

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2014**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2014 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2014 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der Krankenversicherungen, das Krankenhausrecht sowie über Sachverhalte aus den Bereichen des Berufsrechts einschließlich des Vertrags- und Gesellschaftsrechts bzw. des Vergütungsrechts der Heilberufe, des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts zu berichten. Daneben geht es um Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ des Bundesgerichtshofes 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 Erteilung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

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

³ Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2014 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1. Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen, wobei auch über eine Entscheidung des XII. Zivilsenats zu berichten ist.

a)

Auch der **Arzt, der einen Patienten ausschließlich über den von einem anderen Arzt angeratenen und durchzuführenden Eingriff aufklärt, kann** dem Patienten im Falle einer fehlerhaften oder unzureichenden Aufklärung **aus unerlaubter Handlung haften**.⁴ Konkret ging es um streitige Aufklärungsversäumnisse im Zusammenhang mit zwei bei der Klägerin durchgeführten Knieoperationen, wobei die Klägerin von den operierenden Orthopäden nicht ordnungsgemäß über die eingeschränkten Erfolgsaussichten der Operation aufgeklärt worden war. Die anhängige Klage war allerdings nicht gegen die operierenden Orthopäden, sondern gegen eine **im Vorfeld der Operation eingeschaltete Fachärztin** gerichtet, die mit der fehlerhaft angenommenen Indikation der Operationen bis dahin in keiner Weise befasst war und die Klägerin lediglich über die Risiken der Operation als solche aufgeklärt hatte.

Mit der Aufklärung übernimmt der Arzt einen Teil der ärztlichen Behandlung, die – wie auch sonst die tatsächliche Übernahme einer ärztlichen Behandlung – seine **Garantenstellung** gegenüber dem sich ihm anvertrauenden Patienten begründen kann.⁵ Ist die Aufklärung unvollständig und die Einwilligung des Patienten in die Operation unwirksam, ist der aufklärende Arzt deshalb gemäß § 823 BGB zum Ersatz des durch die Operation entstandenen Körperschadens verpflichtet.

⁴ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [VI ZR 14/14](#) – GesR 2015, 23 ff. = NJW 2015, 477 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

Von Rechtsfehlern beeinflusst war insoweit die **Annahme** des Berufungsgerichts, **die Beklagte habe nur** die Aufklärung über die allgemeinen Risiken der beabsichtigten Operation, **nicht aber die Aufklärung über die Erfolgsaussichten und Behandlungsalternativen übernommen.** Der vom Berufungsgericht zur Begründung dieser Annahme aufgestellte Rechtssatz, der mit der Aufklärung beauftragte Arzt übernehme dann, wenn er an der Indikationsstellung und Vereinbarung der Operation nicht beteiligt gewesen sei, nur den Teil der Aufklärung, der die Information über die allgemeinen Risiken der zwischen dem Patienten und den behandelnden Ärzten vereinbarten Operation betreffe, und nehme auch nur insoweit eine Garantenstellung gegenüber dem Mandanten ein, trifft – jedenfalls in dieser Allgemeinheit – nicht zu.⁶

b)

Ein weiteres Revisionsurteil rankt sich um die Anforderungen an die **tatrichterliche Auseinandersetzung mit widersprüchlichen Sachverständigengutachten** und in diesem Zusammenhang mit der Reichweite einer **tatsächlichen Vermutung für das Unterbleiben einer intensivmedizinischen Maßnahme bei fehlender Dokumentation.**⁷

Neben dem sich aus dem Übergehen des Privatgutachtens ergebenden Gehörsverstoß und der **Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG** beruhte das Berufungsgericht auch insoweit auf einem Rechtsfehler, als die Ausführungen des Oberlandesgerichts die **Bedeutung der Dokumentation verkannt** hatten.⁸

Nach gefestigter Rechtsprechung des VI. Zivilsenats **begründet das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnah-**

⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁷ Urteil vom 11. November 2014 – [VI ZR 76/13](#) – GesR 2015, 88 ff. = NJW 2015, 411 ff. = VersR 2015, 327 ff. = ZMGR 2015, 19 ff.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

me die Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben ist.⁹ Diese Vermutung entfällt weder deshalb, weil in der Praxis mitunter der Pflicht zur Dokumentation nicht nachgekommen wird, noch deshalb, weil die Dokumentation insgesamt lückenhaft ist.

c)

Von Erfolg gekrönt war eine weitere Nichtzulassungsbeschwerde, mit der beanstandet worden war, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise dadurch verletzt, indem es erheblichen Sachvortrag der Klägerin und das dazugehörige Beweisangebot nicht berücksichtigt und zudem **der Sachverständigen nicht gemäß § 407 a Abs. 4 ZPO aufgegeben** habe, die in ihrem Gutachten **zugrunde gelegten weiteren Gutachten** eines Neurologen sowie einer Fachärztin für medizinische Mikrobiologie, Virologie und Infektionsepidemiologie **herauszugeben**, so dass die Klägerin sich dazu äußern konnte.¹⁰

Die **Gewährung des rechtlichen Gehörs erfordert, dass** einer gerichtlichen Entscheidung **nur solche Tatsachen und Beweise zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten vorher äußern konnten.**¹¹ Wenn ein vom Gericht ernannter Sachverständiger die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens nicht offen legt, kann nicht nur das Gericht seiner Pflicht aus § 286 ZPO, Gutachten gerichtlicher Sachverständiger sorgfältig und kritisch zu würdigen, nicht nachkommen. Das Gericht handelt gleichzeitig gehörswidrig, da es einer Verhinderung des Vortrags zu entscheidungserheblichen Punkten gleichkommt, wenn einer Partei nicht die Gelegenheit gegeben wird, sich mit allen Grundlagen des Gutachtens kritisch auseinanderzusetzen.¹²

⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹⁰ Beschluss vom 16. September 2014 – [VI ZR 118/13](#) – VersR 2015, 338 f. = ZMGR 2015, 18 f.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹² a.a.O., juris, Rn. 6.

d)

Gegenstand eines Versäumnisurteils waren **Reichweite und Zeitpunkt ärztlicher Aufklärungspflichten** hinsichtlich der unterschiedlichen Risiken und Vorteile **bei verschiedenen Entbindungsmethoden.**¹³

Bestehen deutliche Anzeichen dafür, dass sich der Zustand der Schwangeren bzw. der Geburtsvorgang so entwickeln können, dass die Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird, muss der Arzt die Schwangere über die unterschiedlichen Risiken und Vorteile der verschiedenen Entbindungsmethoden aufklären.¹⁴ Zwar braucht der geburtsleitende Arzt in einer normalen Entbindungssituation, in der die Schnittentbindung medizinisch nicht indiziert und deshalb keine echte Alternative zur vaginalen Geburt ist, **ohne besondere Veranlassung die Möglichkeit einer Schnittentbindung nicht zur Sprache zu bringen.**¹⁵ Anders liegt es aber, **wenn** für den Fall, dass die Geburt vaginal erfolgt, **für das Kind ernstzunehmende Gefahren drohen**, daher im Interesse des Kindes gewichtige Gründe für eine Schnittentbindung sprechen und diese unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation eine medizinisch verantwortbare Alternative darstellt. **Gleiches gilt, wenn** aufgrund konkreter Umstände die **ernsthafte Möglichkeit besteht**, dass **im weiteren Verlauf eine Konstellation eintritt, die als relative Indikation für eine Schnittentbindung zu werten ist.** Eine – vorgezogene – Aufklärung über die unterschiedlichen Risiken und Vorteile der verschiedenen Entbindungsmethoden ist deshalb bereits dann erforderlich, wenn deutliche Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Zustand der Schwangeren bzw. der Geburtsvorgang so entwickeln können, dass die Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird.

¹³ Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 – [VI ZR 125/13](#) – GesR 2015, 160 ff.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

Besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass die Schnittentbindung im weiteren Verlauf als relativ indiziert anzusehen sein wird, und klärt der Arzt die Schwangere im Hinblick darauf über die verschiedenen Entbindungsmethoden und die mit ihnen verbundenen Risiken auf, so muss er die Schwangere grundsätzlich **nicht nochmals** über die Möglichkeit der Schnittentbindung unterrichten, wenn die ernsthaft für möglich gehaltene Entwicklung eingetreten und die Sectio zur gleichwertigen Behandlungsalternative geworden ist.¹⁶

e)

Ein **bereits in der ersten Instanz erhobener Vortrag**, kann **nicht verspätet** sein. Entsprechend kann das erstinstanzliche Vorbringen eines Geschädigten über die unterlassene Durchführung einer Operationsalternative im Berufungsverfahren nicht auf der Grundlage des § 531 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden.¹⁷ **§ 531 Abs. 2 ZPO** regelt allein die Frage, unter welchen Voraussetzungen **neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz** zuzulassen sind. Neu ist ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, wenn es bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht worden und daher im erstinstanzlichen Urteil unberücksichtigt geblieben ist. Gleiches gilt für Vorbringen, welches einen sehr allgemein gehaltenen bzw. nur angedeuteten Vortrag im ersten Rechtszug erstmals substantiiert.¹⁸

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben war das vom Berufungsgericht zurückgewiesene Vorbringen des Klägers, bei ihm habe nach erfolglosem Versuch einer Rekonstruktion des gerissenen Bandes anstelle einer Doppelschlittenprothese eine gekoppelte (teilgekoppelte) Prothese eingesetzt werden müssen, **nicht neu**. Diesen Vortrag hatte der Kläger nämlich ausweislich des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils **vor Schluss der mündlichen Verhandlung bereits in erster Instanz**

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 7.

¹⁷ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [VI ZR 176/13](#) – GesR 2014, 658 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 3.

gebracht, wobei das Landgericht diesen Vortrag nicht als verspätet zurückgewiesen, sondern den Sachverständigen dazu befragt und sich mit dem Vorbringen in seinem Urteil sachlich auseinandergesetzt hatte. Bei dieser Sachlage war für eine Zurückweisung des Vortrags auf der Grundlage von § 531 Abs. 2 ZPO kein Raum.

Die **Zurückweisung des Vorbringens durch das Berufungsgericht konnte auch nicht auf die Bestimmung des §§ 296 Abs. 1; 282 Abs. 1 ZPO gestützt** und dem Kläger zum Vorwurf gemacht **werden**, den von ihm angenommenen ärztlichen Fehler erstinstanzlich nicht zu einem früheren Zeitpunkt geltend gemacht zu haben.¹⁹ Das im Rechtszug **übergeordnete Gericht darf eine von der Vorinstanz unterlassene Zurückweisung nicht nachholen.**

f)

Ebenso wie der IV. Zivilsenat²⁰ hat auch der VI. Zivilsenat entschieden, dass jede Partei zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen **Anspruch darauf** hat, dass sie **dem Sachverständigen die Fragen**, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, **zur mündlichen Beantwortung vorlegen** kann.²¹ Dabei **genügt es, wenn sie allgemein angibt, in welche Richtung** sie durch ihre Fragen eine **weitere Aufklärung** herbeizuführen wünscht.²²

g)

Im Zusammenhang mit Aufklärungsdefiziten wird immer wieder der **Einwand** erhoben, der **Patient hätte sich dem Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen.** Insoweit trifft

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 4.

²⁰ Beschluss vom 19. November 2014 – [IV ZR 47/14](#) – VersR 2015, 257 ff.; vgl. dazu unten Fn. 30.

²¹ Beschluss vom 28. Oktober 2014 – [VI ZR 273/13](#) – RuS 2015, 44.

²² a.a.O., juris, Rn. 6.

bekanntlich den **Arzt die Behauptungs- und Beweislast**.²³ Er ist mit dem Beweis für seine Behauptung, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde, allerdings nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er, wären ihm rechtzeitig die Risiken der Behandlung verdeutlicht worden, vor einem **echten Entscheidungskonflikt** gestanden hätte, wobei an die **Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts** keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.²⁴

Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht die plausible Darlegung eines Entscheidungskonfliktes durch den Kläger bejaht, ohne ihn selbst dazu persönlich gehört zu haben. Dies war verfahrensfehlerhaft und hat zur Aufhebung der Berufungsentscheidung geführt, wobei die Besonderheit galt, dass das erstinstanzliche Gericht den Patienten zur Frage des Entscheidungskonflikts persönlich angehört hatte und nach erfolgter Anhörung von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen war. In Ansehung dieser erstinstanzlich erfolgten Anhörung hat der VI. Zivilsenat entschieden, dass das Berufungsgericht **nicht ohne erneute persönliche Anhörung des Patienten befugt ist, das Ergebnis der Anhörung abweichend vom Erstgericht zu würdigen**.²⁵

Der VI. Zivilsenat fordert für den **Regelfall** eine **persönliche Anhörung des Patienten**, um zu vermeiden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstellt, was bei objektiver Betrachtung als naheliegend oder vernünftig erscheint, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger naheliegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen des Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen. Die persönliche Anhörung soll es dem Gericht ermöglichen, den anwaltlich vorgetragenen Gründen für und gegen einen Entscheidungskonflikt durch konkrete Nachfragen nachzugehen und sie auch aufgrund

²³ Urteil vom 30. September 2014 – [VI ZR 443/13](#) – GesR 2015, 20 ff. = NJW 2015, 74 ff.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 21.

des persönlichen Eindrucks vom Patienten sachgerecht beurteilen zu können.²⁶

h)

Der **Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme** bedarf dann **nicht** der **betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB**, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer **wirksamen Patientenverfügung** (§ 1901 a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.²⁷ Im Übrigen differenziert § 1901 a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits.²⁸ Das Vorliegen einer Grunderkrankung mit einem „irreversibel tödlichen Verlauf“ ist **nicht** Voraussetzung für den zulässigen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens eines aktuell einwilligungsunfähigen Betroffenen kommt es **nicht** auf die Art und das Stadium der Erkrankung an (§ 1901 a Abs. 3 BGB). Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten ansonsten strenge Beweismaßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben. Dabei ist nicht danach zu differenzieren, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorsteht oder nicht.²⁹

2.

Recht der Privaten und Gesetzlichen Krankenversicherung

Das private Krankenversicherungsrecht gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 22.

²⁷ Beschluss vom 17. September 2014 – [XII ZB 202/13](#) – BGHZ 202, 226 ff. = NJW 2014, 3572 ff.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 22 und 37.

a)

Im Rahmen eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens war darüber zu befinden, ob eine seit 2004 an einem mittlerweile metastasierenden malignen Melanom erkrankte Klägerin, die bei der Beklagten eine private Krankheitskostenversicherung unterhielt, **Erstattung von Kosten für eine Immuntherapie** mit dendritischen Zellen verlangen konnte, deren **medizinische Notwendigkeit** der Versicherer **bestritten** hatte.³⁰ Die Klägerin hatte behauptet, es stehe für sie keine schulmedizinisch anerkannte Behandlungsform zur Verfügung, die geeignet erscheine, den höchstmöglichen Therapie- bzw. Heilungserfolg herbeizuführen.³¹ Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen; das Berufungsverfahren war aus Sicht der Klägerin erfolglos geblieben. Die dagegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin war von Erfolg gekrönt. Sie führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht, da aufgezeigt werden konnte, dass dem Berufungsgericht eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG zur Last fiel.³²

Der dem Berufungsgericht vorzuwerfende **Gehörsverstoß** bestand darin, **keinen ergänzenden Sachverständigenbeweis erhoben** zu haben.³³

b)

Ein **Anspruch auf Aufnahme in den Basistarif der privaten Krankenversicherung** besteht nicht für **Personen, die Empfänger laufender Leistungen nach dem Dritten, Vierten, Sechsten oder Siebten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch** sind, und die ohne den Bezug von Sozialhilfe der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung im Sinne von § 193 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 VVG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr.

³⁰ Beschluss vom 19. November 2014 – [IV ZR 47/14](#) – VersR 2015, 257 ff.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 3.

³² a.a.O., juris, Rn. 7.

³³ vgl. dazu oben unter 1. f), Fn. 20.

13 Buchst. b SGB V unterlägen.³⁴ Das gilt auch für Personen, deren Leistungsbezug erstmals ab dem 01. Januar 2009 begonnen hat.³⁵

Mit der Klage hatte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten begehrt, ihr und ihren drei minderjährigen Kindern Krankenversicherungsschutz im Basistarif nach § 12 Abs. 1 b VAG ohne Selbstbeteiligung ab dem 01. Juni 2012 zu gewähren, wobei die Klägerin bis zum 30. April 2012 Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und ab dem 01. Mai 2012 Sozialhilfe nach dem SGB XII bezogen hatte. Wegen des Wegfalls der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und deren Ersetzung durch solche nach dem SGB XII hatte das zuständige Sozialamt die Klägerin aufgefordert, einen Antrag auf Abschluss einer Versicherung zum Basistarif bei einer privaten Versicherung zu stellen. Dieser Antrag war von der Beklagten abgelehnt worden, wobei der Bundesgerichtshof bestätigt hat, dass der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch auf Versicherung im Basistarif für sich und ihre minderjährigen Kinder zusteht. **Damit ist allgemein entschieden, dass Sozialleistungsempfänger keine Aufnahme in den Basistarif durchsetzen können.**

c)

Eine weitere Revisionsentscheidung verhält sich über die **Klausel einer Ratenschutz-Versicherung** (§ 6 AVB-RSV).³⁶ Die einschlägige Klausel lautete:

„Der Versicherungsschutz erstreckt sich nicht auf die der versicherten Person bekannten ernstlichen Erkrankungen (das sind Erkrankungen des Herzens und des Kreislaufs, der Wirbelsäule und Gelenke, der Verdauungsorgane, Krebs, HIV-Infektion/Aids, chronische Erkrankung) oder Unfallfolgen, wegen derer die versicherte Person in den letzten 12 Monaten vor

³⁴ Urteil vom 16. Juli 2014 – [IV ZR 55/14](#) – NJW 2014, 3516 ff. = VersR 2014, 989 ff.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

³⁶ Urteil vom 10. Dezember 2014 – [IV ZR 289/13](#) – RuS 2015, 88 ff. = WM 2015, 223 ff.

Beginn des Versicherungsschutzes ärztlich behandelt wurde.

Diese Einschränkung gilt nur, wenn der Versicherungsfall binnen der ersten 24 Monate nach Beginn des Versicherungsschutzes eintritt und mit diesen Erkrankungen oder Unfallfolgen in ursächlichem Zusammenhang steht.“

Der IV. Zivilsenat hatte die **vorzitierte Klausel** als **intransparent** und damit **unwirksam** angesehen.³⁷ Er hat ferner entschieden, dass die **Vereinbarung einer durch die kreditgebende Bank darlehensfinanzierten Einmalprämie in einer Ratenschutz-Versicherung keine Umgehung des § 168 Abs. 1 VVG** darstellt und eine **Kündigungsklausel**, die dem Versicherten ein Kündigungsrecht nach Maßgabe der Fristen des § 11 Abs. 4 VV einräumt, **wirksam** ist.³⁸

d)

Der **Ersatz der Kosten für eine Zahnheilbehandlung** war Gegenstand eines nach Maßgabe von § 552 a Satz 1 ZPO abgesetzten Beschlusses.³⁹ Versicherungsfall nach § 1 Nr. 2 Satz 1 der einschlägigen AVB der Beklagten war die „**medizinisch notwendige**“ **Heilbehandlung**. Damit wird – auch für den Versicherungsnehmer erkennbar – nicht an den Vertrag zwischen ihm und dem behandelnden Arzt und die danach geschuldete medizinische Heilbehandlung angeknüpft. Vielmehr wird zur Bestimmung des Versicherungsfalls ein **objektiver**, vom Vertrag zwischen Arzt und Patient unabhängiger **Maßstab** eingeführt.⁴⁰ Diese objektive Anknüpfung bedeutet zugleich, dass es für die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit der Heilbehandlung nicht auf die Auffassung des Versicherungsnehmers und auch nicht allein auf die des behandelnden Arztes ankommen kann. Gegenstand der Beurteilung können vielmehr nur die objektiven medizinischen Befunde und Erkenntnisse im Zeitpunkt der

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 39.

³⁹ Beschluss vom 17. Dezember 2014 – [IV ZR 399/13](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 13.

Vornahme der Behandlung sein.⁴¹ Nach diesen Grundsätzen lag in der zu entscheidenden Fallkonstellation keine medizinisch notwendige Heilbehandlung vor, ohne dass es zu einer Sachentscheidung des Bundesgerichtshofs kam, da der IV. Zivilsenat davon ausging, dass für die vom Berufungsgericht zugelassene Revision kein Revisionsgrund im Sinne von § 543 Abs. 2 ZPO vorlag und das Rechtsmittel auch keine Aussicht auf Erfolg hatte, so dass ein Beschluss nach § 552 a Satz 1 ZPO angekündigt wurde.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Fragen des Berufsrechts der Heilberufe waren in folgenden Entscheidungen relevant.

a)

Der I. Zivilsenat hatte über eine Klage der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. zu entscheiden, die den Beklagten, einen niedergelassenen HNO-Arzt wegen unzulässiger **Verweisung von Patienten an bestimmte Hörgeräteakustiker** auf Unterlassung und Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch genommen hatte.⁴²

Bei der Hörgeräteversorgung gibt es seit längerer Zeit zwei unterschiedliche Versorgungswege. Im **klassischen Versorgungsweg** sucht der Patient nach der Verordnung einer Hörhilfe durch den HNO-Arzt einen Hörgeräteakustiker auf, der die erforderlichen audiometrischen Messungen vornimmt, ggf. einen Ohrenabdruck anfertigt und dem Patienten ein Hörgerätesystem vorschlägt, welches er für den Patienten anpasst.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁴² Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 68/13](#) – veröffentlicht bei juris.

Im auch vom Beklagten angebotenen „**verkürzten Versorgungsweg**“ erfolgen die audiometrischen Messungen und ggf. die Abnahme von Ohrabdrücken durch den HNO-Arzt oder dessen Mitarbeiter. Die Ergebnisse nebst ohrenärztlicher Verordnung werden vom HNO-Arzt an einen Hörgeräteakustiker weitergeleitet, der das vom Patienten gewählte Hörgerät anpasst und an den HNO-Arzt verschickt. Der Patient erhält in diesem Fall sein Hörsystem vom HNO-Arzt oder dessen medizinischen Fachangestellten.

Die Klägerin hatte dem Beklagten vorgeworfen, er habe zwei Patienten von sich aus empfohlen, ein Hörgerätesystem im verkürzten Versorgungsweg bei einem bestimmten Anbieter zu beziehen.⁴³

Während das Berufungsgericht entschieden hatte, der Klägerin stehe kein **Unterlassungsanspruch** nach §§ 8 Abs. 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 Abs. 5 BW BOÄ a.F. und § 31 Abs. 2 BW BOÄ zu, hat der I. Zivilsenat das **Berufungsurteil aufgehoben** und die **Sache zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen**. Indem der Beklagte dem Patienten ein Formular vorgelegt hatte, welches außer der – berufsrechtlich unbedenklichen – „Wichtigen Patienten-Information zur Wahlfreiheit des Leistungserbringers“ auch eine „Erklärung über die Wahlentscheidung zur privatärztlichen Hörgeräteversorgung“ enthielt, lag darin – anders als das Berufungsgericht gemeint hatte – nicht nur ein Hinweis auf den verkürzten Versorgungsweg, der unabhängig von einem entsprechenden Wunsch des Patienten zulässig wäre. **In der Vorlegung eines Formulars durch einen Ohrenarzt, in dem Patienten erklären, eine Hörgeräteversorgung über den verkürzten Versorgungsweg auf eigene Kosten durch den behandelnden Arzt und ein bestimmtes Hörgeräteakustikunternehmen durchführen lassen zu wollen, wird den Patienten ein bestimmter Leistungserbringer empfohlen.**⁴⁴

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 33.

b)

Wenn auch nicht unmittelbar Fragen des Berufsrechts der Heilberufe, dann aber doch die Bewertung ärztlicher Leistungen im Rahmen eines Internetportals waren Gegenstand einer in der amtlichen Sammlung BGHZ veröffentlichten Entscheidung des VI. Zivilsenats.⁴⁵

Dem durch **persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte einer Internetseite** (hier: zur **Bewertung von Ärzten**) Betroffenen kann ein **Unterlassungsanspruch** gegen den Diensteanbieter zustehen.⁴⁶ Darüber hinaus darf der Diensteanbieter nach §§ 14 Abs. 2; § 15 Abs. 5 Satz 4 Telemediengesetz (TMG) auf Anordnung der zuständigen Stellen im Einzelfall **Auskunft** über Bestands-, Nutzungs- und Abrechnungsdaten erteilen, soweit dies u.a. für Zwecke der Strafverfolgung erforderlich ist.

Hintergrund des Verfahrens war ein vom Beklagten betriebenes Internetportal, welches die Bewertung von Ärzten ermöglichte. Der Kläger, der eine Arztpraxis betreibt, entdeckte dort im November 2011 eine Bewertung, in der u.a. behauptet wurde, bei ihm würden Patientenakten in den Behandlungsräumen in Waschkörben gelagert, es gebe unverhältnismäßig lange Wartezeiten, Folgetermine seien nicht zeitnah möglich, eine Schilddrüsenüberfunktion sei von ihm nicht erkannt und kontraindiziert behandelt worden. Das Berufungsgericht hatte einen Auskunftsanspruch des Klägers hinsichtlich der bei der Beklagten hinterlegten Anmeldedaten des Verletzers gemäß §§ 242; 259; 260 BGB bejaht.

Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung aufgehoben und die **Auskunftsklage abgewiesen** und zur Begründung ausgeführt, dass die vom Kläger begehrte Auskunftserteilung jedenfalls daran scheitert, dass die Beklagte gemäß § 12 Abs. 2 TMG nicht zur Herausgabe der zur Bereitstellung des Telemediums erhobenen Anmeldedaten befugt ist. Der

⁴⁵ Urteil vom 01. Juli 2014 – [VI ZR 345/13](#) – BGHZ 201, 380 ff. = GesR 2014, 538 ff. = ZMGR 2014, 350 ff.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

Beklagten war aufgrund dieser Bestimmung die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges rechtlich unmöglich.⁴⁷ Im Ergebnis steht damit fest, dass der **Betreiber eines Internetportals** in Ermangelung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage i.S.d. § 12 Abs. 2 TMG **grundsätzlich nicht befugt ist, ohne Einwilligung des Nutzers dessen personenbezogene Daten zur Erfüllung eines Auskunftsanspruchs** wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung an den Betroffenen **zu übermitteln**.⁴⁸

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Im Bereich des Vertragsrechts für Heilberufe war der III. Zivilsenat mit der **Kündigung eines Vertrages über betriebsärztliche Leistungen nach § 627 Abs. 1 BGB** befasst.⁴⁹ In dieser zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Entscheidung stritten die Parteien – die Klägerin war von Beruf Internistin und Betriebsärztin; die Beklagte betrieb ein zahntechnisches Labor – um die Wirksamkeit der Kündigung einer Vereinbarung über betriebsärztliche Leistungen und insoweit um die Anwendbarkeit von § 627 Abs. 1 BGB.

Nach § 627 Abs. 1 BGB ist bei einem Dienstverhältnis, welches kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 BGB darstellt, eine fristlose Kündigung auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, **Dienste höherer Art** zu leisten hat, die aufgrund **besonderen Vertrauens** übertragen zu werden pflegen. Die vorliegend der Internistin und Betriebsärztin übertragene „arbeitsmedizinische Betreuung und Beratung nach den Anforderungen des Arbeitssicherheitsgesetzes“ war auf die Erbringung von Diensten höherer Art im

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁴⁸ ebenso Urteil vom 23. September 2014 – [VI ZR 358/13](#) – BGHZ 202, 242 ff. = GesR 2014, 759 ff. = ZMGR 2015, 45 ff.

⁴⁹ Urteil vom 13. November 2014 – [III ZR 101/14](#) – GesR 2015, 56 ff.

Sinne der vorzitierten gesetzlichen Regelung gerichtet. Zu Betriebsärzten dürfen nur solche Personen bestellt werden, die berechtigt sind, den ärztlichen Beruf auszuüben, und die über die zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben erforderliche arbeitsmedizinische Fachkunde verfügen (§ 4 ASiG). Ein Betriebsarzt leistet insoweit Dienste höherer Art, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden.⁵⁰ Bei **gesundheitsbezogenen Diensten** handelt es sich **regelmäßig** um **Dienste höherer Art**⁵¹, mit der Folge, dass eine fristlose Kündigung auch ohne die in § 626 BGB bezeichneten Voraussetzungen nach Maßgabe von § 627 Abs. 1 BGB zulässig war.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Fallgestaltungen, in denen es um Vergütungsansprüche von Heilberuflern ging, sind uns in der Berichtsperiode nicht bekannt geworden. Stattdessen sei der Hinweis auf folgende Entscheidungen erlaubt.

a)

Eine Entscheidung des VIII. Zivilsenats⁵², die sich mit der Reichweite und Berücksichtigungsfähigkeit von mündlichen Zusagen zur Erstattungsfähigkeit der mit einer **Physiotherapiepraxis im Wege des Leasings überlassenen Elektrotherapiegeräten** erbrachten Leistungen befasst, hat zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt. Dort werden über die behaupteten Pflichtverletzungen der Lieferantin im Zusammenhang mit den Angaben zur angeblichen **Abrechnungsfähigkeit der mit den Leasinggeräten erbrachten Therapieleistungen** gegenüber privaten Krankenversicherungen nähere Feststellungen getroffen werden können.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 12 und 13.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁵² Beschluss vom 26. August 2014 – [VIII ZR 335/13](#) – veröffentlicht nur bei juris.

b)

Vertragliche **Vergütungsansprüche setzen einen wirksamen Vertragschluss voraus**. In diesem Zusammenhang können sich insbesondere **bei psychischen Erkrankungen des Patienten Probleme** ergeben. Deshalb sei über eine Entscheidung des XII. Zivilsenats in einer Betreuungssache berichtet.⁵³ Dort ging es zwar nicht unmittelbar um die Wirksamkeit eines Vertragsabschlusses, sondern darum, ob und unter welchen **Voraussetzungen die Bestellung eines Berufsbetreuers** unter anderem für die Aufgabenkreise der Gesundheitspflege, Aufenthaltsbestimmung, Unterbringung und Vermögenssorge in Betracht kam. Nach den getroffenen Feststellungen bedurfte die Betroffene einer medizinischen Behandlung ihrer psychischen Grunderkrankung, für die sie wegen fehlender Krankheitseinsicht nicht selbst sorgen konnte. Da die Betroffene mithin aufgrund der psychischen Erkrankung ihre Angelegenheiten hinsichtlich des Aufgabenkreises der Gesundheitspflege nicht selbst besorgen konnte, war ihr ein Betreuer zu bestellen, da sie die notwendige Behandlung ablehnte.⁵⁴

6. Krankenhausrecht

Fragen des Krankenhausrechtes haben in der nachfolgenden Entscheidung eine Rolle gespielt:

In Abgrenzung zu seiner bisherigen Rechtsprechung⁵⁵ hatte sich der III. Zivilsenat erneut mit der **Wirksamkeit einer Wahlleistungsvereinbarung**

⁵³ Beschluss vom 10. September 2014 – [XII ZB 305/14](#) – NJW 2014, 2315 ff.
⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁵⁵ Urteil vom 04. November 2010 – [III ZR 323/09](#) – BGHZ 187, 279 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zu befassen.⁵⁶ Der als Facharzt für Neurochirurgie niedergelassene Arzt hatte mit seiner Patientin im Vorgriff auf einen von ihm im Krankenhaus vorgenommenen chirurgischen Eingriff eine Wahlleistungsvereinbarung getroffen und für die von ihm erbrachte Leistung ein Privathonorar von 1.174,23 € liquidiert, welches die Klägerin, ein privates Krankenversicherungsunternehmen, nach entsprechender Abtretung seitens der Patientin nunmehr vom Arzt zurückverlangte. Die Klägerin begründete dieses Rückzahlungsbegehren damit, der Beklagte sei nicht als liquidationsberechtigter Wahlarzt i.S.v. § 17 Abs. 3 des Krankenhausentgeltgesetzes (KHEntgG) tätig geworden. Als **Honorar-/Kooperationsarzt** habe er lediglich allgemeine Krankenhausleistungen nach § 2 KHEntgG erbracht, die durch das Krankenhaus über Fallpauschalen bzw. Pflegesätze zu liquidieren seien, mit der Folge, dass er kein Privathonorar von der Patientin habe verlangen können.⁵⁷

Der Bundesgerichtshof hat die streitgegenständlichen **Privathonorarvereinbarungen sämtlich an §§ 134 BGB; 17 Abs. 2 KHEntgG scheitern lassen und als unwirksam angesehen**. Zur Begründung führt die Revisionsentscheidung aus, § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG lege den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend fest. Eine Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger oder eine gesonderte Vergütungsvereinbarung mit dem behandelnden Arzt (hier: mit einem Honorararzt), die davon abwichen, seien gemäß § 134 BGB nichtig.⁵⁸

⁵⁶ Urteil vom 16. Oktober 2014 – [III ZR 85/14](#) – GesR 2014, 720 ff. = ZMGR 2014, 414 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 23.

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

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

a)

Soweit sich der I. Zivilsenat⁵⁹ in einer Entscheidung im Blick auf die **Versorgung mit Hörgeräten** mit der **Verweisung von Patienten an bestimmte Hörgeräteakustiker** befasst hat, haben wir hierüber bereits vorstehend unter 3. a) berichtet.

b)

Im Anschluss an einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁶⁰ hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshof zur **Arzneimitteligenschaft von synthetischen Cannabinoiden** judiziert, dass Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 geänderten Fassung dahin auszulegen ist, dass davon Stoffe nicht erfasst werden, deren Wirkungen sich auf eine schlichte Beeinflussung der physiologischen Funktionen beschränken, ohne dass sie geeignet wären, der menschlichen Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein, die nur konsumiert werden, um einen Rauschzustand hervorzurufen und dabei gesundheitsschädlich sind.⁶¹ In diesem Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83/EG anknüpfenden Verständnis **fehlt** syntheti-

⁵⁹ Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 68/13](#) – veröffentlicht bei juris.

⁶⁰ EuGH, Urteile vom 10. Juli 2014 – C 358/13 – und – C 181/14 – GRUR 2014, 893 ff. = Pharma Recht 2014, 347 ff.

⁶¹ Beschluss vom 23. Juli 2014 – [1 StR 47/14](#) – juris, Rn. 8.

schen Cannabinoiden mithin **die Arzneimittleigenschaft** i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG.⁶²

In gleicher Weise hat auch der 2. Strafsenat⁶³ entschieden, dass sich aus der einschlägigen Auslegung der vorerwähnten Bestimmung des Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83/EG ergibt, dass **Kräutermischungen mit aufgebrachten synthetischen Cannabinoiden nicht als Arzneimittel i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG** angesehen werden können und dass das **Inverkehrbringen** entsprechender Kräutermischungen **nicht der Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG** unterfällt.⁶⁴ Zur Tatzeit kam insoweit auch keine Strafbarkeit nach dem BtMG in Betracht, da die aufgebrachten synthetischen Cannabinoide (noch) nicht in der Anlage II zum BtMG aufgeführt und daher keine Betäubungsmittel i.S.v. § 1 Abs. 1 BtMG waren.⁶⁵

c)

Der 5. Strafsenat hat gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beim 2. und 3. Strafsenat angefragt, ob ein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von **zum Rauchen bestimmten Kräutermischungen**, denen nicht in die Anlage II zum Betäubungsmittelgesetz aufgenommene synthetische Cannabinoide zugesetzt sind, nach § 52 Abs. 2 Nr. 1; 20 Abs. 1 Nr. 2, VTabakG strafbar sein kann.⁶⁶

d)

Ebenfalls um ein Verfahren wegen **Betruges** ging es in einem weiteren Revisionsverfahren.⁶⁷

⁶² a.a.O., juris, Rn. 13.

⁶³ Beschluss vom 13. August 2014 – [2 StR 22/13](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁶⁶ Vorlagebeschluss vom 05. November 2014 – [5 StR 107/14](#) – PharmR 2015, 33 ff.

⁶⁷ Urteil vom 10. Dezember 2014 – [5 StR 405/13](#) – A&R 2015, 34 ff.

Das Landgericht hatte im Anschluss an ein Urteil des 1. Strafsenats⁶⁸ angenommen, dass es sich bei den **in der Apotheke** des Angeklagten **fertig gestellten Zytostatika-Lösungen** nicht um Rezeptarzneimittel, sondern um Fertigarzneimittel gehandelt habe, die der Zulassungspflicht nach § 21 Abs. 1 AMG unterliegen. Der 5. Strafsenat musste nicht entscheiden, ob er sich der vom 1. Strafsenat im vorzitierten Urteil vom 04. September 2012⁶⁹ vertretenen Ansicht anschloss, wonach es sich bei den in Apotheken hergestellten Zytostatika-Lösungen (weiterhin) um Fertigarzneimittel handelt, oder ob es vorzugswürdig erscheint, eine in der Apotheke zubereitete Zytostatika-Lösung als Rezepturarzneimittel einzustufen – etwa im Hinblick auf die Bedeutung der Wirkstoffkonzentration solcher parenteralen Arzneimittel, deren individuell-patientenbezogen verordnete Dosierung erst im Rahmen eines vergleichsweise aufwendigen Herstellungsprozesses zustande kommt, bei dem die Apotheke nach der Spezialvorschrift des § 35 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) einer Vielzahl besonderer Anforderungen unterworfen ist und bei dem über die Verweisungen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 6 Nr. 1 ApBetrO auch die Bestimmungen über Rezepturarzneimittel (§ 7 ApBetrO) Anwendung finden.⁷⁰ Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts fehlte es nämlich schon an einer Täuschungshandlung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB. Mit der Annahme, dass der Angeklagte durch Angabe des für Zytostatika-Lösungen vorgeschriebenen Sonderkennzeichens und des in der Lauer-Taxe gelisteten Einkaufspreises für das verarbeitete Fertigarzneimittel konkludent erklärt habe, in der Lauer-Taxe gelistete verkehrsfähige Ware eingesetzt zu haben, hatte das Landgericht den von der Behauptung eines sozialrechtlichen Erstattungsanspruchs zugleich konkludent umfassten Tatsachenkern fehlerhaft bestimmt.⁷¹

⁶⁸ Urteil vom 04. September 2012 – [1 StR 534/11](#) – BGHSt 57, 312 ff. = GesR 2012, 699 ff. = MedR 2013, 174 ff. = NJW 2012, 3665 ff.

⁶⁹ Insoweit ablehnend Köbel, JZ 2013, 849, 850 f.; Wesser, A&R 2012, 243 ff. sowie Brandt/Unsel, ZWH 2012, 482, 484 ff.

⁷⁰ Urteil vom 10. Dezember 2014 – [5 StR 405/13](#) – juris, Rn. 9.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

e)

Nicht unmittelbar um Arzneimittel, sondern um die **Wettbewerbswidrigkeit der Werbung von Säuglingsnahrung mit gesundheitsbezogenen Angaben** ging es in einer vom Bundesgerichtshof entschiedenen wettbewerbsrechtlichen Problematik.⁷² Insoweit hatten wir bereits in unserer letzten Übersicht über den Rechtsstreit der Babynahrungshersteller Milupa und Hipp berichtet⁷³, der im Blick auf das Verkehrsverständnis bei Verwendung der Bezeichnung „Combiotik®“ in Verbindung mit den Bezeichnungen „Praebiotik®“ + „Probiotik®“ fortgesetzt und zur Aufhebung des dort angegriffenen Berufungsurteils geführt hat, da die bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts u.a. nicht seine Annahme trugen, die Angabe „probiotische Milchsäurekultur“ entspreche auch ohne nähere Spezifizierung zur Art der Milchsäurekultur den Anforderungen an die Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung.⁷⁴

8. Grundzüge des Apothekenrechts

In der Berichtsperiode hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – nur eine das Apothekenrecht mittelbar betreffende Entscheidung getroffen.

In einem **Betrugsfall** hat der 5. Strafsenat Revisionen der Staatsanwaltschaft verworfen, mit denen Freisprüche von Angeklagten angegriffen worden waren, die von den Vorwürfen freigesprochen worden waren, in insgesamt 161 Fällen durch dieselbe Handlung **Fertigarzneimittel**, die **nicht** über eine **nach § 21 Abs. 1 Arzneimittelgesetz (AMG)** für

⁷² Urteil vom 09. Oktober 2014 – [I ZR 162/13](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷³ Urteil vom 26. Februar 2014 – [I ZR 178/12](#) – GRUR 2014, 500 ff. = NJW-RR 2014, 1129 ff.

⁷⁴ Urteil vom 09. Oktober 2014 – [I ZR 162/13](#) – juris, Rn. 69.

Deutschland **erforderliche Zulassung** verfügten und die entgegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 a AMG (idF vom 12. Dezember 2005) hinsichtlich ihrer Herkunft **falsch gekennzeichnet** waren, zur Versorgung krebserkrankter Patienten in den Verkehr gebracht und ohne Verschreibung abgegeben (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 a AMG aF; § 96 Nr. 5 und 13 AMG) sowie in 161 weiteren Fällen die Gesetzlichen Krankenkassen betrogen zu haben (§ 263 StGB), indem sie die preisgünstiger erworbenen nicht für Deutschland bestimmten Medikamente wie in Deutschland zugelassene Medikamente abgerechnet hatten, ohne dies kenntlich zu machen.⁷⁵

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben erneut die Rechtsprechung des IV. sowie des VI. Zivilsenats und des XII. Zivilsenats beschäftigt.

a)

Auch in dieser Berichtsperiode haben erneut mit der **Erkrankung des Rechtsanwalts** begründete **Wiedereinsetzungsgesuche** eine Rolle gespielt. Insoweit hat der XII. Zivilsenat entschieden⁷⁶, dass keinesfalls automatisch jede Erkrankung auch zu einer Wiedereinsetzung führt. Im Gegenteil: **Auch bei unvorhergesehener Erkrankung muss ein Rechtsanwalt alle ihm dann noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung der Frist ergreifen.** An einer schuldhaften Fristversäumung fehlt es nur dann, wenn infolge der Erkrankung weder kurzfristig ein Vertreter eingeschaltet noch ein Fristverlängerungsantrag gestellt werden kann; dies ist glaubhaft zu machen.⁷⁷

⁷⁵ Urteil vom 10. Dezember 2014 – [5 StR 136/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁶ Beschluss vom 22. Oktober 2014 – [XII ZB 257/14](#) – NJW 2015, 171 ff.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 19 mwN.

b)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage, ob die **Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens** geboten ist, nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob zu erwarten ist, dass der Gutachter seine Auffassung ändert.⁷⁸ Weiter ist unerheblich, ob das schriftliche Gutachten Mängel aufweist. Die Parteien haben **zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf**, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für wesentlich erachten, in einer mündlichen Anhörung stellen können.⁷⁹ Dieses Antragsrecht besteht unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO. Dabei kann von der Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, nicht verlangt werden, dass sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus konkret formuliert. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welche Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.⁸⁰

Im konkreten Fall erhob die Klägerin gegen ein Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Einwendungen, woraufhin das Berufungsgericht dem Sachverständigen im Beschlusswege aufgegeben hatte, ergänzende Fragen zur Bedeutung der depressiven Störung der Klägerin und weiterer geltend gemachter Beschwerden für die Kontraindikation einer Interferontherapie zu beantworten.⁸¹ In Ansehung des daraufhin erstatteten Ergänzungsgutachtens hatte die Klägerin beantragt, den Sachverständigen für den Fall zum Termin zu laden, dass ein Ergänzungsgutachten nicht in ihrem Sinne zu verstehen sei. Diesem Beweisantritt hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen.⁸²

⁷⁸ Beschluss vom 19. November 2014 – [IV ZR 47/14](#) – VersR 2015, 257 ff.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 8; vgl. auch Fn. 20 ff.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

c)

Art. 103 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn **Präklusionsvorschriften offenbar unrichtig angewandt** werden.⁸³ Von einer offenkundig fehlerhaften Anwendung in diesem Sinne ist insbesondere dann auszugehen, wenn **Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung gemäß § 286 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 282 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen** wird. Denn **§ 282 Abs. 1 ZPO** bezieht sich **nicht auf unterlassenes Vorbringen in vorbereitenden Schriftsätzen**. Die Vorschrift betrifft **allein** Angriffs- und Verteidigungsmittel, die **in der mündlichen Verhandlung vorgebracht** werden. Sie ist **nur dann einschlägig**, wenn innerhalb einer Instanz **mehrere Verhandlungstermine** stattfinden. Ein **Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung kann niemals nach § 282 Abs. 1 ZPO verspätet sein**.⁸⁴

d)

Es kommt immer wieder vor, dass dem Bundesgerichtshof **isolierte Prozesskostenhilfesuche** mit der Bitte um Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde zugehen. Wird derartigen Prozesskostenhilfeanträgen stattgegeben, kann unproblematisch Wiedereinsetzung in eine etwaig versäumte Nichtzulassungsbeschwerdeeinlegungs- bzw. -begründungsfrist beantragt und das weitere Rechtsmittel im Rahmen der bewilligten Prozesskostenhilfe durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat entschieden, dass die Versäumung etwaiger Notfristen nur dann unverschuldet und einer Partei nur dann **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** zu gewähren ist, wenn die rechtzeitige Vornahme einer fristwahrenden Handlung wegen des wirtschaftlichen Unvermögens einer Partei unterbleibt.⁸⁵

⁸³

Beschluss vom 15. Juli 2014 – [VI ZR 145/14](#) – veröffentlicht nur bei juris, Rn. 5.

⁸⁴

a.a.O., juris, Rn. 6 mwN.

⁸⁵

Beschluss vom 16. Dezember 2014 – [VI ZA 15/14](#) – veröffentlicht nur bei juris.

Voraussetzung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe ist aber, dass die Partei **bis zum Ablauf der Frist einen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Antrag auf Prozesskostenhilfe eingereicht** und alles in ihren Kräften Stehende getan hat, damit über den Antrag ohne Verzögerung sachlich entschieden werden kann, und deshalb vernünftigerweise nicht mit einer Verweigerung der Prozesskostenhilfe mangels Bedürftigkeit gerechnet werden musste.⁸⁶ Daran fehlt es, wenn die Partei im Prozesskostenhilfeantrag – für sie selbst offensichtlich – wahrheitswidrig angegeben hat, über keine Bankkonten zu verfügen.⁸⁷

e)

Wiedereinsetzungskontellationen knüpfen in der Praxis häufig an Geschehnisse an, die sich im Büro des Rechtsanwaltes ereignen. In diesem Rahmen kommt es immer wieder vor, dass fristgebundene **Schriftstücke ohne Unterschrift** das Gericht erreichen und deshalb Notfristen nicht eingehalten werden. Derartige Defizite können zur **Wiedereinsetzung** in die versäumte Frist führen, **wenn im Büro klare Organisationsanweisungen dergestalt existieren, herausgehende fristgebundene Schriftsätze vor deren Absendung auf eine ordnungsgemäße Unterschrift seitens des Rechtsanwalts zu überprüfen.**⁸⁸

Da die Unterschriftenkontrolle, die der Rechtsanwalt zuverlässigen Bürokräften überlassen darf, gerade der Vermeidung eines erfahrungsgemäß nicht gänzlich ausschließbaren Anwaltsversehens bei der Unterschriftsleistung dient, kann **auf zeitlich vor der unterbliebenen Unterschriftenkontrolle liegendes Anwaltsversehen** im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der Berufungsschrift regelmäßig **nicht** zurückgegriffen

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁸⁸ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [VI ZB 15/14](#) – NJW 2014, 2961 f. = VersR 2014, 1223 ff.

werden.⁸⁹ Stattdessen ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei fehlender Unterzeichnung der bei Gericht fristgerecht eingereichten Rechtsmittel-(Begründungs-)schrift Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden kann, wenn der Prozessbevollmächtigte sein Büropersonal allgemein angewiesen hatte, sämtliche ausgehenden Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift zu überprüfen.⁹⁰ Da im Büro des Prozessbevollmächtigten der Beklagten eine ausreichende Unterschriftenkontrolle angeordnet war, hatte der Wiedereinsetzungsantrag Erfolg.

f)

Ebenfalls mit der **Ausgangskontrolle fristgebundener Anwaltsschriftsätze** befasst sich ein weiterer Beschluss des VI. Zivilsenats.⁹¹ Die für die Ausgangskontrolle zuständige **Kanzleikraft ist anzuweisen**, Fristen im Kalender grundsätzlich erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, nachdem sie **sich anhand der Akten vergewissert** hat, dass **zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen** ist.⁹² Zu einer wirksamen Ausgangskontrolle gehört auch eine **Anordnung des Prozessbevollmächtigten**, durch die gewährleistet wird, dass die **Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders von einer beauftragten Bürokräft überprüft** wird.⁹³ Da der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags nicht zu entnehmen war, dass in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten die danach erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen getroffen worden waren, blieb das Wiedereinsetzungsgesuch ohne Erfolg.

g)

Die **Praxis** der Zivilsenate beim **Bundesgerichtshof** geht dahin, **Beschlüsse, mit denen Nichtzulassungsbeschwerden zurückgewiesen**

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁹¹ Beschluss vom 09. Dezember 2014 – [VI ZB 42/13](#) – MDR 2015, 112 f.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 8.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 8.

werden, nicht gesondert zu begründen, sondern lediglich auszuführen, die Beschwerde sei deshalb zurückzuweisen, weil der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zukomme und auch eine Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung keine Revisionszulassung erfordere. Eine Auseinandersetzung mit den Gründen der Nichtzulassungsbeschwerde findet in den Zurückweisungsbeschlüssen regelmäßig nicht statt, was die Frage aufwirft, ob gegen derart (un-)begründete Beschlüsse eine Gehörsrüge nach Maßgabe von § 321 a ZPO mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann.

Die Praxis zeigt, dass **Gehörsrügen** ausnahmslos – wenn nicht schon als unzulässig – dann aber jedenfalls als **unbegründet** zurückgewiesen werden. So auch in dem an dieser Stelle referierten Judikat des VI. Zivilsenats⁹⁴, in dem standardmäßig ausgeführt wird, das Revisionsgericht könne nach § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO von einer Begründung des Beschlusses, mit dem es über die Nichtzulassungsbeschwerde entscheidet, absehen, wenn diese Begründung nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist. Soweit die Zivilsenate von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, können sie nicht im Wege einer Gehörsrüge dazu gezwungen werden, sich näher mit den Gründen der Nichtzulassungsbeschwerde zu befassen. Anhörungsrügen werden deshalb regelmäßig mit dem Hinweis zurückgewiesen, der Senat habe bei seiner Entscheidung über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde das Vorbringen des Rechtsmittelklägers in vollem Umfang geprüft, ihm aber keine Gründe für eine Zulassung der Revision entnehmen können.⁹⁵

Wenn im Ausnahmefall auf eine Anhörungsrüge hin nichtsdestotrotz nähere Ausführungen gemacht werden⁹⁶, ist dies eher ungewöhnlich und im konkreten Fall offenbar der Einsicht geschuldet, dass die vom Beru-

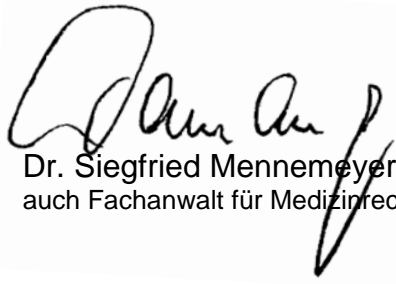
⁹⁴ Beschluss vom 18. Dezember 2014 – [VI ZR 207/14](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 1.

⁹⁶ so a.a.O., juris, Rn. 3 ff.

fungsgesicht verneinte Notwendigkeit einer Aufklärung über eine Sectio in Ansehung des Geburtsgewichts von 4.420 g alles andere als selbstverständlich war und sicher die Grenzen der tatrichterlich zu verantwortenden Urteilsfindung erreichte.⁹⁷

Karlsruhe, den 21. April 2015



Dr. Siegfried Mennemeyer
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁹⁷

vgl. a.a.O., juris, Rn. 4.