaO, juris, Rn. 29.

b)

Um die Strafbarkeit gemäß § 227 BGB und den **Tötungsvorsatz eines Schönheitschirurgen**, der es vorübergehend unterlassen hatte, seine wegen eines Aufklärungsmangels rechtswidrig operierte komatöse Patientin zur zerebralen Reanimation in ein Krankenhaus einzuweisen, ging es in einer weiteren vom 5. Strafsenat entschiedenen Strafsache.⁸

c)

Der für zivilrechtliche Haftungsfälle zuständige VI. Zivilsenat hatte sich erneut mit der **Abgrenzung** zwischen einem **einfachen** und einem **grob fehlerhaften Behandlungsfehler** zu befassen.⁹

Gesicherte medizinische Erkenntnisse, deren Missachtung einen Behandlungsfehler als grob erscheinen lassen kann, sind nicht nur die Erkenntnisse, die Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben. Hierzu zählen vielmehr **auch die elementaren medizinischen Grundregeln, welche im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt werden**. In diesem Zusammenhang hatte die Revision unter Bezugnahme auf die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen geltend gemacht, zu den elementaren medizinischen Grundregeln, die im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt würden, gehöre konkret der Grundsatz, dass ein Anästhesist bei jeder seiner Handlungen sicherzustellen habe, dass das Sauerstoffangebot den Sauerstoffbedarf des Patienten deckt, da die oberste Richtschnur bei Durchführung einer Anästhesie stets die optimale Sauerstoffversorgung des Patienten ist.¹⁰ Der gerichtliche Sachverständige hatte in seinem Gutachten ausgeführt, nach der Koniotomie sei es zu einer weiteren, sehr lang anhaltenden Phase von mindestens 40 Minuten der schwersten Hypoxie gekommen. Er hatte ergänzend ausgeführt, in der für die Patientin lebensbedrohlichen Situation sei es darum gegangen, die Blutkoageln, die die Atemwege verlegt hätten, „schnellstmöglich“ zu entfernen. Vor diesem Hintergrund hatte es der Sachverständige mehrfach als „unverständlich“ bzw. „völlig unverständlich“ bezeichnet, dass der Wechsel

⁸ Urteil vom 07. Juli 2011 – 5 StR 561/10 – BGHSt 56, 277 ff. = GesR 2011, 612 ff. = NJW 2011, 2895 ff. = NSTz 2012, 86 ff.

⁹ Urteil vom 20. September 2011 – VI ZR 55/09 – GesR 2011, 718 ff. = NJW 2011, 3442 f.

¹⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 11.

auf einen größeren Tubus erst 25 Minuten und die Bronchoskopie erst 45 Minuten nach der Koniotomie erfolgt sei. Er hatte die Fehler in der Gesamtbetrachtung letztlich nur deshalb als „nicht vollkommen unverständlich“ bewertet, weil er weder Leitlinien noch wissenschaftliche Veröffentlichungen kenne, die Handlungsrichtlinien für einen solchen Sachverhalt enthielten und man den erstmals mit einer solchen Situation konfrontierten Ärzten deshalb subjektiv nicht den Vorwurf machen könne, dass ihre Handlungsweise vollkommen unverständlich sei.

Der VI. Zivilsenat hat **klargestellt, dass es auf die subjektive Vorwerfbarkeit nicht ankommt**. Die Annahme einer Beweislastumkehr nach einem groben Behandlungsfehler ist keine Sanktion für ein besonders schweres Arztverschulden, sondern knüpft daran an, dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, so dass der Arzt nach Treu und Glauben dem Patienten den Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann.¹¹ Erforderlich aber auch genügend ist deshalb ein Fehlverhalten, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint. Um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die Frage der Einhaltung der zu beachtenden elementaren medizinischen Grundregeln zu prüfen und insbesondere dazu Stellung zu nehmen, ob die Häufung mehrerer an sich nicht grober Fehler die Behandlung insgesamt als grob fehlerhaft erscheinen lässt¹², hat der Bundesgerichtshof das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückgegeben.

d)

Ein **einfacher Befunderhebungsfehler kann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität** des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden **führen**, wenn sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als

¹¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 12 m.w.N.

¹² Urteil, aaO, juris, Rn. 13.

grob fehlerhaft darstellen würde.¹³ Im Streitfall hatte das Berufungsgericht einen grob fehlerhaften Befunderhebungsfehler verneint, weil es aus Sicht des Sachverständigen zwar naheliegender gewesen wäre, an eine Herzbeteiligung zu denken und daher eine sofortige EKG-Untersuchung zu veranlassen, die geschilderten Symptome aber auch als Hinweis auf eine Virusinfektion gedeutet werden konnten. Feststellungen dazu, ob die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler vorliegen, hatte das Berufungsgericht nicht getroffen. Eine solche Prüfung hätte das Berufungsgericht aber vornehmen müssen. Es ließ sich nämlich nicht ausschließen, dass die vom Sachverständigen **geforderte ergänzende Diagnostik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis** im Sinne eines akuten koronaren Geschehens gezeigt hätte **und sich die Nichtreaktion hierauf bzw. eine verspätete Reaktion als grob fehlerhaft dargestellt hätte.**¹⁴ Nach den Ausführungen des Sachverständigen war grundsätzlich mit höherer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Geschehen bei einer sofortigen Einweisung in das Krankenhaus einen anderen Verlauf genommen hätte.

e)

Eine Klage auf Schadensersatz wegen materieller und immaterieller Schäden sowie der **Einwand unzureichender Aufklärung** im Zusammenhang mit einer Wirbelsäulenoperation¹⁵ war Gegenstand eines weiteren vom VI. Zivilsenat entschiedenen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens.

Der Kläger hatte in den Instanzen geltend gemacht, er sei vor Durchführung der **Laminektomie** nicht hinreichend aufgeklärt worden. Ihm sei insbesondere die **Laminoplastie** nicht **als Behandlungsalternative** aufgezeigt worden. Bei der Laminoplastie werden die Wirbelbögen nicht entfernt, sondern durch eine entsprechende Dorsalverlagerung neu positioniert. Einer dorsalen Stabilisierung mittels Cages bedarf es in diesem Fall nicht.¹⁶

¹³ Urteil vom 13. September 2011 – VI ZR 144/10 – ArztR 2011, 324 ff. = NJW 2011, 3441 = ZMGR 2011, 296 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁴ Urteil, aaO, juris, Rn. 9.

¹⁵ Beschluss vom 19. Juli 2011 – VI ZR 179/10 – RuS 2011, 446 f. = VersR 2011, 1450 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁶ Beschluss, aaO, juris, Rn. 2.

Das Landgericht hatte die gegen das beklagte Universitätsklinikum gerichtete Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Nach Einholung schriftlicher Sachverständigengutachten und Anhörung des Gutachters hatte es sich davon überzeugt, dass es sich bei der Laminektomie und der Laminoplastie um gleichwertige Behandlungsalternativen handele, über die der Kläger habe aufgeklärt werden müssen. Der unterlassene Hinweis auf die Möglichkeit einer Laminoplastie begründe die Haftung des Beklagten. Ohne den Sachverständigen erneut anzuhören, hatte das Berufungsgericht auf die Berufung des Beklagten das landgerichtliche Urteil aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden war und hatte die Klage abgewiesen. Da es die Revision nicht zugelassen hatte, war vom Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision Beschwerde eingelegt worden.¹⁷

Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Berufungsurteils und zur Zurückweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hatte den **Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt**.¹⁸ Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt vor, wenn der medizinische Sachverständige im Rahmen der mündlichen Anhörung vor dem Landgericht die Aufklärung des Patienten über die Behandlungsalternativen für erforderlich gehalten und sich das Landgericht dieser Beurteilung angeschlossen hatte und das Berufungsgericht sodann **ohne jede Auseinandersetzung mit dem Vortrag des Klägers** und **ohne erneute Anhörung des Sachverständigen** isoliert auf dessen Ausführungen im schriftlichen Gutachten abgestellt und eine Aufklärungspflicht über die Behandlungsalternativen verneint hat.¹⁹

f)

In einer weiteren Entscheidung des VI. Zivilsenats war das **anwendbare nationale Recht für einen Arzthaftungsprozess** wegen unzureichender Aufklärung zu bestimmen.²⁰ Der in Deutschland wohnende Kläger hatte sich in dem von dem

¹⁷ Beschluss, aaO, juris, Rn. 3.

¹⁸ Beschluss, aaO, juris, Rn. 4.

¹⁹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 9.

²⁰ Urteil vom 19. Juli 2011 – VI ZR 217/10 – GesR 2011, 664 ff. = NJW 2011, 3584 ff. = VersR 2011, 1405 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Schweizer Kanton Basel-Stadt betriebenen Universitätsspital zur ambulanten Behandlung einer chronischen Hepatitis C-Erkrankung vorgestellt. Dort wurde dem Kläger eine medikamentöse Therapie in Form von Tabletten und Eigeninjektionen über eine Dauer von 24 Wochen verordnet, die – nach Erstinjektion im Universitätsspital – am Wohnort des Klägers in Deutschland unter begleitender Kontrolle seines Hausarztes stattfand. Der Kläger, der gemäß Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die Anwendung deutschen Rechts als Recht des Erfolgsortes gewählt hatte, hatte geltend gemacht, bei ihm seien schwere Nebenwirkungen der Medikamente aufgetreten, über die er nicht ausreichend aufgeklärt worden sei und die zu seiner Arbeitsunfähigkeit geführt hätten. Das Landgericht hatte zunächst mit Zwischenurteil seine internationale Zuständigkeit bejaht und – nachdem der Kläger insoweit den Instanzenzug durchlaufen hatte – die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten war mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, dass die Klage als endgültig unbegründet abgewiesen wurde. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision blieb erfolglos.

Soweit die **Haftung des Schweizer Universitätsspitals** in Rede stand, hat der VI. Zivilsenat klargestellt, dass die **Haftung des Staates und des Amtsträgers für nicht-hoheitliches Handeln** – soweit es um unerlaubte Handlungen geht – dem **allgemeinen Deliktsstatus** unterliegt.²¹ Die Frage, ob eine Tätigkeit kollisionsrechtlich als hoheitlich oder nicht hoheitlich zu qualifizieren ist, bestimmt sich grundsätzlich nach der Rechtsordnung, die die Kollisionsnorm aufgestellt hat, d.h. für nicht der Rom II.-Verordnung unterliegende Fälle nach dem am Gerichtsort geltenden Recht.²² Die Beziehungen zwischen einem deutschen Patienten und dem in einem Schweizer Spital beschäftigten und den Patienten behandelnden Arzt können auch dann, wenn zwischen ihnen kein vertragliches Rechtsverhältnis besteht, maßgeblich durch das zwischen dem Spitalträger und dem Patienten bestehende ärztliche Behandlungsverhältnis geprägt sein, mit der Folge, dass **gemäß Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB Schweizer Recht zur Anwendung kommt.**²³ Im Fall der akzessorischen Anknüpfung an eine besondere Beziehung zwischen den Beteiligten gemäß Art. 41 Abs. 2

²¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 11.

²² Urteil, aaO, juris, Rn. 12.

²³ Urteil, aaO, juris, Rn. 13, 14 und 16.

Nr. 1 EGBGB ist eine **Rück- oder Weiterverweisung** nach dem Sinn der Verweisung **ausgeschlossen** (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EGBGB).²⁴

2.

Recht der privaten Krankenversicherung

Privates Krankenversicherungsrecht fällt in die Zuständigkeit des IV. Zivilsenats.

a)

Der für das Versicherungsrecht zuständige IV. Zivilsenat hat sich mit der Frage befasst, ob der seit dem 1. Januar 2009 geltende § 206 Abs. 1 Satz 1 VVG jede außerordentliche **Kündigung eines Krankheitskostenversicherungsvertrages**, der eine Versicherungspflicht nach § 193 Abs. 3 Satz 1 VVG erfüllt, ausschließt oder ob eine Kündigung in Ausnahmefällen zulässig ist.

Da § 206 Abs. 1 Satz 1 VVG nach seinem Wortlaut jede Kündigung einer § 193 Abs. 3 Satz 1 VVG unterfallenden Krankheitskostenversicherung ausschließt, war in Abgrenzung zu § 314 Abs. 1 BGB zu klären, ob tatsächlich ausnahmslos jede außerordentliche Kündigung verboten ist. Der Bundesgerichtshof hat dies verneint²⁵ und § 206 Abs. 1 VVG dahin teleologisch reduziert, dass diese Vorschrift ausnahmslos (nur) eine außerordentliche Kündigung wegen Prämienverzugs verbietet, während **eine Kündigung wegen sonstiger schwerer Vertragsverletzungen unter den Voraussetzungen des § 314 BGB möglich** ist.²⁶

Im konkreten Fall war die Krankheitskostenversicherung vom Beklagten mit der Begründung außerordentlich gekündigt worden, dass der Kläger bzw. seine für ihn handelnde Ehefrau in den Jahren 2007 bis 2009 insgesamt 168 angebliche Medikamentenbezüge zur Abrechnung eingereicht habe, tatsächlich aber viele Medikamente nicht bezogen und bezahlt worden seien, so dass eine Überzahlung von 3.813,21 €

²⁴ Urteil, aaO, juris, Rn. 22.

²⁵ Urteil vom 07. Dezember 2011 – IV ZR 50/11 – GesR 2012, 119 ff. = NJW 2012, 376 ff. = VersR 2012, 219 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 10.

vorliege. Die Vorinstanzen hatten die auf Feststellung des Fortbestehens des Krankheitskostenversicherungsvertrages gerichtete Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat dies bestätigt.

b)

In einem weiteren Verfahren unterhielt der Kläger bei dem Beklagten eine private Krankheitskosten-, Krankentagegeld- und **Pflegeversicherung**.²⁷ Nach einer Erstoperation erhielt der als selbständige Unternehmer eines „Recycling-Parks“ tätige Kläger Krankentagegeld. Im Zuge des Besuchs durch einen Außendienstmitarbeiter der Beklagten griff der Kläger diesen tätlich an und bedrohte ihn, worauf der Beklagte den gesamten Vertrag mit dem Kläger außerordentlich kündigte.

Wie bereits in der vorstehend behandelten Entscheidung bekräftigt, schließt § 206 Abs. 1 Satz 1 VVG trotz des weitergehenden Wortlauts nicht jede außerordentliche Kündigung eines Krankheitskostenversicherungsvertrages durch den Versicherer aus.²⁸ Soweit **ergänzend eingewandt** worden war, dass im Falle einer Kündigung die Krankheitskostenversicherung mit dem bisherigen Versicherer **jedenfalls im Basisstarif** (§ 12 Abs. 1 a VAG) fortgesetzt werden müsse und dem Versicherungsnehmer in diesem Umfang ein Anspruch auf Abschluss eines derartigen Vertrages zustehe, ist der IV. Zivilsenat dem **nicht gefolgt**.²⁹

Anders beurteilt sich indes die Möglichkeit der Kündigung im Bereich der **Pflegeversicherung**. Hier findet **nicht § 206 Abs. 1 Satz 1 VVG Anwendung**, der sich lediglich auf die Krankheitskostenversicherung bezieht. **Einschlägig** sind **vielmehr** die Regelungen für die private Pflegeversicherung in **§ 110 SGB XI**, dessen Absatz 4 bestimmt, dass Rücktritts- und Kündigungsrechte der Versicherungsunternehmen ausgeschlossen sind, solange der Kontrahierungszwang besteht.³⁰ Hieraus wird im sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum geschlossen, dass nach § 110 Abs. 4 SGB XI ausnahmslos jede außerordentliche Kündigung des Versicherers ausgeschlossen

²⁷ Urteil vom 07. Dezember 2011 – IV ZR 105/11 – veröffentlicht nur bei juris, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁸ Urteil, aaO, juris, Rn. 13.

²⁹ Urteil, aaO, juris, Rn. 36.

³⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 28.

ist, wobei sich der IV. Zivilsenat dieser Auffassung angeschlossen³¹ und ausgesprochen hat, dass bei § 110 Abs. 4 SGB XI anders als bei § 206 Abs. 1 Satz 1 VVG keine teleologische Reduktion dahingehend in Betracht kommt, dass eine außerordentliche Kündigung bei nicht auf Prämienverzug beruhenden schwerwiegenden Vertragsverletzungen des Versicherungsnehmers möglich ist. **Im Bereich der Pflegeversicherung ist deshalb jede außerordentliche Kündigung des Versicherers ausgeschlossen.**³²

3.

Berufsrecht der Heilberufe

Der 5. Leipziger (Strafsenat)³³ hat unter Bezugnahme auf den inhaltsgleichen Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats³⁴ dem Großen Senat für Strafsachen ebenfalls die Frage vorgelegt, ob **Vertragsärzte** (Kassenärzte), **Amtsträger** oder – hilfsweise – Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs sind. In dem zugrunde liegenden Verfahren hatte das Landgericht Hamburg einen Vertragsarzt wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr und eine Pharmareferentin wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr jeweils zu Geldstrafen verurteilt. Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieb das Unternehmen, bei welchem die Pharmareferentin tätig war, spätestens seit dem Jahr 1997 ein „Verordnungsmanagement“, auf dessen Basis Vereinbarungen mit niedergelassenen Ärzten geschlossen wurden. Danach erhielten diese Ärzte Prämien von 5 % des Herstellerabgabepreises für sämtliche in einem Quartal verordnete Arzneimittel aus dem Vertrieb dieses Unternehmens. Da diese Fallkonstellation gegenüber dem Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats (dort **Verordnung von Hilfsmitteln**, hier **Verordnung von Arzneimitteln**) gewisse Unterschiede aufwies, hat der 5. Strafsenat die Vorlage für den Großen Senat erweitert.³⁵

³¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 30.

³² Urteil, aaO, juris, Rn. 28.

³³ Beschluss vom 20. Juli 2011 – 5 StR 115/11 – NStZ-RR 2011, 303 ff.

³⁴ Beschluss vom 06. Mai 2011 – 3 StR 458/10 – MedR 2011, 651 ff. = NStZ 2012, 35 ff. = wistra 2011, 375 ff.

³⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 52.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Während der Berichtsperiode hat sich der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – nicht mit Fragen des Vertrags- und Gesellschaftsrechts der Heilberufe befasst.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Zu diesem Bereich liegen Entscheidungen des III. und VI. Zivilsenats sowie des 5. Strafsenats vor.

a)

Eine Entscheidung des III. Zivilsenats befasst sich mit **Schadensersatzansprüchen eines internistischen Kassenarztes gegen eine Kassenärztliche Vereinigung**.³⁶

Der Vorwurf des Arztes ging dahin, dass die Kassenärztliche Vereinigung nicht hinreichend auf die labordiagnostische und nuklearmedizinische Ausrichtung seiner Praxis Rücksicht genommen hatte, indem sie bei der **Abrechnung** des ihm zustehenden **Honorars** nach Anlage 6 zum Honorarverteilungsmaßstab vom 14. Juni 1986 bei der **Honorarbegrenzung** wegen übermäßiger Ausdehnung der Tätigkeit nicht den für Laborärzte, hilfsweise Nuklearmediziner, sondern den für Internisten maßgebenden Grenzwert herangezogen habe. Insoweit hatte die kassenärztliche Vereinigung nicht hinreichend auf die labordiagnostische und nuklearmedizinische Ausrichtung der Praxis des internistischen Kassenarztes Rücksicht genommen, was möglicherweise **Amtshaftungsansprüche** hätte nach sich ziehen können, die indes **verjährt** waren.³⁷

Soweit sich der Kläger auf einen unverjährten **Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff** bezogen hatte, schied ein derartiger Anspruch aus. Nach der Rechtsprechung des Senats ist zwar auch die **eingerrichtete und ausgeübte Arztpraxis** als

³⁶ Beschluss vom 22. September 2011 – III ZR 217/10 – GesR 2012, 79 f.

³⁷ Beschluss, aaO, juris, Rn. 4.

Gesamtheit all dessen, was die gegenständliche und personelle Grundlage der Tätigkeit des praktizierenden Arztes bei Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben bildet, **geschützter Gewerbebetrieb im Sinne des Enteignungsrechts**, weshalb ein rechtswidriger Eingriff in den Zulassungsstatus einen Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs begründen kann.³⁸ **Hiervon sind jedoch Fälle abzugrenzen**, in denen nicht ein Eingriff in den durch Arbeit und Leistung erworbenen Bestand von vermögenswerten Gütern vorliegt, sondern **in denen es um die Betätigung und den hiermit verbunden weiteren Erwerb von Chancen und Verdienstmöglichkeiten geht**.³⁹ Insoweit hatte das Berufungsgericht – vom Bundesgerichtshof nicht beanstandet – die Auffassung vertreten, in den Zulassungsstatus des Klägers sei nicht eingegriffen worden, da er weiterhin berechtigt gewesen sei, zum zulässigen Betätigungsfeld einer internistischen Praxis gehörende labordiagnostische und nuklearmedizinische Leistungen zu erbringen.⁴⁰

b)

In einem weiteren Beschluss⁴¹ hat der III. Zivilsenat entschieden, dass eine **Kassenärztliche Vereinigung** sich jedenfalls nicht schuldhaft verhält, wenn sie einem (erneuten) **Antrag** eines niedergelassenen Arztes **auf Ausschreibung seines Vertragsarztsitzes** (§ 103 Abs. 4 SGB V) **nicht entspricht**, nachdem der Zulassungsausschuss in einem vorangegangenen Nachbesetzungsverfahren einen bestimmten Arzt als Nachfolger ausgewählt, einen Mitbewerber abgelehnt und der niedergelassene Arzt nach Zustellung dieser Entscheidung seinen auf dieses Nachbesetzungsverfahren bezogenen Antrag zurückgenommen hatte. Der niedergelassene Arzt kann nicht mit Erfolg geltend machen, er hätte seine Praxis zu einem höheren Verkehrswert verkaufen können, wenn der Vertragsarztsitz erneut ausgeschrieben worden wäre. Zwar wird die Auffassung vertreten, eine Rücknahme des Antrags auf Ausschreibung und Praxisfortführung sei bis zur Bestandskraft der Entscheidung des Zulassungsausschusses jederzeit möglich. Andererseits wird aber vertreten, eine Antragsrücknahme sei nur bis zur Entscheidung des Zulassungsausschusses zuläs-

³⁸ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6.

³⁹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6.

⁴⁰ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

⁴¹ Beschluss vom 08. September 2011 – III ZR 236/10 – GesR 2011, 686 f. = ZMGR 2011, 397 f.

sig. Welche dieser Auffassungen zutrifft, hat der III. Zivilsenat offen gelassen, weil jedenfalls eine **schuldhafte Amtspflichtverletzung** der Kassenärztlichen Vereinigung **nicht feststellbar war**.⁴²

c)

In einem kurz begründeten Prozesskostenhilfe ablehnenden Beschluss⁴³ hat der VI. Zivilsenat dem Honorarbegehren eines niedergelassenen Therapeuten das Fehlen der hinreichenden Aussicht auf Erfolg bescheinigt. Die vom Therapeuten für die Behandlung **in Rechnung gestellten Kosten standen so offensichtlich außer Verhältnis** zu den Kosten, die eine anerkannte Heilmaßnahme durch einen niedergelassenen Therapeuten verursacht hätte, dass das Berufungsgericht nach Auffassung des VI. Zivilsenats mit Recht von einer **vorsätzlichen unerlaubten Handlung** zur Verschaffung offensichtlich nicht mehr gerechtfertigter finanzieller Vorteile ausgegangen war (**§ 826 BGB**).

6.

Krankenhausrecht

Fälle rund um das Krankenhaus haben in der Berichtsperiode sowohl den I., III. und IV. Zivilsenat sowie auch den Kartellsenat und sogar einen Strafsenat befasst.

a)

Der 4. Strafsenat hatte über den Straftatbestand des **sexuellen Missbrauchs von Kranken- und Hilfsbedürftigen** zu entscheiden.⁴⁴

b)

Dem I. Zivilsenat lag im Zusammenhang mit radiologisch-diagnostischen Untersuchungen ein **Wettbewerbsverfahren** zur Entscheidung vor.⁴⁵ Die Klägerin hatte be-

⁴² Beschluss, aaO, juris, Rn. 3 und 10.

⁴³ Beschluss vom 13. Dezember 2011 – VI ZR 293/10 – veröffentlicht nur bei juris.

⁴⁴ Beschluss vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 396/11 – veröffentlicht nur bei juris.

⁴⁵ Beschluss vom 17. August 2011 – I ZB 7/11 – GesR 2012, 107 f. = GRUR 2012, 94 f. = NJW 2011, 3651 ff.

hauptet, die Beklagte führe im geschäftlichen Verkehr **radiologisch-diagnostische Untersuchungen als ambulante Leistungen nach § 116 b SGB V** durch, ohne dass die Untersuchungen eine Krankheit zum Gegenstand hätten, die vom Leistungskatalog des § 116 b Abs. 3 SGB V erfasst seien. Deshalb hatte die Klägerin die behauptete Durchführung der Untersuchungen als wettbewerbswidrig beanstandet und die Beklagte auf Unterlassung sowie Ersatz von vorgerichtlichen Abmahnkosten in Anspruch genommen.

Das Landgericht hatte den **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Sozialgericht Itzehoe verwiesen**. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Klägerin war ebenso wie die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erfolglos geblieben. Der I. Zivilsenat hat ausgesprochen, dass für eine Unterlassungsklage gegen einen Krankenhausbetreiber, mit der erstrebt wird, den Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr radiologisch-diagnostische Untersuchungen als ambulante Leistungen nach § 116 b SGB V durchzuführen und/oder abzurechnen, sofern die Untersuchungen keine vom Leistungskatalog des § 116 b Abs. 3 SGB V umfassten Krankheiten zum Gegenstand haben, der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist.

c)

In einem dem III. Zivilsenat vorliegenden Revisionsverfahren ging es um die **internationale Zuständigkeit für Streitigkeiten über Vergütungsansprüche eines Krankenhauses** aus einem Krankenhausaufnahmevertrag.⁴⁶ Bei einem Krankenhausaufnahmevertrag ergibt sich aus der Natur des Schuldverhältnisses im Sinne des § 269 Abs. 1 BGB ein einheitlicher Leistungsort am Ort des Krankenhauses, der auch den Vergütungsanspruch des Krankenhauses umfasst.⁴⁷ **Krankenhäuser können demnach also – anders als Rechtsanwälte⁴⁸ – ihre Ansprüche am Sitz des für das**

⁴⁶ Versäumnisurteil vom 08. Dezember 2011 – III ZR 114/11 – GesR 2012, 176 ff. = NJW 2012, 860 ff.

⁴⁷ Urteil, aaO, juris, Rn. 7 f.

⁴⁸ Beschluss vom 11. November 2003 – X ARZ 91/03 – BGHZ 157, 20 (24) = AnwBl 2004, 119 ff. = NJW 2004, 54 ff.

Krankenhaus zuständigen Gerichts einklagen (§ 29 Abs. 1 ZPO).⁴⁹ Deshalb ist das Gericht am Ort des Krankenhauses auch außerhalb des Anwendungsbereiches von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel I-VO) für Vergütungsansprüche des Krankenhauses international zuständig.⁵⁰

d)

Im Rahmen einer erfolglos gebliebenen Nichtzulassungsbeschwerde waren **Amtshaftungsansprüche** sowie **allgemeine Schadensersatzansprüche** des **Eigentümers eines zum Betrieb einer Rehabilitationsklinik verpachteten Grundstückes** wegen der **Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages** durch einen Ersatzkassenverband zu klären.⁵¹

Nimmt der Eigentümer einer Immobilie, die er an den Betreiber einer Rehabilitationsklinik verpachtete hat, einen Ersatzkassenverband als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassenverbände in Bayern und die Bundesrepublik Deutschland aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung und wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen in Anspruch, weil die Arbeitsgemeinschaft es abgelehnt hat, mit dem Klinikbetreiber einen Versorgungsvertrag nach § 111 Abs. 2 SGB V abzuschließen und begehrt er Ersatz von Personalkosten, Reparaturen, Heizung, Strom, Wasser, Grundsteuer, Kraftfahrzeugkosten und Verwaltungskosten, die ihm seit der Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages für sein Immobilienobjekt entstanden sind und die Feststellung der weiteren Ersatzpflicht, so sind diese Ansprüche nicht begründet. Die **Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages** für den Betrieb einer Rehabilitationsklinik kann **nicht als Eingriff in die Substanz eines von dem Grundstückseigentümer geführten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes** angesehen werden.⁵²

Der Umstand, dass der Grundstückseigentümer nach Aufgabe des Klinikbetriebes durch den (insolventen) Pächter den Entschluss gefasst hat, nach Ablauf des Pacht-

⁴⁹ Urteil, aaO, juris, Rn. 21.

⁵⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 18.

⁵¹ Beschluss vom 08. September 2011 – III ZR 142/10 – veröffentlicht nur bei juris, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵² Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

verhältnisses eine Rehabilitationsklinik in eigener Verantwortung zu betreiben, stellt zwar die beabsichtigte Wahrnehmung von Chancen und Verdienstmöglichkeiten auf dem Gebiet eines neuen Geschäftsfeldes dar, zu dem der Eigentümer aufgrund seines Eigentums an der Immobilie Zugang hat; dieses Geschäftsfeld gehört aber noch nicht zur Substanz eines von ihm inne gehaltenen Gewerbebetriebes.⁵³

Unabhängig davon, ob sich die durch den Abschluss eines Versorgungsvertrages erhofften Gewinne hätten realisieren lassen, steht dem Grundstückseigentümer jedenfalls kein Anspruch auf Ersatz von Erhaltungsaufwendungen für seine Immobilie zu. Die diesbezüglichen Aufwendungen, mit denen der Grundstückseigentümer sein Grundstück mit der Klinikeinrichtung vor Wertverlusten zu bewahren suchte, nachdem der frühere Klinikbetreiber das Pachtverhältnis gekündigt hatte und der Klinikbetrieb zum Erliegen gekommen war, stehen nicht in einem hinreichenden schadensrechtlichen Zusammenhang mit der Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages und werden insofern auch nicht hierdurch veranlasst.⁵⁴

In gleicher Weise hat der III. Zivilsenat auch eine weitere Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen und dort ebenfalls ausgeführt, dass die Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages für den Betrieb einer Rehabilitationsklinik auf Seiten des Verpächters, der der Rehabilitationsklinik die zum Betrieb notwendige Immobilie verpachtet, nicht als Eingriff in den eingerichteten und ausgeführten Gewerbebetrieb angesehen werden kann.⁵⁵

e)

Der nicht nur für das Versicherungsrecht, sondern auch für das Erbrecht zuständige IV. Zivilsenat hatte im Zusammenhang mit der **Nacherbeneinsetzung eines Heimträgers** die Frage der **Wirksamkeit des die Nacherbeneinsetzung anordnenden Testaments** zu beurteilen.⁵⁶

⁵³ Beschluss, aaO, juris, Rn. 9.

⁵⁴ Beschluss, aaO, juris, Rn. 10.

⁵⁵ Beschluss vom 08. September 2011 – III ZR 143/10 – veröffentlicht nur bei juris, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁶ Beschluss vom 26. Oktober 2011 – IV ZB 33/10 – NJW 2012, 155 f.

Konkret war eingewandt worden, dass die Erbeinsetzung des Heimträgers gegen **§ 14 HeimG** verstoße. Der IV. Zivilsenat hat entschieden, dass § 14 HeimG nicht zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung durch Testament nach Maßgabe von § 134 BGB führt, da das Eingreifen des an den Heimträger gerichteten Verbots voraussetzt, dass diese sich etwas „versprechen oder gewähren“ lässt.⁵⁷

Eine einseitige Willenserklärung oder Betätigung des Gebers (und damit das hier streitgegenständliche Testament) genügen mithin nicht; es muss eine Annahmeerklärung des Empfängers oder ein entsprechendes vorangegangenes Verlangen hinzukommen. Zum Schutze der Testierfreiheit ist § 14 Abs. 1 HeimG deshalb vom Bundesgerichtshof verfassungskonform dahin ausgelegt worden, dass er dem Angehörigen eines Heimbewohners die Einsetzung des Heimträgers als Nacherbe in einem „stillen“ Testament, von dem der Heimträger erst nach dem Tode des Erblassers erfährt, nicht verbietet.⁵⁸

f)

Im Zusammenhang mit Rechtsfragen um Krankenhäuser und Heime ist noch von einer **Kartellverwaltungssache** zu berichten. Das Universitätsklinikum Greifswald hatte beim Bundeskartellamt das **Vorhaben** angemeldet, die **Mehrheit von Anteilen an einem Kreiskrankenhaus zu erwerben**. Das Zusammenschlussvorhaben war daraufhin vom Bundeskartellamt zunächst untersagt und in der Folgezeit vom Bundeswirtschaftsminister nach Maßgabe von § 42 GWB erlaubt worden. Die gegen die ursprüngliche Versagung anhängig gemachte Beschwerde war daraufhin übereinstimmend für erledigt erklärt worden, so dass es nur noch um den im Rahmen der ausstehenden Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO maßgeblichen Prüfungsumfang ging.⁵⁹

Der Kartellsenat hat es für angemessen angesehen, die Kosten gegeneinander aufzuheben und ausgesprochen, dass es nicht dem Zweck der Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits entspricht, Rechtsfragen von grundsätzli-

⁵⁷ Beschuss, aaO, juris, Rn. 16.

⁵⁸ Beschluss, aaO, juris, Rn. 24.

⁵⁹ Beschluss vom 18. Oktober 2011 – KVR 35/08 – WuW/E DE-R 3465 f.

cher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden. Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist es deshalb nicht veranlasst, eine Rechtsfrage, der das Beschwerdegericht in einer Kartellverfahrenssache grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, im Kostenverfahren nach § 91 a ZPO zu klären.⁶⁰

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

In diesem Bereich ist über Entscheidungen des I. und X. Zivilsenats sowie auch über strafrechtlich relevante Entscheidungen zu berichten.

a)

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat hat ein von einer Freilassinger Apothekerin betriebenes **Rabattmodell für Arzneimittel** teilweise für unbedenklich angesehen und die Abweisung der gegen diese Apothekerin gerichteten Klage in diesem Punkt bestätigt.⁶¹

Die beklagte Apothekerin hatte ihren Kunden angeboten, **Medikamente bei einer Apotheke in Budapest zu bestellen** und zusammen mit einer Rechnung dieser Apotheke bei ihr in Freilassung abzuholen. Sie hatte den Kunden dabei **einen Rabatt in Höhe von 22 % bei nicht verschreibungspflichtigen und von 10 % bei verschreibungspflichtigen Medikamenten** besprochen. Das Landgericht Traunstein hatte der gegen diese Praxis erhobenen Klage auf Unterlassung und Schadensersatz stattgegeben, wobei das Oberlandesgericht München dieses Urteil **nur insoweit bestätigt** hat, **als die Beklagte Rabatte auf preisgebundene verschreibungspflichtige Arzneimittel angeboten hatte** und ansonsten die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung bestätigt und in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Berufungsgerichtes einen Verstoß der Beklagten gegen das arzneimittelrechtliche Verbringungsgebot des § 73 AMG verneint.

⁶⁰ Beschluss, aaO, juris, Rn. 4.

⁶¹ Urteil vom 12. Januar 2012 – I ZR 211/10 – bislang noch nicht veröffentlicht; vgl. aber Mitteilung der Pressestelle Nr. 5/2012 des BGH.

b)

In einem **Markenrechtsstreit** war vom I. Zivilsenat über den Widerspruch einer Markeninhaberin (**Melox** – pharmazeutisches Erzeugnis zur symptomatischen Behandlung akuter Schübe von Arthrose, rheumatoider Arthritis und Morbus Bechterew) gegen die Benutzung der Widerspruchsmarke (**Maalox** – pharmazeutische Erzeugnisse und chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege) zu entscheiden.⁶² Der Bundesgerichtshof hat bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf die verschiedenen Verkehrskreise (einerseits Ärzte und Apotheker und andererseits Endverbraucher) abgestellt und ausgesprochen, dass es für die Verwirklichung des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG grundsätzlich nicht ausreicht, wenn aufgrund gespaltener Verkehrsauffassung nur beim einem der verschiedenen Verkehrskreise eine Verwechslungsgefahr bejaht werden kann.⁶³

c)

Im Zusammenhang mit der **kostenlosen Überlassung einer Arzneimitteldatenbank** mit Werbung von Pharmaunternehmen an Ärzte war die Frage zu beantworten, ob einem ebenfalls eine Arzneimitteldatenbank betreibenden Mitbewerber im Blick auf § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zur Seite stand.⁶⁴ Die vom Berufungsgericht abgewiesene Klage wurde im Revisionsverfahren bestätigt. Das **Angebot einer durch Werbung finanzierten und deswegen für Ärzte kostenlosen Datenbank**, die diesen Informationen und Hinweise für die Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 73 Abs. 8 SGB V gibt, **stellt keine Werbeangabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, § 33 Abs. 2 der Berufsordnung für die Bayerischen Ärzte dar.**⁶⁵

d)

Im Zusammenhang mit dem **Inverkehrbringen von Arzneimitteln** sind auch immer wieder **Patentansprüche** betroffen. In diesem Rahmen hatte sich der X. Zivilsenat

⁶² Beschluss vom 01. Juni 2011 – I ZB 52/09 – GRUR 2012, 64 ff. = GRB 2012, 83 ff.

⁶³ Beschluss, aaO, juris, Rn. 9.

⁶⁴ Urteil vom 17. August 2011 – I ZR 13/10 – GesR 2011, 697 ff. = GRUR 2011, 1163 ff. = NJW-RR 2011, 1606 ff.

⁶⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 14.

mit der Einfuhr und/oder dem Inverkehrbringen eines Arzneimittels unter der Bezeichnung „Neurotin“ in Deutschland unter dem Gesichtspunkt des **Besonderen Mechanismus** gemäß Art. 1 des EU-Beitrittsvertragsgesetzes vom 18. September 2003 zu befassen.⁶⁶ Wegen der Details der Anwendbarkeit des Besonderen Mechanismus gemäß des vorzitierten EU-Beitrittsvertragsgesetzes sei auf den Inhalt der für Parallelimporte von Arzneimitteln aus den osteuropäischen EU-Beitrittsländern nach Deutschland einschlägigen Entscheidungen verwiesen.

e)

Eine Werbung für ein registriertes homöopathisches Arzneimittel, in der Wirkstoffe des Arzneimittels und deren jeweilige Anwendungsgebiete genannt sind, fällt auch dann unter das Verbot der Werbung mit Anwendungsgebieten nach § 5 HWG, wenn in der Werbung die Pflichtangabe gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 9, § 11 Abs. 3 Satz 1 AMG („Anwendungsgebiete: Registriertes homöopathisches Arzneimittel, daher ohne Angabe einer therapeutischen Indikation.“) aufgeführt ist.⁶⁷ Ergänzend hat der I. Zivilsenat in diesem Zusammenhang entschieden, dass § 5 HWG nicht einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass ein Werbeverbot nur in Betracht kommt, wenn die konkrete Werbeaussage zu einer unmittelbaren oder zumindest mittelbaren Gesundheitsgefährdung der Verbraucher führt.⁶⁸

f)

Auf einen entsprechenden Hinweis beschränken wir uns auch im Zusammenhang mit verschiedenen in die Berichtsperiode fallenden und sich mit der **Strafbarkeit nach dem BtMG** befassenden Urteilen. Für Methamphetaminracemat hatte der 3. Strafsenat erkannt, dass die nicht geringe Menge im Sinne von §§ 29 a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG bei 10 g der wirkungsbestimmenden Base beginnt.⁶⁹ Eine weitere Entscheidung des 5. Strafsenats befasst sich mit der Strafbarkeit des Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport.⁷⁰

⁶⁶ Urteil vom 12. Juli 2011 – X ZR 56/09 – GRUR 2011, 995 ff. = WRB 2011, 1628 ff.

⁶⁷ Urteil vom 28. September 2011 – I ZR 96/10 – bislang veröffentlicht nur bei juris.

⁶⁸ Urteil, aaO, juris, Rn. 29 ff.

⁶⁹ Urteil vom 17. November 2011 – 3 StR 315/10 – NJW 2012, 400 ff.

⁷⁰ Urteil vom 14. Dezember 2011 – 5 StR 425/11 – StRR 2012, 83 (Leitsatz), ansonsten veröffentlicht bei juris.

8.

Grundzüge des Apothekenrechts

Zu Fragen des Apothekenrechts hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – im zweiten Halbjahr 2011 keine Entscheidungen abgesetzt.

9.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben diverse Entscheidungen des III., IV. sowie des VI. Zivilsenats zum Gegenstand.

a)

Anträge auf **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** sind ein Dauerbrenner.

aa)

Der III. Zivilsenat hat entschieden, dass einem Berufungskläger auch dann **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren ist, **wenn** das Berufungsgericht sein **Rechtsmittel** wegen Versäumung dieser Frist **verworfen** hat, ohne **zuvor über das Prozesskostenhilfegesuch des Rechtsmittelführers entschieden zu haben**, und dieser die Verwerfungsentscheidung anfecht, aber eine Berufungsbegründung während des Rechtsbeschwerdeverfahrens nicht nachgeholt wird.⁷¹ Der Kläger war als Kieferchirurg tätig und hatte gegen die Beklagte Honoraransprüche geltend gemacht. Seine Klage blieb in erster Instanz ohne Erfolg. Hiergegen hatte der Prozessbevollmächtigte des Kieferchirurgen in Reaktion auf die Klageabweisung für diesen um Prozesskostenhilfe für eine Berufung gegen die klageabweisende erstinstanzliche Entscheidung nachgesucht und dann in der weiteren Folge die Berufungsbegründung nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgelegt. Soweit die Berufung daraufhin wegen Ab-

⁷¹ Beschluss vom 27. Oktober 2011 – III ZB 31/11 – MDR 2011, 1493 = NJW-RR 2012, 308 f.

laufs der Berufungsbegründungsfrist vom Berufungsgericht als unzulässig verworfen wurde, hat der Bundesgerichtshof zutreffend klargestellt, dass vorrangig über das anhängig gemachte Prozesskostenhilfegesuch hätte entschieden werden müssen. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hatte nämlich hinreichend deutlich gemacht, dass er die Berufungsbegründung von der vorherigen Bewilligung der Prozesskostenhilfe abhängig machen wollte.⁷² Deshalb hätte das Berufungsgericht zunächst über den PKH-Antrag entscheiden und dem Kläger Gelegenheit geben müssen, anschließend einen Wiedereinsetzungsantrag zu stellen.⁷³

Allgemein ist im Zusammenhang mit Wiedereinsetzungsanträgen bei versäumten Berufungs- oder Berufungsbegründungsfristen zu beachten, dass diese Fristen selbstständig nebeneinander laufen. Wird also etwa die Berufungsfrist versäumt, hindert ein Wiedereinsetzungsantrag bezüglich der Berufungsfrist den Lauf der Berufungsbegründungsfrist nicht, mit der Folge, dass innerhalb der selbstständig laufenden Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig eine Berufungsbegründung vorzulegen ist. Wird letzteres nicht getan, ist nicht nur die Berufungsfrist, sondern auch die Berufungsbegründungsfrist versäumt und mit einer bloßen Wiedereinsetzung im Blick auf die zunächst versäumte Berufungsfrist nicht geholfen.

bb)

Die ordnungsgemäße Führung eines **Fristenkalenders** soll gewährleisten, dass fristwahrende Schriftsätze rechtzeitig hergestellt und postfertig gemacht werden. Der Fristenkontrolle **kommt** dagegen **nicht die Aufgabe zu, fristwahrende Schriftsätze auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen.**⁷⁴

In der Sache ging es um die **Versäumung einer Berufungsfrist**, die der Beklagte zum Anlass genommen hatte, zu beantragen, ihm gemäß §§ 233, 234 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Die Berufungsfrist war versäumt worden, **weil die Berufungsschrift – statt an das zuständige Oberlandesgericht – an das Landgericht adressiert** und deshalb verspätet beim Berufungsgericht einge-

⁷² Beschluss, aaO, juris, Rn. 21.

⁷³ Beschluss, aaO, juris, Rn. 22.

⁷⁴ Beschluss vom 20. September 2011 – VI ZB 5/11 – MDR 2011, 1374 = NJW-RR 2012, 252 ff. = VersR 2012, 334 ff.

gangen war. Der Beklagte hatte zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags ausgeführt, die Fehladressierung der Berufungsschrift beruhe auf einem **Versehen** des sorgfältig ausgewählten und als zuverlässig erprobten **Stationsreferendars**; dieser habe nach Entdeckung des Fehler die ihm erteilte anwaltlich Einzelanweisung, die bereits unterzeichnete Berufungsschrift durch Austausch des Deckblatts zu korrigieren, nicht umgesetzt.

Der VI. Zivilsenat hat dem Beklagten die vom Berufungsgericht **verweigerte Wiedereinsetzung zuerkannt**, da das Berufungsgericht zugunsten des Beklagten unterstellt hatte, dass seinen Prozessbevollmächtigten kein Verschulden im Hinblick darauf traf, dass dieser davon ausgegangen war, die Berufungsschrift wäre entsprechend der von ihm getroffenen Einzelanweisung an das zuständige Oberlandesgericht adressiert und abgesandt worden. Eine Verpflichtung zur Überprüfung dieser Einzelanweisung habe nicht bestanden.⁷⁵

cc)

Über den vorzitierten Fall hinaus lässt sich allgemein feststellen, dass das **Berufen auf eine mündliche Einzelanweisung** bei eingetretenen Fristversäumnissen ein der Partei über § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares **Verschulden des Prozessbevollmächtigten häufig nicht ausschließt**.

In diesem Zusammenhang wird zwar immer wieder ausgesprochen, dass ein Rechtsanwalt grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass eine bislang zuverlässige Kanzleikraft eine konkrete Einzelanweisung befolgt und deshalb im Allgemeinen keine Verpflichtung besteht, sich anschließend über die Ausführung der Weisung zu vergewissern.⁷⁶ Dieser **Vertrauensgrundsatz gilt aber insoweit nicht, als der Rechtsanwalt von der ihm selbst ohne Weiteres möglichen Beseitigung eines von ihm erkannten Fehlers absieht**.⁷⁷ Bei fehlerhaft adressierten Schreiben ist deshalb wiederholt entschieden worden, dass ein eigenes Verschulden des Prozessbevollmächtigten darin zu sehen ist, dass dieser etwa einen Verlängerungsan-

⁷⁵ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

⁷⁶ Beschluss, aaO, juris, Rn. 8.

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 28. Februar 2012 – II ZB 27/10 – veröffentlicht nur bei juris.

trag unterzeichnet hat, ohne die von ihm als falsch erkannte Adresse selbst handschriftlich zu korrigieren.⁷⁸

Besondere Vorsicht ist angezeigt, **wenn es um mündliche Einzelanweisungen geht, die von allgemeinen Organisationsanweisungen abweichen und die Eintragungen in den Fristenkalender** betreffen. Hier wird regelmäßig von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung verlangt, dass eine derartige Einzelanweisung ein Verschulden des Rechtsanwalts nur dann ausschließt, wenn der Rechtsanwalt die **Umsetzung dieser Anweisung kontrolliert** bzw. bei der Einzelanweisung unverständlich deutlich macht, dass die Einzelanweisung **sofort und mithin vorrangig vor allen anderen Aufgaben umzusetzen** ist.⁷⁹ Um sicher zu gehen, empfiehlt es sich, eine allgemeine Büroanweisung zu veranlassen, nach der Fristensachen betreffende Aufträge stets vor allen anderen Aufgaben zu erledigen sind. Wird auf der Grundlage einer derartigen allgemeinen Büroanweisung die konkrete Einzelanweisung zusätzlich mit dem Hinweis verbunden, den Auftrag sofort und vor allen anderen Aufgaben auszuführen, kann argumentiert werden, hierdurch seien ausreichende Vorkehrungen dagegen getroffen worden, dass etwa die Eintragung der Frist oder die sonstige fristrelevante Handlung in Vergessenheit gerät und deshalb ein Wiedereinsetzungsgesuch nicht an einem der Partei zurechenbaren Organisationsverschulden scheitert.

Bei einer **eindeutigen schriftlichen Einzelanweisung** hat der VI. Zivilsenat die Auffassung vertreten, deren Umsetzung **müsse nicht überprüft werden**.⁸⁰ Für den Ausschluss des der Partei zuzurechnenden Verschuldens ihres Anwalts (§§ 85 Abs. 2, 233 ZPO) an der Fristversäumung kommt es nach der vorzitierten Entscheidung dann nicht mehr auf allgemeine organisatorische Vorkehrungen bzw. Anweisungen für die Fristwahrung in einer Anwaltskanzlei an, wenn der Rechtsanwalt einer Kanzleiangestellten, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete, schriftliche Einzelanweisung erteilt, die bei Befolgung die Fristwahrung gewährleistet hätte. Veranlasst also ein Rechtsanwalt durch schriftliche Verfügung, eine Vorfrist sowie den Fristablauf für die Berufungsbegründung im Fristenkalender einzutragen und legt

⁷⁸ Beschluss, aaO, juris, Rn. 9 mit Hinweis auf Beschluss vom 17. August 2011 – I ZB 21/11 – NJW-RR 2012, 122 = juris, Rn. 13 f.

⁷⁹ Beschluss vom 08. Februar 2012 – XII ZB 165/11 – juris, Rn. 31.

⁸⁰ Beschluss vom 20. September 2011 – VI ZB 23/11 – MDR 2011, 1442 = VersR 2011, 1544 f.

diese Verfügung in die Rubrik „Fristen des Pultordners des Sekretariats und der Büroleiterin, die ausschließlich für die Führung des Fristenkalenders zuständig ist, darf er sich auf die ordnungsgemäße Umsetzung dieser Einzelanweisung verlassen.⁸¹

dd)

Im Rahmen eines weiteren Wiedereinsetzungsgesuchs hatte das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung mit der Begründung zurückgewiesen und das Rechtsmittel als unzulässig verworfen, weil sich der Prozessbevollmächtigte **nach ordnungsgemäßer Absendung der Berufungsbegründungsschrift nicht von deren rechtzeitigem Eingang bei Gericht überzeugt** hatte. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte Erfolg. Unabhängig davon, dass der angegriffene Verwerfungsbeschluss nicht im Sinne §§ 576 Abs. 3, 547 Nr. 6 ZPO mit ausreichenden Gründen versehen war⁸², war der verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch des Rechtsmittelführers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt, da das Berufungsgericht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgrund von überzogenen und nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu verlangenden Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Prozessbevollmächtigten versagt hatte. Danach trifft den Prozessbevollmächtigten einer Partei **im Regelfall kein Verschulden** an dem verspäteten Zugang eines Schriftsatzes, **wenn er veranlasst, dass der Schriftsatz so rechtzeitig in den Briefkasten eingeworfen wird, dass er nach den normalen Postlaufzeiten fristgerecht bei dem Gericht hätte eingehen müssen.**⁸³ Wenn dem Prozessbevollmächtigten keine besonderen Umstände bekannt sind, die zu einer Verlängerung der normalen Postlaufzeiten führen können, darf er darauf vertrauen, dass diese eingehalten werden.⁸⁴ Eine **Nachfragepflicht kommt nur ausnahmsweise in Betracht**, wenn hierfür ein konkreter Anlass besteht. Ein solcher **konkreter Anlass besteht nicht schon darin, dass der Anwalt in der noch laufenden Berufungsbegründungsfrist noch keine auf seinen Schriftsatz bezogene Verfügung des Gerichts enthalten hat.** Denn allein daraus müssen sich ihm noch keine Zweifel aufdrängen, dass ein Schriftsatz nicht bei Gericht eingegangen sein könnte. Eine Er-

⁸¹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 8 ff.

⁸² Beschluss vom 20. Dezember 2011 – VI ZB 28/11 – juris, Rn. 3 f.

⁸³ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

⁸⁴ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

kündigungspflicht wird nur durch eine solche Mitteilung des Gerichts ausgelöst, die unzweideutig ergibt, dass etwas fehl gelaufen ist.⁸⁵

ee)

In einem anderen Fall hat der VI. Zivilsenat eine gegen eine abgelehnte Wiedereinsetzung gerichtete Rechtsbeschwerde als unzulässig verworfen.⁸⁶ Soweit das dortige Urteil entgegen der Bestimmung des § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht von sämtlichen Richtern unterschrieben worden war, die es gefällt hatten, hat der Bundesgerichtshof dies für die Existenz der Gerichtsentscheidung und für die Wirksamkeit der Zustellung und mithin den **Lauf der Rechtsmittelfristen** für nicht maßgeblich angesehen.⁸⁷

Etwas anderes gilt indes, wenn lediglich eine beglaubigte Abschrift und keine Ausfertigung des rechtsmittelfähigen Urteils zugestellt worden ist. In einem derartigen Fall ist zu beachten, dass der **Beginn der Berufungsfrist** die **Zustellung einer Ausfertigung des Urteils voraussetzt**.⁸⁸ Die Zustellung einer beglaubigten Abschrift reicht nicht aus, um die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen.⁸⁹

b)

Um die Rechtsmittelchancen im Blick auf eine beabsichtigte Beschwerde gegen eine drohende Nichtzulassung der Revision in einem Berufungsurteil zu verbessern, ist dringend anzuraten, **bei nachteiligen Sachverständigengutachten** – soweit möglich – die Feststellungen des Sachverständigengutachtens durch Parteivortrag oder – noch besser – eine **privatgutachtliche Äußerung** anzugreifen. Hierdurch wird der Tatrichter nämlich gezwungen, sich mit etwaigen Widersprüchen zum Inhalt des gerichtlich veranlassten Gutachtens näher auseinanderzusetzen. Tut er dies nicht, kann dieses Defizit als **Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG** gerügt und hierauf eine Nichtzulassungsbeschwerde gestützt werden.

⁸⁵ Beschluss, aaO, juris, Rn. 8.

⁸⁶ Beschluss vom 20. Dezember 2011 – VI ZB 25/11 – veröffentlicht nur bei juris.

⁸⁷ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6 f.

⁸⁸ Beschluss vom 09. Juni 2010 – XII ZB 133/09 – FamFR 2010, 349, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸⁹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6, 13 und 14.

Lässt sich ein Gehörsverstoß aufzeigen, führt die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Entsprechend hat etwa der IV. Zivilsenat im Zusammenhang mit geltend gemachten Ansprüchen auf Krankentagegeld entschieden.⁹⁰ Die zur Begründung der Aufhebung und Zurückverweisung an Art. 103 Abs. 1 GG anknüpfende Entscheidung hält fest, dass **wegen der geringen Sachkunde des Klägers über medizinische Zusammenhänge an den klagebegründenden Sachvortrag keine hohen Anforderungen** gestellt werden dürfen und dass sich der Kläger deshalb auf den Vortrag von ihm zunächst vermuteten Tatsachen beschränken darf (konkret: medizinischer Zusammenhang zwischen einem Treppensturz und dem notwendigen Austausch eines dem an einer Herzerkrankung leidenden Versicherungsnehmers implantierten Defibrilators).⁹¹

c)

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt eine Partei ihrer **Darlegungslast**, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, wobei **unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist**.⁹² Der Umstand, dass der Vortrag eines Klägers in einem unter Beweis gestellten Schriftsatz mit seinen Angaben in einem früheren Schriftsatz in Widerspruch steht, rechtfertigt die Nichterhebung des angebotenen Beweises nicht. In dem Übergehen eines Beweisantrittes läge eine vorweggenommene Beweiswürdigung, die im Prozessrecht keine Stütze findet. Eine Partei ist nämlich nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreites zu ändern, insbesondere auch zu berichtigen; dies kann nur im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.⁹³

d)

Gibt das Beschwerdegericht dem – in erster Instanz zurückgewiesenen – Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens in einer Arzthaftungssa-

⁹⁰ Beschluss vom 21. September 2011 – IV ZR 95/10 – VersR 2011, 1432.

⁹¹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 10.

⁹² BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011 – IV ZR 216/09 – VersR 2011, 1384 ff. = juris, Rn. 6.

⁹³ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6.

che **statt, ist eine dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde unstatthaft.**⁹⁴ Gemäß § 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist ein Beschluss, durch den dem Antrag im selbständigen Beweisverfahren stattgegeben wird, nicht anfechtbar. Im Blick auf diese klare gesetzliche Regelung soll es dabei auch im Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgrundsatz) unbedenklich sein, dass das Gesetz nur dem Antragsgegner die Anfechtung versagt, während der Antragsteller gegen eine ablehnende Entscheidung Beschwerde einlegen kann.⁹⁵

e)

Zurückgewiesene Nichtzulassungsbeschwerden werden vom Bundesgerichtshof und insbesondere von den mit medizinrechtlichen Streitgegenständen befassten Senaten **üblicherweise nicht inhaltlich begründet.** Die Zurückweisungsbeschlüsse lauten standardmäßig dahin, dass der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und die Zulassung der Revision auch nicht zur Fortbildung des Rechts bzw. zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung geboten ist. Damit wird lediglich mitgeteilt, dass die für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO verlangten Voraussetzungen nicht vorliegen. Warum die mit der Nichtzulassungsbeschwerde aufgezeigten Zulassungsgründe nicht ausreichen, wird nicht näher erläutert.

Anhörungsrügen nach § 321 a ZPO gegen derartig standardmäßig unter Beschränkung auf den Gesetzeswortlaut begründete Zurückweisungsbeschlüsse haben keine Aussicht auf Erfolg. Soweit derartige Anhörungsrügen darauf gestützt werden, der Bundesgerichtshof habe das Vorbringen der Nichtzulassungsbeschwerde unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht zur Kenntnis genommen, hilft dies nicht.⁹⁶ Zwar sind die Gerichte nach Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, das Vorliegen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Hingegen ist es nicht erforderlich, alle Einzelpunkte des Parteivortrags ausdrücklich zu bescheiden. Mit dieser Begründung wird deshalb nahezu ausnahmslos unter Hinweis auf § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO von einer Begründung von Zurückweisungsbeschlüssen abgese-

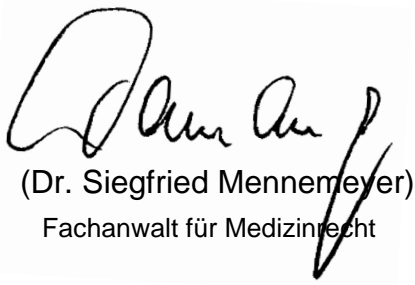
⁹⁴ Beschluss vom 13. September 2011 – VI ZB 67/10 – GesR 2011, 721 f. = NJW 2011, 3371 f. = VersR 2011, 1588 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹⁵ Beschluss, aaO, juris, Rn. 6 und 7.

⁹⁶ Beschluss vom 19. Dezember 2011 – VI ZR 278/10 – veröffentlicht nur bei juris.

hen, da eine derartige Begründung nicht geeignet sei, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist.

Karlsruhe, 20. April 2012



(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht