

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2021**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2021 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2021 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der privaten Krankenversicherung, das Berufsrecht, das Vergütungsrecht der Heilberufe, das Krankenhausrecht, die Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts zu berichten. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ des Bundesgerichtshofs 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 2021 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 sind beim BGH vorrangig dem VI. Zivilsenat zugewiesen, der in dieser Berichtsperiode jedoch – was ungewöhnlich ist – nur eine berichtenswerte Entscheidung zum Recht der medizinischen Behandlung abgesetzt hat, da er wesentlich mit anderen Materien (z. B. Dieselskandal) befasst war. Deshalb soll an dieser Stelle auch über Judikate des I. sowie des III. Zivilsenats berichtet werden.

a)

Der III. Zivilsenat hatte in einer zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehenen Entscheidung über die **AGB-Kontrolle von Patienteninformationen** zu befinden.⁴ Bisher erschien es so, als dürften Ärzte im Behandlungsalltag im Hinblick auf eine erfolgte **Aufklärung** unproblematisch auf **vorformulierte Formulare** zurückgreifen. Von daher war es im Ausgangspunkt überraschend, dass das Landgericht Düsseldorf⁵ ein Aufklärungsblatt im Zusammenhang mit einer Glaukom-Vorerkennungsuntersuchung als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB beurteilt und die streitgegenständliche Klausel als gegen § 309 Nr. 12 lit. b BGB verstoßende nachteilige Beweislaständerung bewertet hatte.⁶ Dem ist der **Bundesgerichtshof** nicht gefolgt und **hat ausgesprochen, dass Formulare, die eine ärztliche Aufklärung und die Entscheidung des Patienten, ob er eine angeratene Untersuchung vornehmen lassen will, dokumentieren sollen, grundsätzlich keiner AGB-rechtlichen Kontrolle** nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie §§ 308, 309 BGB **unterliegen**.⁷

⁴ Urteil vom 02. September 2021 – III ZR 63/20 – BGHZ 231, 31 ff. = ArztR 2021, 313 ff. = GesR 2021, 706 ff. = NJW 2021, 1495 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ Urteil vom 07. Dezember 2016 – 12 O 75/16 – VuR 2017, 272 ff.

⁶ LG Düsseldorf, a.a.O., juris, Rn. 25 ff. sowie 29 ff. unter Hinweis auf gewichtige Auffassungen in der Literatur.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

Das vom Beklagten empfohlene Informationsblatt unterrichtete die Patienten über das Risiko eines symptomlosen Glaukoms und über die Möglichkeit einer (auf eigene Kosten durchzuführenden) Früherkennungsuntersuchung. Die streitige Klausel diene von daher der Dokumentation der hierüber erfolgten Aufklärung und der Entscheidung des Patienten, ob er die angeratene Untersuchung vornehmen lassen will. **Für die ärztliche Aufklärung gelten** durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelte **eigenständige Regeln, die auch das Beweisregime erfassen**. Danach dürfen an den dem Arzt obliegenden Beweis dafür, dass er eine geschuldete Aufklärung geleistet hat, keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Der Tatrichter hat die besondere Situation, in der sich der Arzt während der Behandlung des Patienten befindet, ebenso zu berücksichtigen wie Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben kann.⁸

Zu den danach zu berücksichtigenden Umständen gehört etwa eine ständige und übliche Beratungspraxis; kann der Arzt eine solche darlegen und ggf. beweisen, sollte im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist. Einen wesentlichen Anhaltspunkt für den Inhalt der dem Patienten erteilten Aufklärung stellt – in positiver wie auch in negativer Hinsicht – ein dem Patienten zur Verfügung gestelltes oder von diesem unterzeichnetes Aufklärungs- oder Einwilligungsformular dar.⁹

b)

Der VI. Zivilsenat hatte über eine Fallkonstellation zu entscheiden, in der es um die **Beweislast des Arztes für die Behauptung einer hypothetischen Einwilligung** ging.¹⁰

⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 12 m.w.N.

¹⁰ Urteil vom 07. Dezember 2021 – [VI ZR 277/19](#) – ArztR 2022, 61 f. = GesR 2022, 110 ff. = VersR 2022, 245 ff. = ZMGR 2020, 24 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Beruft sich der behandelnde Arzt im Falle einer fehlerhaften Eingriffsaufklärung darauf, der Patient hätte auch im Falle einer zutreffenden Aufklärung in die betreffende Maßnahme eingewilligt („hypothetische Einwilligung“), so trifft ihn die Beweislast für diese Behauptung dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er – wäre er ordnungsgemäß aufgeklärt worden – vor einem **echten Entscheidungskonflikt** gestanden hätte, wobei an die Substantiierung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.¹¹ **Vom Patienten nicht zu verlangen ist, dass er – darüber hinausgehend – plausibel macht, er hätte sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung auch tatsächlich gegen die durchgeführte Maßnahme entschieden.**¹²

Gemessen an diesen Vorgaben hatte das Berufungsgericht die an die plausible Darlegung eines Entscheidungskonflikts zu stellenden Anforderungen überspannt. Denn es hatte die plausible Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts durch die Klägerin mit der Erwägung verneint, die Angaben der Klägerin reichten ersichtlich nicht aus, plausibel zu machen, dass sie sich damals anders entschieden hätte; darauf kommt es indes für die plausible Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts aber gerade nicht an.¹³

c)

Um eine ärztliche Fernbehandlung und die Beurteilung einer darauf abzielenden Werbung nach Maßgabe von § 9 HWG ging es in einer Entscheidung des I. Zivilsenats.¹⁴ Gegenstand der Werbung war ein sogenannter digitaler Arztbesuch, bei dem **Versicherten über eine Smartphone-App die Möglichkeit eröffnet wurde, Kontakte zu Ärzten in einer in der Schweiz ansässigen AG aufzunehmen.** Die Klägerin sah hierin einen Verstoß gegen das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen gemäß § 3a UWG i.V.m. § 9 HWG, wobei die Beklagte dem entgegenhielt, die

11 a.a.O., juris, Rn. 10.

12 a.a.O., juris, Rn. 10.

13 a.a.O., juris, Rn. 11.

14 Urteil vom 09. Dezember 2021 – [I ZR 146/20](#) – GesR 2020, 173 ff.

beworbene Fernbehandlung werde von erfahrenen Ärzten der AG erbracht und sei in der Schweiz schon seit Jahren erlaubt. Sie beschränke sich zudem auf die Beratung bei allgemeinen medizinischen Problemen, bei denen ein persönlicher Kontakt zwischen Arzt und Patient nicht erforderlich sei.¹⁵

Der I. Zivilsenat hat ausgesprochen, dass die angegriffene Werbung gegen § 9 HWG n.F. verstößt.¹⁶ Gemäß § 9 Satz 1 HWG alter und neuer Fassung ist eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung), unzulässig. Nach dem durch das Digitale-Versorgung-Gesetz vom 19. Dezember 2019 eingeführten Satz 2 dieser Bestimmung ist Satz 1 nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlung, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach **allgemein anerkannten fachlichen Standards** ein **persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen** nicht erforderlich ist.

Bei der Auslegung des Erlaubnistatbestandes gemäß § 9 Satz 2 HWG n.F. kommt es im Ausgangspunkt auf eine abstrakte generalisierende Bewertung an, da sich Werbung unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl nicht näher individualisierter Personen richtet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Ausnahmetatbestandes gemäß § 9 Satz 2 HWG der Weiterentwicklung telemedizinischer Möglichkeiten Rechnung tragen wollte und von der Einhaltung anerkannter fachlicher Standards bereits dann ausgegangen ist, wenn danach eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist. Der in § 9 Satz 2 HWG verwendete **Begriff der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ ist unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff gemäß § 630a Abs. 2 BGB und die dazu mit Blick auf die vom Arzt zu erfüllenden Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag entwickelten**

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 2.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 47 ff.

Grundsatz auszulegen.¹⁷ Bei der Bestimmung des anerkannten fachlichen Standards sind die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften und die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V zu berücksichtigen. Weiterhin können sich fachliche Standards auch unabhängig davon bilden.¹⁸ Nachdem das **Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hatte, dass** die von der Beklagten **beworbene umfassende Fernbehandlung** in der Schweiz nach den vorbenannten Grundsätzen den **allgemeinen fachlichen Standards entsprach**, erwies sich die streitgegenständliche Werbung als Verstoß gegen § 3a UWG i.V.m. § 9 HWG.

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Das Recht der privaten Krankenversicherung fällt in die Zuständigkeit des IV. Zivilsenats.

a)

In einem Grundsatzurteil hat der IV. Zivilsenat ausgesprochen, dass der private **Krankenversicherer nach § 394 Satz 2 BGB berechtigt ist, mit rückständigen Prämienforderungen aus einer Krankheitskostenversicherung gegen Krankentagegeldansprüche des Versicherungsnehmers aufzurechnen.**¹⁹ Aus § 394 Satz 2 BGB ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer Prämienforderung des Versicherers. Zwar findet eine Aufrechnung, soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, gegen diese nicht statt (§ 394 Satz 1 BGB). Gegen die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen können aber geschuldete Beiträge aufgerechnet werden (§ 394 Satz 2 BGB).

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 53.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 64.

¹⁹ Urteil vom 29. September 2021 – [IV ZR 99/20](#) – NJW 2021, 3783 ff. = VersR 2021, 1484 ff. = ZfSch 2021, 696 ff.

Hieraus wird zu Recht geschlossen, dass der Versicherer berechtigt ist, ausnahmsweise auch gegen eigentlich gemäß § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO unpfändbare Forderungen aufzurechnen.²⁰

Im Streitfall hatte die zugelassene Aufrechnung der Klägerin zur Folge, dass ein nach § 193 Abs. 9 Satz 1 VVG eingetretenes Ruhen der Krankenversicherung endete und der Beklagte deshalb wieder zur Zahlung des Normaltarifs verpflichtet war.²¹ Ob die Vertragsruhe auch durch eine seitens des Versicherers erklärte Aufrechnung mit rückständigen Prämienforderungen beendet werden konnte, war umstritten. **Der IV. Zivilsenat hat sich der Auffassung angeschlossen, dass es eines voluntativen Elements auf Seiten des Versicherungsnehmers für die Rückkehr in den Normaltarif nicht bedarf.** Zwar könnte der in § 193 Abs. 9 Satz 1 VVG verwendete Begriff „gezahlt“ darauf hindeuten, dass die rückständigen Prämienanteile durch eine Geldleistung ausgeglichen sein müssen. Eine willentliche Zahlung durch den Versicherungsnehmer setzt die Vorschrift aber nach ihrem Wortlaut nicht voraus. Vielmehr spricht die passive Formulierung „Sind alle rückständigen Prämienanteile... gezahlt...“ dafür, dass es nicht auf eine Zahlung des Versicherungsnehmers ankommt und unerheblich ist, wie die Rückstände ausgeglichen worden sind.²²

b)

Mit der **Verjährung von Rückforderungsansprüchen nach einer Prämienanpassung** in der privaten Krankenversicherung beschäftigt sich eine weitere zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ bestimmte Entscheidung des IV. Zivilsenats.²³ Bei einem Anspruch des Versicherungsnehmers einer privaten Krankenversicherung auf Rückgewähr von Erhöhungsbeträgen, deren Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprach, erlangt der Versicherungsnehmer grundsätzlich **bereits**

²⁰ a.a.O., juris, Rn 15.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

²² a.a.O., juris, Rn. 25.

²³ Urteil vom 17. November 2021 – [IV ZR 113/20](#) – NJW 2022, 389 ff. = VersR 2022, 97 ff. = ZfSch 2022, 90 ff.

zum Zeitpunkt des Zugangs der Änderungsmitteilung Kenntnis von den anspruchsbegründeten Umständen und der Person des Schuldners i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, sodass die Verjährung der Rückzahlungsansprüche jeweils mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem die erhöhten Prämien gezahlt wurden.²⁴ Der Verjährungsbeginn kann ausnahmsweise durch die Rechtsunkenntnis des Versicherungsnehmers hinausgeschoben werden, wenn aufgrund einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag, eine Klageerhebung unzumutbar ist.²⁵ An einer solchen Unzumutbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Versicherungsnehmer bereits von einer höchstrichterlichen Entscheidung zu den Anforderungen, die an die nach § 203 Abs. 5 VVG mitzuteilenden Gründe einer Prämienanpassung zu stellen sind, seine Ansprüche gegen den Versicherer geltend gemacht und Klage erhoben hat (hier: im Jahr 2018).²⁶

c)

Mit im Wesentlich gleichgelagerten Fallgestaltungen befassen sich insgesamt sieben in der Gerichtsperiode vom IV. Zivilsenat abgesetzte Urteile, in denen es allgemein um die **Wirksamkeit von Prämienanpassungen nach § 203 Abs. 2 VVG und die an die Mitteilung einer derartigen Prämienanpassung zu stellenden Anforderungen des § 203 Abs. 5 VVG** ging.²⁷

3.

Mit Fragen des Berufsrechts der Heilberufe bzw. hiermit zusammenhängenden Fragestellungen ist über Entscheidungen des I. sowie des VI. Zivilsenat zu berichten.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 42

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 43.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 45.

²⁷ Urteile vom 21. Juli 2021 – [IV ZR 191/20](#) –, 20. Oktober 2021 – [IV ZR 148/20](#) –, 10. November 2021 – [IV ZB 27/20](#), [IV ZB 28/20](#), [IV ZB 29/20](#) sowie [IV ZB 40/20](#) – und vom 17. November 2021 – [IV ZR 109/20](#) – sämtlich veröffentlicht bei juris; vgl. zu alledem auch unsere versicherungsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2021 und dort unter 6. c) und f).

a)

Wirbt ein Zahnarzt, der nicht Fachzahnarzt für Kieferorthopädie ist, mit den Angaben „Kieferorthopädie“ und „(Zahnarzt-) Praxis für Kieferorthopädie“, muss er der dadurch ausgelösten Fehlvorstellung eines erheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise, er sei Fachzahnarzt für Kieferorthopädie, durch zumutbare Aufklärung entgegenwirken.²⁸ Das vom Berufungsgericht ermittelte **Verkehrsverständnis hinsichtlich der Angaben „Kieferorthopädie“ und „(Zahnarzt-) Praxis für Kieferorthopädie“** hielt den rechtlichen Nachprüfungen durch den Bundesgerichtshof nur zum Teil Stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geht ein erheblicher Teil der Verbraucherinnen und Verbraucher davon aus, **nur ein Fachzahnarzt für Kieferorthopädie** dürfe kieferorthopädische Leistungen erbringen, und entnimmt den streitgegenständlichen Angaben daher die implizite Aussage, bei dem Beklagten handele es sich um einen solchen Fachzahnarzt.

b)

In Fortführung seiner Entscheidung vom 20. Februar 2018²⁹ hatte sich der VI. Zivilsenat erneut in zwei Fällen mit dem Ärztebewertungsportal jameda zu befassen.

aa)

Eine ebenfalls zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehene Entscheidung³⁰ hält fest, dass der Betreiber **eines** Ärztebewertungsportals keinem strengen Gleichbehandlungsgebot in dem Sinne unterliegt, dass eine **Ungleichbehandlung von Ärzten, die keine (zahlenden) Kunden des Portalbetreibers sind, einerseits und Ärzten, die für ihr Profil bezahlen**, andererseits stets zur Unzulässigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten von nicht zahlenden Ärzten führt,

²⁸ Urteil vom 29. Juli 2021 – [I ZR 114/20](#) – NJW-RR 2021, 1491 ff. = ZMGR 2022, 49 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁹ – [VI ZR 30/17](#) – BGHZ 217, 340 Ärztebewertung III = juris, Rn. 18.

³⁰ Urteil vom 12. Oktober 2021 – [VI ZR 489/19](#) – ArztR 2022, 33 ff. = GesR 2022, 163 ff.

die der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Portalbetrieb widersprochen haben. Bei Anwendung dieser Grundsätze waren die vom Kläger im Revisionsverfahren mit den Anträgen 2c bis 2x noch bekämpften Verhaltensweisen der Beklagten zulässig.³¹

bb)

Mit vergleichbaren Fragen und der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Ärztebewertungsportal jameda befasst sich eine weitere Entscheidung des VI. Zivilsenats.³² Im Zusammenhang mit dem auch hier angeführten Gleichbehandlungsgebot führt der Bundesgerichtshof aus, es **sei maßgeblich, welchen konkreten Vorteil der Portalbetreiber zahlenden gegenüber nicht zahlenden Ärzten gewährt** und ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung in einer Gesamtschau mit allen anderen Umständen des konkreten Einzelfalls dazu führt, dass die Interessen des gegen seinen Willen in das Portal aufgenommenen Arztes die berechtigten Interessen des Portalbetreibers und vor allem der Portalnutzer überwiegen.³³

4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Zur vertrags- bzw. gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – in der Berichtsperiode keine Entscheidung abgesetzt.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 41 ff.

³² Urteil vom 12. Oktober 2021 – [VI ZR 488/19](#) – AfP 2020, 47 ff. = GRUR 2022, 247 ff.

³³ a.a.O. juris, Rn. 39.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Unter diesem Gliederungspunkt ist über drei Entscheidungen des III. Zivilsenats zu berichten.

a)

Der **Einsatz eines Femtosekundenlasers bei Durchführung einer Katarakt-Operation** ist nach Nr. 1375 des Gebührenverzeichnisses der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), zu welcher der Zuschlag nach Nr. 441 GOÄ für die Anwendung eines Lasers bei ambulanten operativen Leistungen ggf. hinzu kommt, zu honorieren und **nicht zugleich nach den Nummern 5800 und 5855 GOÄ analog abrechenbar**.³⁴ Der III. Zivilsenat hat es für entscheidend gehalten, ob die in Nr. 1375 des Gebührenverzeichnisses beschriebene Leistung als eine solche Zielleistung der durchgeführten Operation angesehen werden muss und die Femtosekundenlaser – assistierte – Katarakt-Operation **keine eigenständige neue Operationsmethode**, sondern lediglich eine besondere Ausführungsart der in Nr. 1375 beschriebenen extrakapsulären Katarakt-Operation mittels Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation) darstellt, die auch ohne Einsatz dieser Technik vorgenommen werden kann.

Diese in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur unterschiedlich beurteilte Frage ist zu bejahen. Die herkömmliche Katarakt-Operation, zu der als Bestandteil der Linsenkernverflüssigung gehört, wird durch den Lasereinsatz nicht ersetzt, sondern lediglich hinsichtlich einzelner Teilschritte bei der Vorbereitung der Entfernung der getrübten Linse modifiziert, so dass die Voraussetzungen einer „besonderen Ausführung“ im Sinne des § 4 Abs. 2a Satz 1 Alt. 2 GOÄ erfüllt sind.³⁵

³⁴ Urteil vom 14. Oktober 2021 – [III ZR 353/20](#) – ArztR 2020, 73 ff. = VersR 2022, 301 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

Da nach alledem nicht davon ausgegangen werden konnte, dass bei Verwendung eines Femtosekundenlasers im Rahmen einer Katarakt-Operation eine eigenständige neue Methode zur Beseitigung des Grauen Stars zum Einsatz kommt und der Lasereinsatz auch keinen selbständigen operativen Eingriff mit einem eigenständigen Therapiezweck verfolgt, schied eine zusätzliche Honorierung nach den Nummern 5800 und 5855 GOÄ analog aus.

b)

Ebenfalls um den Einsatz und die **Abrechnung eines Femtosekundenlasers** nach Nr. 1375 des Gebührenverzeichnisses der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) bei Durchführung einer Katarakt-Operation ging es in einem weiteren, in diese Berichtsperiode fallenden Urteil des III. Zivilsenats.³⁶

Auch im Rahmen dieser Entscheidung führte der Bundesgerichtshof im Einzelnen aus, dass eine gesonderte Abrechnung des Einsatzes des Femtosekundenlasers durch die analoge Anwendung eines im Gebührenverzeichnis explizit enthaltenen Gebührentatbestandes, insbesondere eine analoge Anwendung der Nr. 5855, nicht in Betracht kommt.³⁷ Die **Zielleistung** „extrakapsuläre Operation des Grauen Stars mittels Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)“ **bleibt unabhängig von der Ausführungsart dieselbe**. Die Phakoemulsifikation beinhaltet die Zertrümmerung bzw. Zerkleinerung der Linse, ohne dass dies zwingend durch Ultraschall erfolgen muss.³⁸ Auch bei Einsatz eines Femtosekundenlasers wird die Linse jedenfalls (vor-)zerkleinert, wobei der Lasereinsatz keinen eigenständigen Therapiezweck begründet.

³⁶ Urteil vom 14. Oktober 2021 – [III ZR 350/20](#) – GesR 2022, 30 ff. = VersR 2022, 307 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

6. Krankenhausrecht

Fallgestaltungen mit Bezügen zum Krankenhausrecht haben den III. und VI. Zivilsenats beschäftigt.

a)

In einem erst in dieser Berichtsperiode veröffentlichten Beschluss des III. Zivilsenats ging es um **Ansprüche aus Amtshaftung beim Transport durch einen Rettungsdienst**.³⁹ Der Zurückweisungsbeschluss enthält die übliche Begründung, nach der sich die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet erweise, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung habe noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordere (§ 543 Abs. II Satz 1 ZPO).⁴⁰

Im Weiteren wird allerdings ausgeführt: **Ob** die für das Arzthaftungsrecht **anerkannte Beweiserleichterung bei der Verwirklichung „vollbeherrschbarer Risiken“** (vgl. § 630a Abs. 1 BGB) **auch für (Notfall-) Behandlungen gilt, die der Amtshaftung unterliegen**, hat der III. Zivilsenat ausdrücklich **offengelassen**. Auch im Falle einer Beweislastumkehr bliebe die Klage ohne Erfolg, weil das Berufungsgericht angenommen hat, dass der **Beklagte nachgewiesen** habe, dass ihm bzw. seinen Bediensteten **keine Pflichtverletzung** unterlaufen sei. Insbesondere seien Tests der Funktionsfähigkeit der Rolltrage vor jedem erneuten Einsatz nicht geboten und eine Prüfung der Aktualität des TÜV-Siegels – wie hier geschehen – ausreichend.⁴¹

³⁹ Beschluss vom 27. Mai 2021 – [III ZR 329/20](#) – und dazu Dörrenbecher, MedR 2022, 149 ff.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 1.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 2.

b)

Mit dem **Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 WBVG** befasst sich ein weiteres Judikat des III. Zivilsenats.⁴²

Der Kläger hatte Rückzahlung einer sogenannten **Platzgebühr für die Reservierung eines Zimmers in einem** von der Beklagten betriebenen **Pflegeheim** verlangt. Der Bundesgerichtshof hat die klageabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit an die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts **umfasste der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 WBVG** nicht nur Verbraucher, die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung im Sinne des § 28 SGB XI unmittelbar beziehen, sondern **auch Verbraucher, die Leistungen einer privaten Pflegeversicherung** im Sinne von § 23 i.V.m. § 110 SGB XI **erhalten** und damit mittelbar Leistungen auf der Basis des vierten Kapitels des SGB XI in Anspruch nehmen.⁴³

Es ist mit **§ 15 Abs. 1 Satz 1 WBVG i.V.m. § 87a Abs. 1 Satz 1 SGB XI unvereinbar, eine Platz- oder Reservierungsgebühr** auf der Basis des vertraglichen Leistungsentgelts – gegebenenfalls vermindert um pauschalisierte ersparte Aufwendungen – für die Zeit vor der Aufnahme der Pflegebedürftigen in das Pflegeheim bis zum tatsächlichen Einzugstermin vertraglich **festzulegen**. Eine solche Vereinbarung ist gem. § 15 Abs 1 Satz 2 WBVG, § 87a Abs. 1 Satz 4 SGB XI unwirksam.⁴⁴

c)

Der V. Zivilsenat hatte sich mit einem **Übertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung unter Geschwistern** zu befassen.⁴⁵

⁴² Urteil vom 15. Juli 2021 – [III ZR 225/20](#) – NJW 2021, 3597 ff. = BfIR 2022, 38 ff. = VersR 2022, 173 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 16 ff.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 31 ff.

⁴⁵ Urteil vom 09. Juli 2021 – [V ZR 30/20](#) – NJW-RR 2021, 1382 ff.

Konkret ging es um die Frage des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei Zerrüttung der Beziehung**. Hierzu hat der V. Zivilsenat ausgesprochen:

Bei einem Übertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung unter Geschwistern ist die dauerhafte, von gegenseitigem Vertrauen der Parteien getragene Beziehung im Zweifel Geschäftsgrundlage des Vertrags. Ist das Verhältnis zwischen den Übertragenden und Übernehmenden heillos zerrüttet, führt dies – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarung – zu dem Wegfall der Geschäftsgrundlage; dafür **kommt es nicht darauf an, welche Vertragspartei unter welchem Anteil an dem Zerwürfnis trägt**. In der Regel tragen nämlich beide Vertragsparteien ihren Anteil daran und es lässt sich auch durch eine Beweisaufnahme kaum aufklären, ob der Anteil des einen oder des anderen überwiegt.

Grund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist die eingetretene Zerrüttung, die ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar macht.⁴⁶ Der Übertragende kann in diesem Fall die Rechte aus § 313 BGB geltend machen, es sei denn, die Zerrüttung sei eindeutig ihm allein anzulasten.⁴⁷

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

In diesem Gliederungspunkt ist über zwei Entscheidungen des X. Zivilsenats zu berichten.

a)

Gegenstand **einer Patentnichtigkeitssache war der Einsatz eines Wirkstoffs zur Prävention einer sich noch nicht manifestierten Krankheit – präventive Antibiotika-Behandlung**.⁴⁸ Die Berufung führte zur

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

⁴⁸ Urteil vom 14. Dezember 2021 – [X ZR 107/19](#) – juris.

Abänderung der angefochtenen Entscheidung des Bundespatentgerichts. Der dem Urteil vorangestellte Leitsatz hält fest, dass der Einsatz eines Wirkstoffs zur Prävention einer Krankheit, die sich noch nicht manifestiert hat, nicht neu ist, wenn die Kriterien, an deren Vorliegen das Patent die erfindungsmäßige Präventionswirkung knüpft, bereits im Stand der Technik als Kriterien für die Verabreichung des Wirkstoffs herangezogen worden sind, und weder eine neue Art und Weise der Wirkstoffabgabe gelehrt noch eine Patientengruppe als erfolgreich behandelbar aufgezeigt wird, die mit dem Wirkstoff bislang nicht behandelt worden ist.⁴⁹

b)

In einer weiteren Patentnichtigkeitssache ging es um eine **Patentanmeldung betreffend ein Verfahren zur in-vitro Diagnose von bakterieller Pneumonie mit assoziierter Herzinsuffizienz**.⁵⁰ Der diesem Urteil vorangestellte Leitsatz hält fest, dass eine Patentanmeldung, die Schutz für ein Verfahren zur Diagnose einer bestimmten Erkrankung mit Hilfe eines bestimmten Stoffs als Marker beansprucht und als bevorzugte Ausführungsform die Anziehung von Schwellenwerten aus einem bestimmten Bereich benennt, keine ausreichende Offenbarungsgrundlage für ein Patent bildet, das einen deutlich weiteren Bereich beansprucht, wenn die Anmeldung keine Hinweise darauf enthält, welche Wertebereiche neben dem als bevorzugt angeführten ebenfalls als vorteilhaft in Betracht kommen.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Zu diesem Bereich finden sich – soweit ersichtlich – keine einschlägigen drittinstanzlichen Entscheidungen.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 62.

⁵⁰ Urteil vom 14. Dezember 2021 – [X ZR 109/19](#) – juris.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts befassen sich verschiedene Entscheidungen des VI., VIII. sowie IX. Zivilsenats.

a)

Die inhaltlichen **Anforderungen an eine Berufungsbegründung nach Maßgabe von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO** waren Gegenstand eines Verwerfungsbeschlusses des VI. Zivilsenats.⁵¹

In erster Instanz hat der Kläger die beklagte Zahnärztin wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch genommen. Das Landgericht hatte die Klage nach Einholung eines humangenetischen und eines zahnärztlichen Gutachtens und Anhörung der zahnärztlichen Sachverständigen abgewiesen. Die gegen das erstinstanzliche Urteil geführte Berufung wurde vom Berufungsgericht als unzulässig verworfen, was einer rechtlichen Überprüfung durch den Bundesgerichtshof standhielt.⁵²

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; nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss die Berufungsbegründung konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.⁵³ Diesen Anforderungen wurde die Berufungsbegründung nicht gerecht.

⁵¹ Beschluss vom 21. Dezember 2021 – [VI ZB 18/20](#) – NJW 2022, 367 ff.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 8.

Hinsichtlich der das landgerichtliche Urteil selbständig tragenden Annahme, die Beklagte habe den Kläger unabhängig vom Vorliegen einer Amelogenesis Imperfecta nicht fehlerhaft behandelt, fehlte es an einem hinreichenden Berufungsangriff.⁵⁴

b)

Ein Dauerbrenner sind Verletzungen von Art. 103 Abs. 1 GG, die einen Großteil der drittinstanzlichen Angriffe gegen Instanzenentscheidungen betreffen. Derartige Fragen lagen einer Entscheidung des VI. Zivilsenats⁵⁵ zugrunde.

Eine Entscheidung beruht auf der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders ausgefallen wäre.⁵⁶ Vorliegend war der Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, weil das Berufungsgericht einen **Antrag auf Verlängerung der Frist zur Stellungnahme auf den Hinweis des Berufungsgerichts gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht zur Kenntnis genommen** und die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen hatte. Dabei war unerheblich, dass das am 25. Mai 2020 vor Erlass des Zurückweisungsbeschlusses per Fax auf der Geschäftsstelle eingegangene Schreiben erst nach Erlass des Zurückweisungsbeschlusses am 10. Juni 2020 vorgelegt worden war.⁵⁷

Der VI. Zivilsenat hat den entsprechend angegriffenen Zurückweisungsbeschluss aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Frist zur Stellungnahme (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) gemäß § 224 Abs. 2 ZPO verlängert werden kann.⁵⁸ Da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass das Berufungsgericht bei

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 9 f.

⁵⁵ Beschluss vom 28. September 2021 – [VI ZR 946/20](#) – GesR 2022, 22 f. = NJW-RR 2022, 286 f. = VersR 2022, 399; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 4.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 8.

Berücksichtigung einer – dann innerhalb der verlängerten Frist abgegebenen – Stellungnahme zu seinem Hinweisbeschuss zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre, ließ sich der Zurückweisungsbeschluss nicht halten.⁵⁹

Alldem stand der stets zu beachtende **Grundsatz der Subsidiarität** nicht entgegen. Nach diesem Grundsatz muss ein Beteiligter die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, 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.⁶⁰ Vorliegend durften die Prozessvertreter der Klägerin nicht erwarten, dass die Frist – wie von ihnen beantragt – „stillschweigend“ verlängert würde. Denn eine Fristverlängerung muss ausdrücklich ausgesprochen und mitgeteilt werden. Allerdings hatten die Klägervertreter vorliegend jedenfalls vor Zurückweisung der Berufung durch Beschluss vom 10. Juni 2020 keinen Anlass, sich zu erkundigen, ob und bis wann das Berufungsgericht die Frist zur Stellungnahme verlängert hat oder verlängern würde.⁶¹

c)

Der IX. Zivilsenat hat entschieden, dass für die Widerlegung der **Richtigkeit des in einem anwaltlichen Empfangsbekanntnis angegebenen Zustellungsdatums** das Verstreichen eines ungewöhnlich langen Zeitraums zwischen der gerichtlichen Verfügung und diesem Datum nicht genügt.⁶²

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist vor der Verwerfung einer Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist dem Berufungskläger rechtliches Gehör zu gewähren.⁶³ Im Einklang

59 a.a.O., juris, Rn. 9.

60 a.a.O., juris, Rn. 12.

61 a.a.O., juris, Rn. 13.

62 Beschluss vom 07. Oktober 2021 – [IX ZB 41/20](#) – AnwBl 2022, 109 = NJW-RR 2021, 1584; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

63 a.a.O., juris, Rn. 6.

mit dieser Pflicht befand sich in der Verfahrensakte eine Verfügung des Kammervorsitzenden vom 18. Februar 2020, mit der die Parteien auf die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist und die Absicht des Gerichts, die Berufung deshalb als unzulässig zu verwerfen, unter Fristsetzung hingewiesen werden sollten. Diese Verfügung war ausweislich der Verfahrensakte auch noch an diesem Tag von der Geschäftsstelle ausgefertigt und die Zustellung gegen Empfangsbekenntnis veranlasst worden. Der Kläger hatte jedoch mit dem von ihm unterschriebenen, erst am 13. März 2020 wieder bei Gericht eingegangenen Empfangsbekenntnis einen Zugang am 10. März 2020 und damit zeitlich nach Erlass der Verwerfungsentscheidung vom 09. März 2020 bestätigt.⁶⁴

Der Bundesgerichtshof hat den Verwerfungsbeschluss des Landgerichts aufgehoben und ausgeführt, das Berufungsgericht habe es versäumt, sich vor Erlass des Verwerfungsbeschlusses von dem rechtzeitigen Zugang der Hinweisverfügung beim Kläger zu überzeugen.⁶⁵ An diesem Umstand änderte es nichts, dass zwischen der Verfügung des Vorsitzenden und der Zustellung dieser Verfügung an den Kläger ein ungewöhnlich langer Zeitraum vergangen und zudem die gleichzeitig veranlasste Zustellung an die Beklagte bereits am 20. Februar 2020 bewirkt worden war. Das **Empfangsbekenntnis beweist gemäß § 174 Abs. 4 Satz 1 ZPO** und der darin enthaltenen gesetzlichen Beweisregel **das in ihm angegebene Zustellungsdatum**. Dadurch ist der Beweis, dass das zuzustellende Schriftstück den Adressaten tatsächlich zu einem früheren Zeitpunkt erreicht hat, allerdings nicht ausgeschlossen. Nicht ausreichend ist aber eine bloße Erschütterung der Richtigkeit der Angaben im Empfangsbekenntnis; vielmehr muss die Beweiswirkung vollständig entkräftet, mit anderen Worten jede Möglichkeit der Richtigkeit der Empfangsbestätigung ausgeschlossen werden.⁶⁶

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.


⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

d)

Ein Rechtsanwalt, der sich selbst vertritt und wegen einer länger andauernden Erkrankung an einem Termin nicht teilnehmen kann, muss sich vertreten lassen, es sei denn, er legt gewichtige Gründe dar, welche seine Anwesenheit erfordern.⁶⁷ In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dann, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, die Erkrankung der Partei selbst nicht zu einer Terminsverlegung zwingt, wenn und weil ihr Prozessbevollmächtigter zur Verfügung steht. Etwas anderes gilt nur, wenn gewichtige Gründe die persönliche Anwesenheit der Partei erfordern.⁶⁸ Entsprechendes gilt auch dann, wenn der sich nach § 78 Abs. 4 ZPO selbst vertretene Rechtsanwalt bei länger andauernder Erkrankung, welche ihm die Anreise zum und eine Teilnahme am Termin unmöglich macht, ablehnt, sich vertreten zu lassen.⁶⁹

Karlsruhe, 07. April 2022



Dr. Mennemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁶⁷ Urteil vom 02. Dezember 2021 – [IX ZR 53/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.