

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2020**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹
auch Fachanwalt für Medizinrecht

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2019 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2020 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der privaten Krankenversicherung und die Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts zu berichten. Daneben informieren wir über Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Krankenhaus- und Apothekenrecht sowie über Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ sind den einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erteilung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

1 auch Fachanwalt für Medizinrecht.

2 Abrufbar auf unserer Website „Aktuelles“ unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

3 Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2020 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1. Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle fallen beim BGH vorrangig in die Zuständigkeit des VI. Zivilsenats. Daneben ist in diesem Zusammenhang aber auch über Entscheidungen des III. sowie des XII. Zivilsenats zu berichten.

a)

Der III. Zivilsenat hat entschieden⁴, dass die im Interesse des klageführenden Patienten anerkannte **Herabsetzung der Substantiierungslast im Arzthaftungsprozess nicht auf Regressprozesse gegen medizinische Sachverständige nach § 839a BGB übertragbar** ist.⁵ Für derartige Erleichterungen besteht bei der Verfolgung eines Anspruchs aus § 839a BGB weder Bedarf noch Raum. Der Regresskläger ist nämlich auf jedem Sachgebiet dem von ihm in Anspruch genommenen Sachverständigen typischerweise in fachlicher Hinsicht unterlegen. Von daher hat der Regresskläger – ebenso wie bei der Klage gegen andere Sachverständige – schlüssig darzulegen, dass der medizinische Sachverständige mindestens grob fahrlässig ein unrichtiges gerichtliches Gutachten erstattet hat.

b)

Im **Arzthaftungsprozess** wird die **erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der Behandlungsseite** ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den insoweit geltenden maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für ihn gestattet, während es der Behandlungsseite möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären.⁶ An die **Substantiierungspflichten des Patienten im Arzthaftungsprozess** sind **nur maßvolle Anforderungen**

⁴ Beschluss vom 30. Januar 2020 – [III ZR 91/19](#) – GesR 2020, 260 = VersR 2020, 572 ff.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁶ Beschluss vom 18. Februar 2020 – [VI ZR 280/19](#) – GesR 2020, 374 ff. = NJW-RR 2020, 720 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zu stellen.⁷ Vom Patienten kann keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden. Ihm fehlt die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs; er ist nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen.⁸ Die **Patientenseite** darf sich deshalb **auf Vortrag beschränken**, der die **Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet**.

Diese Grundsätze spielen vor allem eine Rolle, wenn es um die **Behauptung eines Hygieneverstoßes** geht. In einem derartigen Fall ist der **Patient nicht verpflichtet, mögliche Entstehungsursachen einer Infektion zu ermitteln und vorzutragen**.⁹ Mit der eingeschränkten Darlegungslast des Patienten geht zur **Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit** zwischen den Parteien regelmäßig eine **gesteigerte Verpflichtung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung (§ 139 ZPO) bis hin zur Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) von Amts wegen einher**, soweit der Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet wird.¹⁰

c)

Eine weitere Entscheidung des VI. Zivilsenats befasst sich mit den **Aufklärungsanforderungen bei einer Lebendorganspende**¹¹.

Die Mutter der Klägerin litt seit dem Jahr 1973 an Hepatitis C und Tuberkulose. Der Gesundheitszustand der Mutter hatte sich zuletzt derart verschlechtert, dass mit ihrem baldigen Tod zu rechnen gewesen wäre, falls nicht eine Lebertransplantation vorgenommen würde. Die Klägerin erwies sich als Tochter als geeignete Spenderin und suchte eine die Transplanta-

⁷ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹⁰ Beschluss vom 25. Juni 2019 – [VI ZR 12/17](#) – juris, Rn. 10; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹¹ Urteil vom 11. Februar 2020 – [VI ZR 415/18](#) – NJW 2020, 2343 f. = VersR 2020, 773 f.

tion übernehmende Klinik. Nach Absage durch zwei andere Universitätskliniken erklärte sich die Beklagte bereit, die Transplantation durchzuführen. Beim anschließenden Versuch einer **Organentnahme musste** diese jedoch **abgebrochen werden**, nachdem nach Öffnung des Abdomens der Klägerin festgestellt wurde, dass deren Leber „fleckig und blau-livid“ war. Postoperativ bildete sich bei der Klägerin eine Narbenhernie, die mehrere Folgeeingriffe erforderlich machte und Grundlage der im anhängigen Verfahren von der Klägerin gegen das beklagte Universitätsklinikum geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens im Zusammenhang mit dem abgebrochenen Versuch einer Leberlebendspende war.¹²

Im Anschluss an eine bereits im Januar 2019 ergangene Senatsentscheidung¹³ bekräftigt der Bundesgerichtshof, dass **eine Haftung der Beklagten nicht nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens entfällt**.¹⁴ Trotz der im Schrifttum aus dogmatischer Sicht geäußerten Kritik¹⁵ hält der VI. Zivilsenat daran fest, dass der Beklagten der **Einwand, die Klägerin hätte auch bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung in die Organentnahme eingewilligt, verwehrt** ist. Der Einwand, der unter Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG inhaltlich nicht ordnungsgemäß aufgeklärte Lebensorganspender wäre auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung mit der Organentnahme einverstanden gewesen (Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens), ist nicht beachtlich, weil dies dem Schutzzweck der gesteigerten Aufklärungsanforderungen des § 8 TPG widerspräche.¹⁶

12 a.a.O., juris, Rn. 1 und 2.

13 Urteil vom 29. Januar 2019 – [VI ZR 495/16](#) – juris, Rn. 40 ff.

14 Urteil vom 11. Februar 2020 – [VI ZR 415/18](#) – juris, Rn. 7.

15 vgl. nur Spickhoff, JZ 2019, 522 (523) f.; Prütting, MedR 2019, 559 ff.; vgl. auch Kreße, MedR 2019, 529 (536).

16 Urteil vom 11. Februar 2020 – [VI ZR 415/18](#) – juris, Rn. 7.

d)

Um Fragen der in § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB kodifizierten **Pflicht des Behandlers zur wirtschaftlichen Information des Patienten** ging es in einem weiteren zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung BGHZ bestimmten Entscheidung des VI. Zivilsenats.¹⁷

Die in § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB kodifizierte Pflicht des Behandlers zur wirtschaftlichen Information des Patienten soll den Patienten vor finanziellen Überraschungen schützen und ihn in die Lage versetzen, die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung zu überschauen. Sie **zielt** allerdings **nicht auf eine umfassende Aufklärung** des Patienten **über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung ab**.¹⁸

In der Sache ging es um einen aus abgetretenem Recht der verstorbenen Ehefrau geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des von der Ehefrau für eine Krampfadertherapie gezahlten ärztlichen Behandlungshonorars. Der Beklagte war Chirurg. Er leitete ein ambulantes Venenzentrum, welches auf die minimalinvasive Behandlung von Venenleiden spezialisiert war. Die Ehefrau des Klägers hatte beim Beklagten eine Behandlung ihrer Krampfadern nach dem „VenaSeal Closure System“ durchführen lassen, wobei diese **neu entwickelte Behandlungsmethode** auf einen dauerhaften Verschluss der erkrankten Venen durch die Einbringung von Bio-Klebstoff abzielte.¹⁹

Vor Beginn der Behandlung war die Patientin darüber aufgeklärt worden, dass das angewandte Therapieverfahren in der gegenwärtig gültigen Fassung der GOÄ nicht gelistet war und deshalb eine sogenannte Analogabrechnung angelehnt an die GOÄ-Ziffern durchgeführt werden sollte. Weiter war sie darüber aufgeklärt worden, dass die private Krankenversicherung unter Umständen nicht alle Gebührensätze der analogen GOÄ-

¹⁷ Urteil vom 28. Januar 2020 – [VI ZR 92/19](#) – BGHZ 224, 256 ff. = GesR 2020, 255 f. = MedR 2020, 575 ff. = NJW 2020, 1211 ff. = ZMGR 2020, 202 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 2.

Rechnung anerkennen würde.²⁰ Die Patientin zahlte für die Behandlung einen Betrag in Höhe von 3.517,50 €, die mit der anhängigen Klage von der Beklagten erstattet verlangt wurden, da der **private Krankenversicherer** eine **Kostenerstattung** mit der Begründung **abgelehnt** hatte, dass es sich bei der als alternative Methode zum Venenstripping und Venenlasern durchgeführten Behandlung um ein wissenschaftlich nicht etabliertes Verfahren handele und eine medizinische Notwendigkeit nicht erkennbar sei. Mit dieser Auffassung setzte sich der Krankenversicherer auch in einem Vorprozess auf Kostenerstattung durch, in dem die Klage der Patientin abgewiesen worden war.²¹

Während die **Vorinstanzen** der **Klage auf Rückerstattung des Behandlungshonorars stattgegeben** hatten, führte die vom Landgericht zugelassene Revision zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur **Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht**. Dabei wurde vom VI. Zivilsenat nicht beanstandet, dass die Vorinstanzen angenommen hatten, der Beklagte habe seine Pflicht zur wirtschaftlichen Information der Patientin aus § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB verletzt²². **Rechtsfehlerhaft war** allerdings **die Beurteilung des Berufungsgerichts, nach der die Informationspflichtverletzung des Beklagten für den Schaden der Patientin kausal geworden war**. Insoweit hatte das Berufungsgericht dem Beklagten rechtsfehlerhaft die Beweislast auferlegt.²³

Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB ist **zwischen gesetzlich- und privatversicherten Patienten zu differenzieren**. Während der Arzt die für den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblichen Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 92 SGB V) aus seiner Abrechnungspraxis kennt, stellt sich die Situation bei Patienten mit privater Krankenversicherung

20 a.a.O., juris, Rn. 3.

21 a.a.O., juris, Rn. 4.

22 a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

23 a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

anders dar.²⁴ Hier liegt die Kenntnis vom Umfang des Versicherungsschutzes grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Patienten. Wenn die in § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB kodifizierte Pflicht des Behandlers zur wirtschaftlichen Information des Patienten auch nicht auf eine umfassende Aufklärung des Patienten über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung abzielt, hat der Arzt, der eine neue, noch nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode anwendet, doch die Möglichkeit in den Blick zu nehmen, dass der private Krankenversicherer die dafür erforderlichen Kosten nicht in vollem Umfang erstattet, und den Patienten darüber zu belehren.²⁵ Die Beweislast dafür, dass sich der Patient bei ordnungsgemäßer Information über die voraussichtlichen Behandlungskosten gegen die in Rede stehende medizinische Behandlung entschieden hätte, trägt nach allgemeinen Grundsätzen allerdings der Patient. Eine Beweislastumkehr erfolgt nicht.²⁶

e)

Der für die **Auswertung eines Befundes** verantwortliche Arzt hat all die Auffälligkeiten zur Kenntnis und zum Anlass für die gebotenen Maßnahmen zu nehmen, die er aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachgebiet vorausgesetzten Kenntnis und Fähigkeiten sowie der Behandlungssituation feststellen muss.²⁷ Die Klägerin hatte sich in der Radiologischen Praxis der Beklagten zweimal einem **Mammografie-Screening** unterzogen, als dessen Ergebnis ihr ein unauffälliger Status mitgeteilt worden war. Nachdem in der Folgezeit Brustkrebs diagnostiziert worden war, nimmt die Klägerin die Beklagte mit der Begründung auf Schadensersatz in Anspruch, die in der Vergangenheit vorgenommenen Mammografie-Screenings seien fehlerhaft bewertet und erforderliche weitere Befunderhebungen unterlassen worden.²⁸

24 a.a.O., juris, Rn. 14 f.

25 a.a.O., juris, Rn. 18.

26 a.a.O., juris, Rn. 25 und 28.

27 Urteil vom 26. Mai 2020 – [VI ZR 213/19](#) – NJW 2020, 2467 ff. = VersR 2020, 1052 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

28 a.a.O., juris, Rn. 3 f.

Das Berufungsgericht hatte den Beklagten im Zusammenhang mit dem zweiten Mammografie-Screening einen **Behandlungsfehler** angelastet und vorgeworfen, es **unterlassen** zu haben, **der Klägerin weitere Untersuchungen zur Abklärung der von ihr geschilderten Mamillenretraktion anzuraten**. Die Beurteilung war revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.²⁹

Ein Arzt muss bei einer Beobachtung, die er im Rahmen seiner Untersuchung macht und die auf eine ernstzunehmende Erkrankung hinweisen kann, auf eine rasche diagnostische Abklärung hinwirken, um vermeidbare Schäden des Patienten auszuschließen. Er darf Auffälligkeiten, die ihm zur Kenntnis gelangen, nicht einfach übergehen. Sogar vor „Zufallsbefunden“, auch solchen, die aus medizinisch nicht gebotenen, aber dennoch veranlassten Untersuchungen herrühren, darf er nicht die Augen verschließen.³⁰

Im Einklang mit diesen Grundsätzen hatten die Beklagten **im Rahmen des Mammografie-Screenings**, dessen Zweck die Früherkennung einer Krebserkrankung war, auf das Erfordernis einer **weiteren Abklärung der Mamillenretraktion im kurativen Bereich** hinzuwirken.³¹ Dem den Beklagten anzulastenden Behandlungsfehler ließ sich **nicht** entgegenhalten, dass diese nach dem **Grundsatz der horizontalen Arbeitsteilung** hätten darauf vertrauen dürfen, dass die von der Klägerin angegebene Mamillenretraktion bei einer Brustkrebsvorsorgeuntersuchung nach dem im kurativen Bereich geltenden Standard abgeklärt worden war.³² Die **Früherkennung des Brustkrebsrisikos fiel gleichermaßen in den Aufgabenbereich der Beklagten als auch der die Klägerin behandelnden Frauenärzte**, wobei die Gefahr, im Rahmen der Mammadiagnostik mögliche Anzeichen für Brustkrebs zu übersehen oder ihnen nicht

29 a.a.O., juris, Rn. 8.

30 a.a.O., juris, Rn. 10.

31 a.a.O., juris, Rn. 11.

32 a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

nachzugehen, sowohl dem kurativen Bereich als auch dem Bereich des Screenings zuzuordnen ist.³³

Mit Recht hatte das Berufungsgericht das Fehlverhalten der Beklagten auch als **Behandlungsfehler und nicht als Befunderhebungsfehler bzw. Diagnoseirrtum oder als Fehler der therapeutischen Aufklärung qualifiziert.**³⁴ Bei der **Abgrenzung** eines Befunderhebungsfehlers von einem Fehler der therapeutischen Aufklärung ist danach zu differenzieren, ob der **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ärztlichen Fehlverhaltens** in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher oder in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs liegt. Wird etwa der Patient zutreffend über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes und die medizinisch gebotenen Maßnahmen einer weiteren Kontrolle informiert und **unterbleibt (lediglich) der Hinweis auf die Dringlichkeit der gebotenen Maßnahmen, so liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit regelmäßig in dem Unterlassen von Warnhinweisen.** Fehlt es dagegen schon an dem Hinweis, dass ein kontrollbedürftiger Befund vorliegt und dass Maßnahmen zur weiteren Abklärung medizinisch geboten sind, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit regelmäßig in der unterbliebenen Befunderhebung.³⁵

f)

Mit der Haftung eines **vom Durchgangsarzt** – nach Anordnung der besonderen Heilbehandlung – **hinzugezogenen Radiologen** für einen **Diagnosefehler** befasst sich eine weitere Entscheidung des VI. Zivilsenats.³⁶

Nach Art. 34 Satz 1 GG haftet anstelle eines Bediensteten, soweit dieser in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat, die Stadt oder die Körperschaft, in dessen Dienst er steht. Die persönliche

³³ a.a.O., juris, Rn. 17.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 18 ff.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 22 ff.

³⁶ Urteil vom 10. März 2020 – [VI ZR 281/19](#) – GesR 2020, 445 ff. = NJW-RR 2020 790 ff. = VersR 2020, 914 ff. = ZMGR 2020, 206 ff.

Haftung des Bediensteten ist in diesem Fall ausgeschlossen. **Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich** nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist** und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so **enger äußerer und innerer Zusammenhang** besteht, dass die Handlung ebenfalls noch den Bereich hoheitlicher Betätigung angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, d.h. auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abstellen.³⁷

Die **ärztliche Heilbehandlung** ist allerdings **regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 34 GG**. Auch stellt die ärztliche **Behandlung nach einem Arbeitsunfall** keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe dar. Der Arzt, der nach einem derartigen Arbeitsunfall die ärztliche Behandlung durchführt, übt deshalb **kein öffentliches Amt** aus und haftet für Fehler persönlich.³⁸

Die **Tätigkeit eines Durchgangsarztes** selbst ist jedoch **nicht ausschließlich dem Privatrecht** zuzuordnen. Bei der gemäß § 34 Abs. 1 SGB VII i.V.m. § 27 Abs. 1 des nach § 34 Abs. 3 SGB VII geschlossenen Vertrages Ärzte/Unfallversicherungsträger – zu treffenden **Entscheidung, ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist**, erfüllt der Durchgangsarzt **eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe**.

Wenn damit auch eine vom Durchgangsarzt im Rahmen der Eingangsunter-suchung vorgenommene Untersuchung zur Diagnosestellung und die anschließende Diagnosestellung als hoheitlich im Sinne von Art. 34 Satz 1 GG; § 839 BGB zu qualifizieren ist, geht es **hier nicht um einen Diagnosefehler des Durchgangsarztes selbst, sondern um einen Diagno-**

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

sefehler des vom Durchgangsarzt hinzugezogenen Facharztes. Soweit die Vorinstanzen die Tätigkeit der zugezogenen Radiologen als hoheitliche Tätigkeit qualifiziert hatten, da sie auf Veranlassung eines Durchgangsarztes erfolgt seien und dazu dienten, dem Durchgangsarzt eine endgültige Diagnosestellung zu ermöglichen, hat sich der Bundesgerichtshof dem nicht angeschlossen und die klageabweisende Instanzenentscheidung aufgehoben.³⁹ Soweit es nach § 12 Abs. 1 des Vertrages der Ärzte/Unfallversicherungsträger zur Klärung der Diagnose und/oder zur Mitbehandlung erforderlich ist, **Ärzte anderer Fachrichtungen hinzuziehen**, wird dem **hinzugezogenen Arzt dadurch kein öffentliches Amt anvertraut.**⁴⁰ **Anderes kann gelten**, wenn der **hinzugezogene Arzt dem Hoheitsträger selbst obliegende Aufgabe erledigt** und ihm insoweit ein öffentliches Amt anvertraut ist. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn der hinzugezogene Arzt in dem Bereich der Tätigkeit des hinzuziehenden Durchgangsarztes handelt, der hoheitlicher Natur ist. Vorliegend hatte der Durchgangsarzt den in Anspruch genommenen Radiologen allerdings nicht in Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben hinzugezogen,⁴¹ mit der Folge, dass danach eine eigene zivilrechtliche Haftung des hinzugezogenen Radiologen in Betracht kam.

g)

Die regelmäßige **Verjährungsfrist nach § 195 BGB** wird mangels **grob fahrlässiger Unkenntnis** von den den Anspruch begründenden Umständen im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB grundsätzlich nicht schon dann in Lauf gesetzt, wenn es der Geschädigte oder sein Wissensvertreter unterlässt, Krankenhausunterlagen auf ärztliche Behandlungsfehler hin zu überprüfen.⁴²

Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB beginnt die maßgebliche Verjährungsfrist von 3 Jahren bei Schadensersatzansprüchen wegen ärztlicher

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁴² Urteil vom 26. Mai 2020 – [VI ZR 186/17](#) – NJW 2020, 2354 ff. = VersR 2020, 1109 ff.

Behandlungsfehler mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Kläger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Hinsichtlich ärztlicher Behandlungsfehler kann die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche **Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis** von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners **nicht schon dann bejaht** werden, wenn dem Patienten oder seinem gesetzlichen Vertreter **lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt** ist. Er muss vielmehr auch auf einen ärztlichen Behandlungsfehler als Ursache dieses Misserfolgs schließen können. Dazu muss er nicht nur die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn als medizinischen Laien ergibt, dass der behandelnde Arzt von dem üblichen medizinischen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren.⁴³

Soweit das Berufungsgericht eine zumindest grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers auf vorhandenes medizinisches **Fachwissen des Prozessvertreters des Klägers** abgestellt hatte, lag derartiges Wissen bei dem **mit der Bearbeitung des Mandats beauftragten Rechtsanwalt nicht** vor. Der Kläger hatte das Mandat allerdings nicht nur dem bearbeitenden Rechtsanwalt, sondern der Gesamtsozietät erteilt, so dass sich die Frage stellte, ob **alle Sozien zu Wissensvertretern** für die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB werden und deshalb eine **Zusammenrechnung des Wissens der Sozien** zu erfolgen hat. Eine **Wissenserstreckung** von mit der Mandatsführung nicht betrauten Sozien **dürfte ausscheiden**. Für das einzelne Mandat eingebrachtes oder erworbenes Fachwissen außerhalb von Rechtskenntnissen, aus nicht juristischen Wissensgebieten wie beispielsweise Medizin, gehört nämlich im Regelfall nicht zu dem in einer Sozietät notwendig

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 14.

auszutauschenden und in ein Informationssystem einzuspeisenden Wissen.⁴⁴ Im Streitfall bedurfte die Frage der möglichen Wissenszurechnung jedoch keiner Entscheidung, da unabhängig von etwaigem vorhandenem medizinischem Fachwissen der Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis nicht mit der Begründung erhoben werden konnte, die Prozessbevollmächtigten des Klägers hätten nach Eingang der Behandlungsunterlagen Ende September 2006 noch vor dem Jahresende diese Unterlagen prüfen und ihnen Hinweise auf schuldhaftes Verhalten der Beklagten entnehmen müssen und können.⁴⁵

h)

Eine weitere in der Berichtsperiode verkündete Entscheidung des VI. Zivilsenats betraf die Frage, inwieweit im Falle einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung die Verpflichtung besteht, die **Kosten einer verletzungsbedingt erforderlichen Begleitung des Geschädigten durch Betreuungspersonen** zu ersetzen (hier: behinderungsbedingte Mehrkosten einer Reise nach Gran Canaria).⁴⁶ Konkret ging es um die Auslegung eines Vergleichs, in dem geregelt war:

„Pflege- und Betreuungskosten, die ab Vollendung des 25. Lebensjahres entstehen, sollen ab Vollendung des 25. Lebensjahres neu geregelt werden. **Unter Beachtung der dann vorliegenden medizinischen Notwendigkeit** sind die tatsächlich entstehenden und konkret nachzuweisenden Kosten zu erstatten, unter Anrechnung gesetzlicher Leistungen sowie der Leistungen von Sozialversicherungsträgern.“⁴⁷

Die aufgrund einer fehlerhaften medizinischen Behandlung nach der Entbindung schwerstbehinderte Klägerin, die sich nicht selbst bewegen und ihre Wünsche und Bedürfnisse nicht verbal äußern konnte, nahm die

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁴⁶ Urteil vom 10. März 2020 – [VI ZR 316/19](#) – GesR 2020, 448 ff. = NJW 2020, 2113 ff. = VersR 2020, 856 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 2.

Beklagte unter Bezugnahme auf die vorstehende Vergleichsregelung auf Ersatz der **behinderungsbedingten Mehrkosten einer Urlaubsreise** in Anspruch. Konkret war die Klägerin im Jahre 2014 mit drei Betreuungspersonen (ihren Eltern sowie einer weiteren Person) für eine Woche in ein auf die Bedürfnisse schwerbehinderter Menschen spezialisiertes Hotel auf Gran Canaria gereist, wobei der Klägerin durch die Reisedurchführung mit Rollstuhltransport und Unterbringung in einem entsprechend spezialisierten Hotel Kosten in Höhe von 1.740,00 € für sie selbst und 1.430,00 € für jede der drei Begleitpersonen entstanden waren.

Soweit das Berufungsgericht die der Klägerin aufgrund ihrer Behinderung entstandenen Mehrkosten für ihre eigene Reise und die Reisekosten der für ihre Rundumbetreuung erforderlichen Begleitpersonen als zu erstattende Kosten im Sinne von Ziff. 3 des Vergleichs angesehen hatte, war dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die **Auslegung von Individualvereinbarungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters**. Dessen Auslegung unterliegt im Revisionsverfahren nur einer eingeschränkten Überprüfung im Hinblick darauf, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden wäre.⁴⁸ Derartige Rechtsfehler lagen nicht vor. Die Auslegung des Berufungsgerichts war nach Auffassung des VI. Zivilsenats weder wort-sinnwidrig noch verstieß sie gegen das Gebot der nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung.⁴⁹

i)

Der XII. Zivilsenat hat über die Frage der **Zulässigkeit einer gerichtlichen Genehmigung der Zwangsbehandlung** von an Schizophrenie erkrankten Betroffenen **durch Elektrokonvulsionsthera-**

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

pie/Elektrokampftherapie (EKT) entschieden.⁵⁰ Als notwendig können nur ärztliche Zwangsmaßnahmen angesehen werden, deren Durchführung einem breiten medizinisch-wissenschaftlichen Konsens entspricht. Derartiger Konsens kann sich namentlich in wissenschaftlichen Stellungnahmen des Beirats der Bundesärztekammer sowie durch medizinische Leitlinien äußern.⁵¹ **Falls der an Schizophrenie leidende Betreute einer Elektrokonvulsionstherapie/ Elektrokampftherapie (EKT) ausdrücklich widerspricht, ist die Einwilligung des Betreuers in deren zwangsweise Durchführung im Regelfall nicht genehmigungsfähig.**⁵²

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Das Recht der privaten Krankenversicherung fällt in den Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

a)

Dieser hat in der Berichtsperiode entschieden, dass die **Kosten einer begleitend** zu einer In-Vitro-Fertilisation (IVF) mit intrazytoplasmatischer Spermieninjektion (ICSI) **durchgeführten Präimplantationsdiagnostik (PID)** vom privaten Krankenversicherer nicht erstattet werden muss.⁵³

Mit Recht war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die auf körperlichen Ursachen beruhende Unfähigkeit des Klägers, auf natürlichem Wege ein Kind zu zeugen, eine bedingungsgemäße Krankheit im Sinne von § 1 Abs. 1 und 2 MB/KK darstellt.⁵⁴ Wird – wie hier – eine IVF in Kombination mit einer ICSI vorgenommen, um eine solche organisch bedingte Unfruchtbarkeit eines Mannes zu überwinden, ist dies eine

⁵⁰ Beschluss vom 15. Januar 2020 – [XII ZB 381/19](#) – ArztR 2020, 154 ff. = GesR 2020, 252 ff. = MedR 2020, 673 ff. = NJW 2020, 1581 ff.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 27.

⁵³ Urteil vom 20. Mai 2020 – [IV ZR 125/19](#) – NJW 2020, 2335 ff. = VersR 2020, 966 ff.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 12.

insgesamt auf dieses Krankheitsbild abgestimmte Heilbehandlung, die darauf gerichtet ist, diese Unfruchtbarkeit zu lindern.⁵⁵ Dies gilt indes nicht für die **Blastozystenkultur und PID**. Insoweit hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, diese Maßnahmen stellten **keine bedingungs-gemäße Heilbehandlung** des Klägers dar, weshalb dahinstehen könne, ob die bloße Trägerschaft des vererblichen Gendefektes eine bedingungs-gemäße Krankheit sei.⁵⁶ Blastozystenkultur und PID waren in der Kombi-nation mit einer IVF/ICSI-Behandlung des Klägers nicht medizinisch notwendig.⁵⁷

b)

Eine **Ruptur der Supraspinatussehne** ist eine **Verletzung „an Gliedma-ßen“** im Sinne von Ziff. 1.4.1. der Allgemeinen Unfallversicherungsbedin-gungen (AUB 2008).⁵⁸ Bei der Beurteilung von Verletzungen in Bereichen, in welchen die Gliedmaßen – also Arme und Beine – mit dem Rumpf verbunden sind, wird sich der Versicherungsnehmer zunächst am Wortlaut von Ziff. 1.4.1. AUB 2008 orientieren. Er wird erkennen, dass die Klausel keine Verletzung der Gliedmaßen selbst fordert, sondern eine Verletzung an Gliedmaßen. Das wird er dahingehend verstehen, dass auch solche Körperteile erfasst werden sollen, die sowohl mit Gliedmaßen als auch mit dem Rumpf verbunden sind. Dazu wird er die im Streitfall verletzte Supraspinatussehne zählen, die als Teil der Rotatorenmanschette den Oberarm mit Schulter und Rumpf verbindet.⁵⁹

Wenn die Verletzung der Supraspinatussehne damit grundsätzlich auch Versicherungsschutz auslösen konnte, stellte sich im Streitfall die weitere Frage, ob eine **Vorschädigung im Sinne von Ziff. 3 AUB 2008** vorlag.⁶⁰ Haben Krankheiten oder Gebrechen bei der durch ein Unfallereignis verursachten Gesundheitsschädigung mitgewirkt, mindert sich gemäß Ziff.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

⁵⁸ Urteil vom 22. Januar 2020 – [IV ZR 125/18](#) – NJW 2020, 1297 ff. = VersR 2020, 414 ff. = zfs 2020, 219 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁶⁰ dazu a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

3 Satz 2 AUB 2008 der Invaliditätsgrad entsprechend dem Anteil der Krankheit oder des Gebrechens. Insoweit hatten die Vorinstanzen aufgrund einer beim Kläger infolge eines Unfalls im Jahre 2002 verbliebenen Vorschädigung der Supraspinatussehne ein Gebrechen im Sinne von Ziff. 3 AUB 2008 angenommen, welches zu 90 % an der verursachten und der Klage zugrundeliegenden Gesundheitsschädigung mitgewirkt hatte. Der Bundesgerichtshof hat dies revisionsrechtlich hingenommen und ansonsten ausgeführt, dass sich **Ziff. 3 Satz 1 AUB 2008 nicht als intransparent** erweist.⁶¹

c)

Im Bereich der Unfallversicherung hat der IV. Zivilsenat innerhalb der Berichtsperiode ansonsten noch zur Wirksamkeit der **Leistungsschlussklausel** eines **Unfallversicherers** hinsichtlich **Krankenhaustagegeldes bei stationärem Aufenthalt in einer Rehaklinik** entschieden.⁶²

Eine Unfallversicherungsbedingung, nach der Krankenhaustagegeld bei einem Aufenthalt in Sanatorien, Erholungsheimen und Kuranstalten entfällt, schließt diesen Anspruch auch für den Aufenthalt in einer Rehaklinik aus.⁶³

3. Berufsrecht der Heilberufe

Zum Berufsrecht der Heilberufe hat der Bundesgerichtshof in der Berichtsperiode

– soweit ersichtlich – keine Entscheidungen abgesetzt.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

⁶² Urteil vom 08. Januar 2020 – [IV ZR 240/18](#) – NJW 2020, 929 ff. = r + s 2020, 163 ff. = VersR 2020, 283 ff.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

In Bezug auf diesen Themenkreis fehlt es für das erste Halbjahr 2020 ebenfalls an einschlägigen Judikaten.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Zum Vergütungsrecht der Heilberufe kann ebenfalls nicht über einschlägige drittinstanzliche Entscheidungen berichtet werden.

6.

Krankenhausrecht

Zur **Umsatzsteuerproblematik** bei der **Abgabe von Zytostatika durch eine Krankenhausapotheke** liegen zwei Entscheidungen des VIII. Zivilsenats vor.

a)

Stellt ein Krankenhaus in seiner hauseigenen Apotheke individuell **Zytostatika für eine ambulante Behandlung des Patienten** her, kommt regelmäßig (stillschweigend) eine Bruttopreisabrede zustande, bei der der darin enthaltene Umsatzsteueranteil lediglich einen unselbständigen Preisbestandteil bildet. Die zwischen Patienten und Krankenhaus ge-

troffenen Vergütungsvereinbarungen sind regelmäßig als **Bruttopreisabreden** zu werten.⁶⁴

Die streitgegenständliche Fallkonstellation zeichnete sich dadurch aus, dass das **Krankenhaus in seinen Rechnungen** die (materiell-rechtlich nicht angefallene) **Umsatzsteuer in einer den Anforderungen der §§ 14 Abs. 4 Nr. 7 und 8; 14c Abs. 1 UStG entsprechenden Weise eingestellt** hatte. Die Ausgangslage unterschied sich damit von den Sachverhaltsgestaltungen verschiedener durch den VIII. Zivilsenat bereits im Jahre 2019 entschiedenen Verfahren.⁶⁵

Der VIII. Zivilsenat hat die **Sache in die Berufungsinstanz zurückgegeben** (§§ 562 Abs. 1; 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), da das Berufungsgericht bislang keine ausreichenden Feststellungen zur Vornahme von Vorsteuerabzügen und zu der Frage getroffen hatte, ob und welche Zinsschäden der Beklagten infolge einer Rechnungskorrektur und einer Berichtigung des Steuerbetrags gegenüber dem Finanzamt entstehen würden.⁶⁶

b)

Ob Rückforderungsansprüche eines privaten Krankenversicherers **beim Ansatz einer (materiell-rechtlich nicht angefallenen) Umsatzsteuer** für die Herstellung und Verabreichung von Zytostatika aufgrund einer ergänzenden Auslegung der geschlossenen Werklieferungsverträge **bestehen, kann nicht ohne Klärung der Frage beurteilt werden, ob Rechnungen mit gesondertem Steuerausweis nach § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG gestellt wurden.**⁶⁷ Dies ist anzunehmen, wenn die Rechnungen die in § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8 UStG genannten Angaben enthalten.⁶⁸ Die von den Vertragsparteien im Zusammenhang mit der Umsatzsteuerprob-

⁶⁴ Urteil vom 10. Juni 2020 – [VIII ZR 360/18](#) – juris, Rn. 30; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁵ vgl. dazu unseren Newsletter für das 1. Halbjahr 2019, S. 23 f. und die Urteile vom 20. Februar 2019 – [VIII ZR 7/18](#) – VIII ZR [66/18](#) – VIII ZR [115/18](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt) und VIII ZR [189/18](#) –

a.a.O., juris, Rn. 71.

⁶⁷ Urteil vom 06. Mai 2020 – [VIII ZR 44/19](#) – NJW-RR 2020, 851 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 34 ff.

ematik nicht geregelt und auch nicht bedachten Umstände können dazu führen, die getroffenen Abreden im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung einer angemessenen, interessengerechten Lösung zuzuführen. **Ob und wie eine derartige ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen ist, hängt maßgeblich von der Frage ab, ob die von der Beklagten ausgestellten Rechnungen mit gesondertem Steuerausweis nach § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG erfolgt sind oder nicht.** Letzteres hatte das Berufungsgericht offen gelassen⁶⁹, was zur Aufhebung der Sache und zur Zurückverweisung an die Berufungsinstanz führte.⁷⁰

c)

Endlich hatte sich der VIII. Zivilsenat im Zusammenhang mit den Zytostatika-Abrechnungen mit einer Fallkonstellation zu befassen, in der das **Berufungsgericht** bewusst von der ihm zur Kenntnis gebrachten **Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats abgewichen war**, ohne den Parteien hierzu vorab einen konkreten Hinweis erteilt oder ihnen ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben.⁷¹

Das Berufungsgericht hatte entschieden, eine ergänzende Vertragsauslegung nach den vom Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 20. Februar 2019⁷² aufgestellten Grundsätzen komme im Streitfall mangels planwidriger Regelungslücken nicht in Betracht, weil es aufgrund unzureichenden Parteivortrags an Anhaltspunkten dafür fehle, dass auch die Patienten vom Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen seien, und dadurch eine **Überraschungsentscheidung** getroffen.⁷³ **Darin hat der VIII. Zivilsenat einen Gehörsverstoß gesehen.**

Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) normiert zwar keine umfassende Frage-, Ausklärungs- und Informations-

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 49.

⁷¹ Beschluss vom 12. Mai 2020 – [VIII ZR 171/19](#) – NJW 2020, 2730 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁷² Urteile – [VIII ZR 7/18](#) – VIII ZR [66/18](#) – VIII ZR [115/18](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt) und VIII ZR [189/18](#) –.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

pflicht des Gerichts, insbesondere nicht im Blick auf dessen Rechtsansichten.⁷⁴ Ein **Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt aber vor, wenn das Gericht einen Sachverhalt oder ein Vorbringen in einer Weise würdigt, mit der ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem vorherigen Verfahrensverlauf nicht rechnen konnte.**⁷⁵ Stützt das Gericht dabei seine Würdigung auf aus seiner Sicht unzureichenden Parteivortrag, den es für entscheidungserheblich ansieht, muss es die Parteien unmissverständlich darauf hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihr Vorbringen zu ergänzen.⁷⁶

Dieser Verpflichtung war das Berufungsgericht nicht nachgekommen. Es hatte das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke in Abweichung zu der von ihm nur unzureichend erfassten Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats und unter Heranziehung sachfremder Erwägungen mit der rechtsfehlerhaften Begründung abgelehnt, das Landgericht habe nicht festgestellt, dass auch die Patienten einer Fehlvorstellung über das Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht unterlegen seien. Bei einer solchen Würdigung musste aber ein kundiger und gewissenhaft agierender Prozessbeteiligter nicht rechnen.⁷⁷

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um das Arzneimittel- und Medizinprodukterecht ranken sich Judikate des 1. sowie 4. Strafsenats sowie des I., VII. und X. Zivilsenats.

⁷⁴ a.a.O. juris, Rn. 12.
⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.
⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.
⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 14.

a)

Zwei Beschlüsse des 1. Strafsenats⁷⁸ bzw. 4. Strafsenats⁷⁹ befassen sich zum einen mit der **Strafbarkeit von vorsätzlichem Inverkehrbringen von bedenklichen Arzneimitteln und auch Heilmitteln**, die bei Krebsleiden im Endstadium, Autismus sowie bei anderen Krankheiten als Nahrungsergänzungsmittel verkauft worden waren und über einen Placebo-Effekt hinaus keinen medizinischen Nutzen hatten, und zum anderen mit der **Strafbarkeit eines Apothekers wegen Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und Abrechnungsbetrugs**.

b)

Der I. Zivilsenat hat entschieden, dass der Vertrieb von Arzneimitteln aus den Niederlanden mittels eines in Deutschland betriebenen sog. **Arzneimittelabgabeautomaten** gegen die Beschränkungen bei der Abgabe von Arzneimitteln, insbesondere die nationale Apothekenpflicht (§ 43 Abs. 1 Satz 1 AMG) und die Modalitäten eines zulässigen Versands nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG verstößt.⁸⁰ Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht veranlasst ist.⁸¹

c)

Die **Verwendung gesundheitsbezogener Angaben in der Werbung für Lebensmittel** ist verführerisch und hat eine lange Tradition. Durch die **Verordnung Nr. 1924/2006 (EU) über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln** wurde sie aber streng reglementiert.⁸² Verweise auf allgemeine, nicht – spezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder gesundheitsbezogene Wohlbefinden sind nach § 10 Abs. 3 der Verordnung nur zulässig, wenn ihnen eine zugelassene spezifische gesundheitsbezogene

⁷⁸ Beschluss vom 12. Februar 2020 – [1 StR 518/19](#) – GesR 2020, 336 f.

⁷⁹ Beschluss vom 10. Juni 2020 – [4 StR 503/19](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁸⁰ Beschlüsse vom 30. April 2020 – [I ZR 122/19](#) – I ZR [123/19](#) und I ZR [155/19](#) – PharmR 2020, 560 ff.

⁸¹ Beschluss vom 30. April 2020 – [I ZR 123/19](#) – juris, Rn. 2 ff.

⁸² vgl. Omsels, juris PR-WettbR 9/2020 Anm. 3.

Angabe beigefügt ist. Der **Wortlaut der Verordnung lässt** allerdings **offen, ob** für Angaben nach Art. 10 Abs. 3 ein **wissenschaftlicher Nachweis** entsprechend Art. 5 und 6 der Verordnung **vorliegen muss und was „beifügen“ heißt**. Damit befasst sich eine Entscheidung des I. Zivilsenats.⁸³

Für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben müssen – anders als für spezielle gesundheitsbezogene Angaben – **keine unmittelbaren wissenschaftlichen Nachweise** im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 **erbracht werden**. Vielmehr genügt es, dass für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben dadurch mittelbare wissenschaftliche Nachweise erbracht werden, dass ihnen spezielle gesundheitsbezogene Angaben beigefügt sein müssen, die durch wissenschaftliche Nachweise belegt sind.⁸⁴

Der **Begriff „beifügen“** im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 hat eine **materielle und eine visuelle Dimension**.⁸⁵ In seiner materiellen Dimension erforderte er eine inhaltliche Entsprechung zwischen der allgemeinen gesundheitsbezogenen Angabe und der speziellen gesundheitsbezogenen Angabe, was im Wesentlichen voraussetzt, dass die spezielle Angabe die allgemeine Angabe umfassend untermauert. Diese visuelle Dimension des Erfordernisses des „Beifügens“ im Sinne der Verordnung bezieht sich auf die sofortige Wahrnehmung eines unmittelbaren visuellen Zusammenhangs zwischen dem Verweis auf die allgemeinen, nicht spezifischen Vorteile für die Gesundheit und der speziellen gesundheitsbezogenen Angabe durch einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher und erfordert grundsätzlich eine räumliche Nähe oder unmittelbare Nachbarschaft zwischen dem Verweis und der Angabe. Können die speziellen gesundheitsbezogenen Angaben wegen ihrer großen Zahl oder Länge

⁸³ Urteil vom 25. Juni 2020 – [I ZR 162/16](#) – GRUR 2020, 1007 ff. = WRP 2020, 1306 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 24

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

nicht vollständig auf der Seite der Verpackung erscheinen, auf der sich der Beweis befindet, den sie untermauern sollen, kann das Erfordernis eines unmittelbaren visuellen Zusammenhangs ausnahmsweise durch einen ausdrücklichen Hinweis wie etwa einen Stern erfüllt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass damit klar und für den Verbraucher vollkommen verständlich die inhaltliche Entsprechung zwischen den gesundheitsbezogenen Angaben und dem Verweis in räumlicher Hinsicht sichergestellt wird.⁸⁶

d)

Der VII. Zivilsenat war mit der **Haftung** der vom Hersteller fehlerhafter **Silikonbrustimplantate** beauftragten **Benannten Stelle** gegenüber Patientinnen befasst.⁸⁷

Er hatte entschieden, dass die vom Hersteller beauftragte **Benannte Stelle** gemäß der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte gegenüber Patientinnen, denen Silikonbrustimplantate dieses Herstellers eingesetzt wurden, **nicht nach den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haftet**.⁸⁸ Eine deliktische Haftung der Benannten Stelle gemäß der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte gegenüber den Endempfängern der Medizinprodukte ist aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen. Bei der im Medizinproduktegesetz getroffenen Regelung zum EU-Konformitätsbewertungsverfahren und den Rechten und Pflichten der Benannten Stelle der Medizinprodukte der Klasse III in § 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 37 MPG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 MPV und Anhang II der Richtlinie 93/42/EWG handelt es sich um ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Der Schutz der Endempfänger der Medizinprodukte soll danach nicht durch den Hersteller, sondern auch durch die Benannte Stelle gewährleistet werden⁸⁹

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁷ Urteil vom 27. Februar 2020 – [VII ZR 151/18](#) – GesR 2020, 305 ff. = NJW 2020, 1514 ff. = VersR 2020, 921 ff.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 33.

Während die Klägerin, eine Krankenkasse, mit ihrer Klage gegen die Beklagte aus übergegangenem Recht auf Schadensersatz wegen von ihr erstatteter Kosten für Revisionsoperationen in den Vorinstanzen gescheitert war, hat der Bundesgerichtshof den Rechtsstreit auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.⁹⁰

e)

Ansonsten ist noch über zwei **Patentverfahren** beim X. Zivilsenat zu berichten.

Eine Entscheidung⁹¹ beschäftigt sich mit der **Patentfähigkeit** eines **Inhibitors für cyclische Guanosin-3',5'-monophosphat-spezifische Phosphodiesterase Typ 5 (PDE5) und seine Verwendung in einer pharmazeutischen Einheitsdosisform**. In der Sache ging es um die Bewertung der erfinderischen Tätigkeit bei Beanspruchung einer arzneilichen Formulierung mit einem spezifischen Wirkstoff zur täglichen – anstelle einer situativen – Einnahme in einer bestimmten (niedrigen) Tageshöchstdosierung und deren entsprechende Verwendung für bestimmte medizinische Indikationen.⁹² Die gegen die Entscheidung des Patentgerichts, welches das Streitpatent für nichtig erklärt hatte, beim Bundesgerichtshof anhängig gemachte Berufung blieb erfolglos.⁹³

Die zweite Patentnichtigkeitssache betraf eine **Vorrichtung zum Entfernen äußerer Hautschichten und zur Aufnahme des betreffenden Gewebes**.⁹⁴ Auch hier hatte das Patentgericht das Streitpatent für nichtig erklärt, ohne dass die Berufung zu einer Abänderung dieser Entscheidung geführt hätte.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

⁹¹ Urteil vom 21. Januar 2020 – [X ZR 65/18](#) – GRUR 2020, 603 ff. = PharmR 2020, 481 ff.

⁹² Gröning, juris PR-WettbR 5/2020 Anm. 3.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

⁹⁴ Urteil vom 26. Mai 2020 – [X ZR 137/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

In der Berichtsperiode haben sich der VI. sowie der VIII. Zivilsenat mit Rechtsfragen des Apothekenrechts befasst.

a)

In dem vom VI. Zivilsenat entschiedenen Fall verlangte der Kläger von der beklagten Apothekerin **nach fehlerhafter Herstellung eines Medikaments** weiteren materiellen und immateriellen **Schadensersatz**.⁹⁵ Die vom Kläger geführte Nichtzulassungsbeschwerde führte wegen des vom Berufungsgericht versagten **Haushaltsführungsschadens** gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.⁹⁶

Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen; dadurch soll sichergestellt werden, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, die ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags einer Partei haben.⁹⁷ Der Bundesgerichtshof entnimmt Art. 103 Abs. 1 GG in ständiger Rechtsprechung, dass eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen darf, vom Berufungsgericht einen Hinweis zu erhalten, wenn dieses in einem entscheidungserheblichen Punkt der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält. Der Hinweis muss dabei grundsätzlich so rechtzeitig erteilt werden, dass der Beru-

⁹⁵ Beschluss vom 21. Januar 2020 – [VI ZR 346/18](#) – NJW-RR 2020, 574 f. = VersR 2020, 1223 f.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 4 ff.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

fungsbeklagte noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagieren kann.⁹⁸

Gegen diese Pflichten hatte das Berufungsgericht verstoßen. Es hatte dem **in erster Instanz** in Bezug auf den Haushaltsführungsschaden **siegreichen Kläger** den **Hinweis**, es bedürfe einer Darstellung, welche Zeiten der Tätigkeit seiner Lebensgefährtin er als Pflege- und Betreuung und – in Abgrenzung hierzu – für die Haushaltsführung geltend mache, **erst in der mündlichen Berufungsverhandlung** erteilt und diese geschlossen, obwohl dem Kläger eine sofortige Erklärung in der Sache angesichts des damit verbundenen Rechercheaufwandes ersichtlich nicht möglich war. Vor dem Hintergrund des darin liegenden **Verfahrensfehlers** war das Berufungsgericht **im Rahmen des § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verpflichtet, sich mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz**, in dem der Kläger auf den Hinweis reagiert hatte, **inhaltlich zu befassen** und dessen Entscheidungserheblichkeit zu prüfen. Eine solche Prüfung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil es der Kläger versäumt hatte, im Termin einen Schriftsatznachlass zu beantragen.⁹⁹

b)

Vom VIII. Zivilsenat wurden weitere Rechtstreite entschieden in denen es um Rückforderungsansprüche beim Ansatz von (materiell-rechtlich nicht angefallenen) Umsatzsteuern im Zusammenhang mit der Herstellung und Verabreichung von Zytostatika ging.¹⁰⁰

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Hier ist über Entscheidungen des IV. und VI. Zivilsenats zu berichten.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹⁰⁰ Vgl. oben unter 6. a) und b).

a)

Eine beim IV. Zivilsenat anhängig gemachte Rechtsbeschwerde richtete sich in einer Krankentagegeldversicherungssache gegen die **Verwerfung einer Berufung als unzulässig**.¹⁰¹

Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzungen und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben; gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss sie konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und der Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen zwar nicht. Die **Berufungsbegründung muss aber auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen und lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen**.¹⁰²

Bei Stattgabe der Rechtsbeschwerde hält die Entscheidung des IV. Zivilsenats fest, dass die Begründung der Berufung des Klägers im vorliegenden Fall den vorbenannten Anforderungen genüge. Sie richtete sich gegen die das Urteil des Landgerichts tragende Feststellung, der Kläger sei seit dem 14. April 2016 bedingungsgemäß berufsunfähig. Insoweit hatte das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zwar zutreffend angenommen, dass der Deckungsanspruch des Klägers nach § 1 Abs. 3 AVB auch weiteren Voraussetzungen unterliegt. Auf diese musste die Berufungsbegründung aber nicht eingehen. Das Landgericht hatte sein Urteil, soweit es zulasten des Klägers entschieden hatte, auf § 15 Buchst.

¹⁰¹ Beschluss vom 20. Mai 2020 – [IV ZB 19/19](#) – NJW-RR 2020, 1114 f.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 7.

b AVB und die Frage der Berufsunfähigkeit gestützt, nicht aber auf § 1 Abs. 3 AVB und die Fragen, ob der Kläger in dem von der Berufung betroffenen Zeitraum vollständig arbeitsunfähig war und keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. **Zu Umständen, die eine abweisende Entscheidung möglicherweise auch stützen würden, die in der Begründung des angefochtenen Urteils aber nicht angeführt werden, muss die Berufungsbegründung nicht Stellung nehmen.**¹⁰³ **Ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind, ist für die Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung.**¹⁰⁴

b)
Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht kommen als Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO in Betracht.¹⁰⁵

Nach § 485 Abs. 2 ZPO kann eine Partei, solange ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen unter anderem dann beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat, dass der **Zustand einer Person** (Satz 1 Nr. 1) oder die **Ursache eines Personenschadens** (Satz 1 Nr. 2) festgestellt wird. In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat bereits entschieden, dass die **Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens** nach § 485 Abs. 2 ZPO **auch in Arzthaftungssachen in Betracht** kommt. In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist allerdings in der Folge streitig geblieben, ob dies nur für Beweisfragen gilt, die sich auf die Feststellung von (groben) Behandlungsfehlern beziehen, oder **auch für Beweisfragen in Bezug auf das Vorliegen von Aufklärungsmängeln.**¹⁰⁶

Der VI. Zivilsenat stellt mit der jetzt vorliegenden Entscheidung klar, dass Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁰⁵ Beschluss vom 19. Mai 2020 – [VI ZB 51/19](#) – NJW 2020, 2273 ff.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 8.

Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO sein können. Fragen an den medizinischen Sachverständigen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht **betreffen die Ursache eines Personenschadens** und sind der in § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO genannten Fallgruppe zuzuordnen.¹⁰⁷

Allerdings müssen die im selbstständigen Beweisverfahren gestellten **Beweisfragen die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, bezeichnen** (§ 487 Nr. 2 ZPO) und dafür einen hinreichenden Bezug zu dem dem Streitfall zugrunde liegenden Sachverhalt aufweisen. In diesem Sinne **rein „abstrakte“ Fragestellungen sind unzulässig**. Im Übrigen darf aber die Frage der Zweckmäßigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens, die im Einzelfall durchaus zweifelhaft sein mag, nicht mit der Frage seiner Zulässigkeit vermengt werden.¹⁰⁸

c)

Wie bereits an anderer Stelle dieses Newsletters ausgeführt, verpflichtet das **Gebot rechtlichen Gehörs** die Gerichte, die Ausführungen der Parteien in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidung in Erwägung zu ziehen. **Dieses Gebot verpflichtet die Gerichte** unter anderem dazu, **den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und** – soweit er eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft – in den Gründen **zu bescheiden**. Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung des Gerichts nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmungen beruht.¹⁰⁹

Im vorliegenden Fall hatte das Berufungsgericht gegen das Gebot rechtlichen Gehörs verstoßen, in dem es sich über die Ausführungen des Klägers zur Widersprüchlichkeit und eine erforderlichen Ergänzung des

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰⁹ Beschluss vom 21. Januar 2020 – [VI ZR 165/19](#) – ArztR 2020, 130 ff. = NJW 2020, 934 f.

Gutachtens hinweggesetzt und diese Ausführungen im Kern nicht erfasst und zudem den eindeutigen Inhalt des Gutachtens unberücksichtigt gelassen hatte.¹¹⁰ Diese Gehörsverletzung war entscheidungserheblich. Es konnte nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des im Kern übergangenen Vortrags zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.¹¹¹

d)

Der **Grundsatz der Subsidiarität im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren** ist Gegenstand einer weiteren Entscheidung des VI. Zivilsenats.¹¹²

Eine Partei kann eine **Gehörsverletzung nicht mehr rügen** wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes verbliebene Möglichkeit zu einer Äußerung nicht genutzt hat.

Nach der zwischenzeitlich gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die **Prozessbeteiligten verpflichtet, die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten auszuschöpfen, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.** Einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG kann nicht geltend machen, wer es versäumt hat, zuvor die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten auszuschöpfen, um sich das rechtliche Gehör zu verschaffen.¹¹³ Diese Würdigung entspricht dem in § 295 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, nach dessen Inhalt eine Partei eine Gehörsverletzung nicht mehr rügen kann, wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes verbliebene Möglichkeit zu einer Äußerung nicht genutzt hat. Besteht im Berufungsverfahren eine solche Gelegenheit, darf die Partei sie nicht ungenutzt lassen und den Ausgang des Berufungsverfahrens abwarten, um dann erst das für sie ungünstige Berufungsurteil im

110 a.a.O., juris, Rn. 13.

111 a.a.O., juris, Rn. 16.

112 Beschluss vom 21. Januar 2020 – [VI ZR 410/17](#) – NJW-RR 2020, 312 = VersR 2020, 573; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

113 a.a.O., juris, Rn. 1.

Revisions- oder Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren mit der Gehörsrüge anzugreifen.

Die vorbezeichnete Rechtsprechung verlangt, etwaig vom Berufungsgericht **gehörswidrig überangenes Vorgehen schon in der Berufungsinstanz** insbesondere im Anschluss an etwaig rechtswidrige Hinweisbeschlüsse aber auch sonst wie zu **rügen**. Dies gilt vor allem auch für die überangenen Beweisanträge erster Instanz. Soweit sich das Landgericht mit derartigen Beweisanträgen – gehörswidrig – nicht befasst, verlangt der Grundsatz der Subsidiarität im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, das **Übergehen entsprechender Beweisanträge in der Berufungsinstanz zu beanstanden**.¹¹⁴

Karlsruhe, den 21. Oktober 2020



Dr. Mennemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 1 ff.