

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2023**

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

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2023 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2023 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist über das Recht der privaten Krankenversicherung, das Krankenhausrecht, Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie Grundzüge des Apothekenrechts und über 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 für Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2023 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 Bundesgerichtshof dem VI. Zivilsenat zugewiesen. Neben den dort anhängig gewesenen Zivilverfahren gilt es über einen weiteren beim 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs anhängigen Rechtsstreits zu berichten.

a)

In einem Arzthaftungsfall, in dem die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wegen geltend gemachter Behandlungsfehler zurückgewiesen worden war,⁴ hat der VI. Zivilsenat entschieden, dass eine **Einwilligung** in eine medizinische Maßnahme, die der Patient **im unmittelbaren Anschluss an das Aufklärungsgespräch** durch Unterzeichnung des Aufklärungsformulars erteilt hatte, **nicht wegen fehlender Überlegungszeit unwirksam war**. Unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 20. Dezember 2022⁵ bestätigt der VI. Zivilsenat, dass § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB **keine vor der Einwilligung einzuhaltende „Sperrfrist“** vorsieht, deren Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen würde. Ohne Erfolg wandte sich die Revision auch gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die vom Kläger erteilte Einwilligung umfasse auch die **intraoperativ erfolgte Operationserweiterung** in Form des Übergangs von der arthroskopischen Vorgehensweise zur offenen Refixation der Supraspinatussehne in Mini-open-Technik.⁶

Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzte dessen ordnungsgemäße Aufklärung voraus (§ 630d Abs. 2 BGB). Eine in einen ärztlichen Eingriff **erklärte Einwilligung ist nicht deshalb unwirksam, weil die**

⁴ Urteil vom 21. November 2023 – [VI ZR 380/22](#) – GesR 2024, 91 ff. = NJW 2024, 589 ff. = ZMGR 2024, 7 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ Urteil vom 20. Dezember 2022 – [VI ZR 375/21](#) –; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶ Urteil vom 21. November 2023 – [VI ZR 380/22](#) – juris, Rn. 23 ff.

Einwilligung im unmittelbaren Anschluss an ein Aufklärungsgespräch **noch am Tage des Aufklärungsgesprächs erteilt** wird. Die Bestimmung in § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB enthält kein Erfordernis, wonach zwischen Aufklärung und Einwilligung ein bestimmter Zeitraum liegen müsste, sondern kodifiziert die bisherige Rechtsprechung, wonach der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt werden muss, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahrnehmen kann. Wird die Aufklärung unter Beachtung dieser Vorgaben erteilt, lässt sich aus der Bestimmung in § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB keine vor der Einwilligung einzuhaltende „Sperrfrist“ ableiten, deren Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen würde.⁷

Zurückgewiesen wurde auch die weitere Revisionsrüge, die sich gegen den **Umfang der erteilten Einwilligung** richtete. Insoweit hatte das Berufungsgericht angenommen, dass sich die vom Kläger im Anschluss an das Aufklärungsgespräch erteilte Einwilligung auf die gesamte vom Beklagten zu 2 durchgeführte Operation, mithin **auch auf den intraoperativ erfolgten Übergang von der arthroskopischen Vorgehensweise zur Mini-open-Technik** erstreckte. Das Berufungsgericht hatte seiner Annahme einer einen intraoperativen Methodenwechsel umfassenden Einwilligung die Feststellung des Landgerichts zugrunde gelegt, wonach angesichts des vom Kläger teilweise selbst ausgefüllten und unterzeichneten Aufklärungsbogens und der Angaben des Zeugen B. auch unter Berücksichtigung der Angaben des persönlich angehörten Klägers sowie der als Zeugin einvernommenen Ehefrau des Klägers nicht von einer Vereinbarung ausgegangen werden könne, wonach die Operation ausschließlich arthroskopisch durchgeführt werden solle, mithin bei intraoperativ festgestellten Besonderheiten ohne Versorgung des betroffenen Bereichs – hier der gerissenen Supraspinatussehne – abgebrochen werden solle.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

b)

Um die **Indizwirkung einer Behandlungsdokumentation** in einem Geburtsschadenfall und konkret um den **Anwendungsbereich des § 630h Abs. 3 BGB** ging es in einer weiteren Revisionsentscheidung⁸, die zur Aufhebung der angegriffenen Berufungsentscheidung führte.

Im Ausgangspunkt war das Berufungsgericht noch zutreffend davon ausgegangen, dass das **Kind in den Schutzzumfang des zwischen seiner Mutter und der Beklagten zu 1 zustande gekommenen Vertrags über die Erbringung geburtshilflicher Leistungen einbezogen** worden war.⁹ Die Revision wandte sich aber mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dem von der Beklagten zu 1 zur Erbringung der ihr obliegenden ärztlichen Leistungen der Geburtshilfe eingesetzten Beklagten zu 4 (Assistenzarzt in Weiterbildung) sei deshalb ein Behandlungsfehler unterlaufen, weil er das **hochpathologische CTG** um 19.10 Uhr zur Kenntnis genommen und gleichwohl zunächst nichts unternommen hatte. Insoweit war zu beanstanden, dass das **Berufungsgericht rechtsfehlerhaft den Beklagten die Beweislast dafür auferlegt hatte, dass der Beklagte zu 4 das CTG nicht bereits um 19.10 Uhr gesehen hatte.**¹⁰

Grundsätzlich ist es Sache des Anspruchstellers, einen behaupteten Behandlungsfehler des Arztes nachzuweisen. Insoweit hatte sich das Berufungsgericht zu einer positiven Feststellung des angenommenen Behandlungsfehlers nicht in der Lage gesehen, da nach seinen Ausführungen nicht festgestellt werden konnte, dass der Beklagte zu 4 das CTG auf Bitten der Beleghebamme um 19.10 Uhr in Augenschein genommen hatte. Nach Auffassung des Berufungsgerichts lag eine „**unklare Beweislage**“ vor.¹¹ Rechtsfehlerhaft hatte das Berufungsgericht im Weiteren eine **Umkehr der Beweislast** zugunsten der Klägerin **darin geknüpft, dass in der Dokumentation des Geburtsverlaufs durch die Beleghebamme für 19.10 Uhr**

⁸ Urteil vom 05. Dezember 2023 – [VI ZR 108/21](#) – GesR 2024, 95 ff. = NJW 2024, 445 ff.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

vermerkt war, sie habe das CTG dem Beklagten zu 4 gezeigt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war der Inhalt der Dokumentation nicht zugunsten des Beweisführers als richtig zu unterstellen, soweit nicht der Beweisgegner das Gegenteil beweist. Eine derart weitgehende Wirkung kommt der Dokumentation des Behandlungsgeschehens nicht zu.¹²

Die Dokumentation des Behandlungsgeschehens in Papierform ist eine Urkunde im Sinne der §§ 415 ff. ZPO, konkret eine Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO. Eine von ihrem Aussteller unterschriebene **Privaturkunde begründet nach § 416 ZPO vollen Beweis allein dafür, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärungen von dem Aussteller abgegeben worden sind. Die Beweisregel erstreckt sich dagegen *nicht auf die inhaltliche Richtigkeit des Erklärten*.**¹³ Ob die in der Privaturkunde enthaltenen Angaben zutreffen, insbesondere ob die darin bezeugten tatsächlichen Vorgänge wirklich so geschehen sind oder nicht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und unterliegt der freien tatsächlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO.¹⁴

An einem möglichen und für die Beweisführung erforderlichen **Indizwert der Dokumentation fehlt es dann, wenn** der Dokumentierende Umstände in der Patientenakte festgehalten hat, die sich zu Lasten des im konkreten Fall in Anspruch genommenen Mitbehandlers (Beweisgegners) auswirken und **nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Dokumentation *durch den Dritten aus eigenem Interesse an einer Vermeidung oder Verringerung der eigenen Haftung erfolgt ist*.** In diesem Fall ist die Indiztatsache – die Dokumentation der jeweiligen Maßnahme – ambivalent¹⁵.

Eine **andere Beurteilung folgt auch nicht aus § 630h Abs. 3 BGB.** Diese Regelung knüpft beweisrechtliche Folgen lediglich daran, dass der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und die

¹² a.a.O., juris, Rn. 15.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 19.

Ergebnisse entgegen § 630f BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder die Patientenakte nicht aufbewahrt hat¹⁶. Eine **positive Beweisvermutung spricht die Norm nicht aus**. Es besteht auch keine Veranlassung, den Anwendungsbereich des § 630h Abs. 3 BGB in Abkehr von der bisherigen Senatsrechtsprechung erweiternd dahin auszulegen, dass der Inhalt der Patientenakte zu Gunsten des Patienten als richtig fingiert wird, wenn nicht der Behandelnde das Gegenteil nachweist.¹⁷

Im Ergebnis hat der VI. Zivilsenat die Verurteilung des Beklagten zu 4 aufgehoben und die **Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses wird sich** im Rahmen der wiederzueröffnenden Berufungsverhandlung **erneut mit dem Umfang der Indizwirkung der von der Hebamme erstellten Privaturkunde befassen** und in die Beweiswürdigung alle vom Beweisgegner vorgebrachten Gesichtspunkte einzubeziehen haben. Dabei kann vom Beklagten zu 4 nicht verlangt werden, die inhaltliche Richtigkeit der Dokumentation der Hebamme zu widerlegen. Vielmehr **genügt es, wenn Umstände dargetan sind, die bleibende Zweifel daran begründen, dass das Dokumentierte der Wahrheit entspricht, das Beweisergebnis also keine Überzeugung i.S.v. § 286 ZPO rechtfertigt**. So verhält es sich insbesondere, wenn der Beweisgegner Umstände aufzeigt, die den Indizwert – die abstrakte Beweiskraft – der Dokumentation in Frage stellen.¹⁸ Konkret kann es an dem erforderlichen Indizwert der streitgegenständlichen Dokumentation fehlen, wenn der Dokumentierende Umstände in der Patientenakte festgehalten hat, die sich zu Lasten des im konkreten Fall in Anspruch genommenen Mitbehandlers auswirken und nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese aus eigenem Interesse an einer Vermeidung oder Verminderung der eigenen Haftung erfolgt sind.¹⁹

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

c)

Ein Streit um das **Vorliegen eines Produktfehlers bei einem gebrochenen Keramikinlay einer Hüftprothese** war Gegenstand eines weiteren vom VI. Zivilsenat entschiedenen Revisionsverfahrens.²⁰ Neben Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte²¹ war ebenfalls von Amts wegen zu prüfen, ob auf den Streitfall deutsches Recht anwendbar war.²² Der Bundesgerichtshof hat auf der Grundlage deutschen Rechts die **Beurteilung des Berufungsgerichts bestätigt, welches angenommen hatte, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass das von der Beklagten hergestellte, der Klägerin im Jahr 2007 implantierte und im Jahr 2011 nach einem Bruch des Keramikinlays ausgetauschte Produkt i.S.d. § 3 Abs. 1 ProdHaftG fehlerhaft war.**²³ Die Sicherheit, die nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG von einem Produkt berechtigterweise erwartet werden kann, ist vor allem unter Berücksichtigung des Verwendungszwecks und der objektiven Merkmale und Eigenschaften des in Rede stehende Produkt sowie der Besonderheiten der Benutzergruppe, für die es bestimmt ist, zu beurteilen. Abzustellen ist also nicht auf die subjektive Sicherheitserwartung des jeweiligen Benutzers, sondern objektiv darauf, ob das Produkt diejenige Sicherheit bietet, die die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält.²⁴

Ein Konstruktionsfehler ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil das Inlay überhaupt gebrochen ist, wenn zum Zeitpunkt der Implantation der Hüftprothese bei Keramik/Keramik-Gleitpaarungen Brüche der Pfanne nicht gänzlich ausgeschlossen waren und es deshalb auch nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen i.S.d. § 3 Abs. 1 ProdHaftG entsprach, dass Brüche des Keramikinlays niemals vorkommen würden.²⁵

²⁰ Urteil vom 01. August 2023 – [VI ZR 82/22](#) – GesR 2023, 652 ff. = NJW 2023, 3959 ff. = ZMGR 2023, 341 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

²² a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

²³ a.a.O., juris, Rn. 23 ff.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 24.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 36.

Im Ergebnis hatte die Revision also keinen Erfolg, wobei es nach Auffassung des VI. Zivilsenats eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 267 Abs. 3 AEUV) zur Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 85/374/EWG im Hinblick auf seine Rechtsprechung zu potentiellen Fehlern bei Herzschrittmachern und implantierbaren Cardioverten Defibrillatoren nicht bedurfte.²⁶

d)

Mit der Abgrenzung zwischen einem Tötungsdelikt und einem Schwangerschaftsabbruch hatte sich ein Beschluss des 6. Strafsenats zu befassen.²⁷

Bekanntlich wird die **Abgrenzung zwischen den §§ 211 ff.; 222 StGB einerseits und § 218 StGB andererseits** von der Rechtsprechung von dem Beginn der Geburt abhängig gemacht. Was den Beginn der Geburt anbelangt, ist daran festzuhalten, dass hierfür bei regelmäßigem Verlauf der Zeitpunkt maßgeblich ist, an dem die Eröffnungswehen – und nicht erst die Presswehen – einsetzen.²⁸ Nach dem vom Gesetzgeber bezweckten und nach Art. 2 Abs. 1 Satz 2 GG gebotenen durchgängigen Schutz des menschlichen Lebens muss die Strafbarkeit nach den § 211 ff. StGB dort beginnen, wo diejenige aus § 218 StGB endet.²⁹

2.

Recht der privaten Krankenversicherung

In der Berichtsperiode hatte sich der IV. Zivilsenat erneut wiederholt mit Fragen von Beitragserhöhungen in privaten Krankenversicherungen zu befassen.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 43.

²⁷ Beschluss vom 02. November 2023 – [6 StR 128/23](#) – MedR 2024, 258 ff. = medstra 2024, 110 ff. = NJW 2024, 298 f. = NSTz 2024, 168.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

a)

Eine **Prämienanpassungsklausel in der privaten Krankenversicherung**, nach welcher der Versicherer die Beiträge bei einer Abweichung der erforderlichen von den kalkulierten Versicherungsleistungen um mehr als fünf Prozent überprüfen und anpassen kann, aber nicht muss, **weicht nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers von § 203 Abs. 2 Satz 4 VVG i.V.m. § 155 Abs. 3 Satz 2 VAG ab und benachteiligt diesen auch nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.**³⁰

Im Ausgangspunkt war das Berufungsgericht noch zutreffend davon ausgegangen, dass § 8b Abs. 2 AVB KK unwirksam ist, dies aber die Wirksamkeit von § 8b Abs. 1 AVB KK unberührt lässt.³¹ Soweit das Berufungsgericht demgegenüber § 8 Abs. 1 Satz 4 AVB KK für unwirksam gehalten hatte, ist der Bundesgerichtshof dem nicht gefolgt.³²

b)

Im Zusammenhang mit Prämien erhöhungen in der privaten Krankenversicherung gilt es häufig auch über vom Versicherungsnehmer anhängig gemachte **Auskunftsansprüche** zu entscheiden.³³ Ein dahingehender Auskunftsanspruch kann dem Versicherungsnehmer aus **§ 242 BGB** zustehen. Insoweit trifft den Versicherer ausnahmsweise eine Auskunftspflicht, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann. Die Zubilligung eines Auskunftsanspruchs hat dabei unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls und unter Wahrung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen.³⁴

³⁰ Urteil vom 12. Juli 2023 – [IV ZR 347/22](#) – NJW 2023, 3023 ff. = VersR 2023, 1222 ff.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 15 mit Hinweis auf Urteil vom 22. Juni 2022 – [IV ZR 253/20](#) – juris, Rn. 33 ff.

³² a.a.O., juris, Rn. 16 ff.; vgl. auch Urteile vom 19. Juli 2023 – [IV ZR 122/22](#) – juris, Rn. 11 ff. sowie vom 25. Oktober 2023 – [IV ZR 150/22](#) – juris, Rn. 12 ff.

³³ Urteil vom 27. September 2023 – [IV ZR 177/22](#) – NJW 2023, 3490 ff. = VersR 2023, 1514 ff.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 30 f.

3. Vergütungsrecht der Heilberufe

Unter diesem Gliederungspunkt sind zwei Entscheidungen des I. Zivilsenats sowie des VIII. Zivilsenats einzuordnen.

a)

Die Bestimmung des **§ 9 Abs. 1 GOZ**, nach der neben den für die einzelnen zahnärztlichen Leistungen vorgesehenen Gebühren als Auslagen die dem Zahnarzt tatsächlich entstandenen angemessenen Kosten für zahntechnische Leistungen berechnet werden dürfen, **verbietet dem Zahnarzt nicht, gegenüber privaten Krankenkassen einen angemessenen kalkulierten Gewinnanteil abzurechnen, wenn die zahntechnische Leistung** (hier: Herstellung von Zahnersatz durch ein CAD/CAM-System) nicht durch ein externes Dentallabor, sondern **durch ein eigenes Praxislabor erbracht wird**.³⁵

b)

In einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ bestimmten Urteil hatte sich der VIII. Zivilsenat mit einem medizinischen Abrechnungszentrum zu befassen, welches Forderungen von Ärzten aus medizinischen Behandlungen aufkaufte und diese gegenüber den Patienten aus abgetretenem Recht geltend machte.³⁶ Konkret ging es um den **Ankauf von privatärztlichen Forderungen aus zahnärztlicher Behandlung** und um die Frage, welche Rechtsfolgen sich bei einem Verkauf von tatsächlich nicht existenten Forderungen ergaben.

Ein Fall der **Schlechtleistung** liegt vor, **wenn die verkaufte Forderung zwar besteht, aber mit Mängeln behaftet ist**. In einem derartigen Fall, in

³⁵ Urteil vom 13. Juli 2023 – [I ZR 60/22](#) – GesR 2024, 150 ff. = GRUR 2023, 1710 ff. = WRP 2024, 72 ff. = ZMGR 2024, 34 ff.

³⁶ Urteil vom 18. Oktober 2023 – [VIII ZR 307/20](#) – BGHZ 238, 327 ff. = MDR 2024, 353 ff. = ZIP 2024, 409 ff.; unsere Kanzlei war an diesem Verfahren beteiligt.

dem dem Verkäufer eine Übertragung der – so beschaffenen – Forderung auf den Käufer nach Abtretung gemäß § 398 BGB möglich ist, liegt kein Fall der Nichterfüllung der kaufrechtlichen Verschaffungspflicht nach §§ 453 Abs. 1 BGB a.F.; 433 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.³⁷ Vielmehr ist ein **Fall der Schlechtleistung** – nämlich einer Verletzung der aus §§ 453 Abs. 1 BGB a.F.; 433 Abs. 1 Satz 2 BGB folgenden Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Recht „frei von Rechtsmängeln“ zu verschaffen – gegeben.³⁸

Anders ist indes die Rechtslage zu beurteilen, wenn die verkaufte Forderung nicht lediglich mit Mängeln behaftet ist, sondern **überhaupt nicht besteht**. Der **Verkauf einer nicht bestehenden Forderung** wird als **Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit und damit der Nichterfüllung** von der besonderen gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregelung in §§ 453 Abs. 1 BGB a.F.; 438 BGB weder unmittelbar noch analog erfasst.³⁹ Ist dem Verkäufer einer Forderung deren Übertragung auf den Käufer nicht möglich, weil die Forderung nicht besteht, geht es also nicht um Gewährleistungsrecht, sondern um einen Fall der Nichterfüllung, mit der **Folge**, dass sich die **Verjährung derartiger Ansprüche wegen Nichterfüllung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 BGB** richtet.⁴⁰

4. Krankenhausrecht

Mit den einem Krankenhausträger obliegenden vertraglichen Pflichten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der stationär aufgenommenen Patienten befasst sich ein vom VI. Zivilsenat entschiedenes Revisionsverfahren. Daneben ist über eine beim XII. Zivilsenat anhängig gewesene Unterbringungssache zu berichten.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 22.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 30 ff.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 21 und 23.

a)

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass den **Krankenhausträger** vertragliche **Pflichten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der stationär aufgenommenen Patienten** treffen. In diesem Rahmen hat er die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass sich ein aufgrund der konkreten Situation für den Patienten bestehendes Sturzrisiko verwirklicht.⁴¹

Die Kläger sind die Erben einer am 25. Juni 2015 verstorbenen ehemaligen Patientin des beklagten Krankenhauses. Die damals 66-jährige Patientin wurde in dem von der Beklagten betriebenen Klinikum eine Knieendprothese links implantiert. Wegen anhaltender Unruhe und Verwirrtheit wurde die Patientin für die Nacht vom 12. Dezember auf den 13. Dezember 2008 auf die Intensivstation verlegt und dann am 13. Dezember 2008 um 5:45 Uhr wieder in ihr Stationszimmer zurückverlegt. Es wurde ein „extrem hohes Sturzrisiko“ angenommen, welches auf der Sturzrisikokala am 13. Dezember 2008 um 7:50 Uhr mit 12 Punkten bewertet wurde. Wenige Stunden später um 11:45 Uhr stürzte die Patientin von der Bettkante sitzend und erlitt eine Unterschenkelmehrfachfragmentfraktur links.⁴²

Das Berufungsgericht hatte Schadensersatzansprüche der Patientin im Zusammenhang mit ihrem Sturz vom 13. Dezember 2008 verneint. Es war davon ausgegangen, ein haftungsbegründender Behandlungsfehler könne nicht festgestellt werden, und die Kläger hätten einen Pflegefehler nicht schlüssig dargelegt.⁴³ Es bestehe auch kein Anlass, ein internistisch/geriatrisches bzw. pflegewissenschaftliches Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob der Zustand der Patientin besondere Schutz- oder Pflegemaßnahmen erfordert hätte.⁴⁴

41 Beschluss vom 14. November 2023 – [VI ZR 244/21](#) – GesR 2024, 88 ff. = NJW-RR 2024, 437 ff. = ZMGR 2024, 11 ff.; unsere Kanzlei war an diesem Verfahren beteiligt.

42 a.a.O., juris, Rn. 2 f.

43 a.a.O., juris, Rn. 6.

44 a.a.O., juris, Rn. 7.

Die Nichtzulassungsbeschwerde führte zur Aufhebung der angefochtenen Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht und zwar deshalb, weil das Berufungsgericht die **Anforderungen an den Sachvortrag überspannt, sich über den Antrag der Kläger auf Einholung eines Sachverständigengutachtens hinweggesetzt** und die Frage, ob der Beklagten ein Fehler bei der pflegerischen Betreuung der Patientin unterlaufen war, verfahrensfehlerhaft ohne die erforderliche Hinzuziehung eines Sachverständigen aus eigener, nicht ausgewiesener Sachkunde beantwortet hatte.⁴⁵ Die **Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet**. Ein solcher Verstoß lag vor, da das Berufungsgericht einen erheblichen Beweisantrag (hier: Bestimmung des medizinischen und des Pflegestandards) übergangen hatte.⁴⁶

b)

Der XII. Zivilsenat war mit ärztlichen Zwangsmaßnahmen befasst.⁴⁷ Konkret ging es um die **Frage, ob** eine vom Betreuer beantragte (weitere) ärztliche **Zwangsmaßnahme** mit der Gabe von 4 ml Haldol Decanoat intramuskulär 28-tägig **zwingend in einem Krankenhaus durchgeführt oder im Rahmen einer stationsäquivalenten Behandlung auch auf der Station eines von dem Betreuten bewohnten Haus durchgeführt werden konnte**.⁴⁸

Obwohl § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04. Mai 2021 (BGBl. I S. 882) mit Wirkung zum 01. Januar 2023 außer Kraft getreten ist, hat der XII. Zivilsenat eine **Vorlage an das Bundesverfassungsgericht veranlasst**, um die Verfassungsmäßigkeit dieser zwischenzeitlich weggefallenen Vorschrift einzuholen. Das Bundesverfassungsgericht soll entscheiden, ob es mit der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG folgenden Schutzpflicht des Staates unvereinbar

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 13, 16 und 17.

⁴⁷ Vorlagebeschluss vom 08. November 2023 – [XII ZB 459/22](#) – GesR 2024, 126 ff. = MDR 2024, 111 f.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 3.

ist, dass § 1906a Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BGB in der Fassung vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 246) für die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme die Durchführung der Maßnahmen in einem Krankenhaus auch bei solchen Betroffenen voraussetzt, die aus medizinischer Sicht gleichermaßen in die Einrichtung, in der sie untergebracht sind und in der ihre gebotene medizinische Versorgung einschließlich ihrer erforderlichen Nachbehandlung sichergestellt ist, zwangsbehandelt werden könnten und sie durch die Verbringung in ein Krankenhaus zwecks Durchführung einer ärztlichen Zwangsmaßnahmen in ihrer Gesundheit beeinträchtigt werden.⁴⁹

5. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Mit dieser Materie waren in der Berichtsperiode der I. Zivilsenat sowie X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs befasst.

a)

Um Bakterienkulturen und die **Zulässigkeit der Bewerbung eines Lebensmittels für besondere medizinische Zwecke** ging es in einem Urteil des I. Zivilsenats.⁵⁰

Weite Teile der Bevölkerung verfolgen das Ziel, ihre Gesundheit zu stärken und zu verbessern. Ausgehend hiervon besteht ein beachtlicher Markt an Lebensmitteln, die mit dem Versprechen einer gesundheitsfördernden Wirkung beworben werden. Für eine solche Werbung setzen allerdings sowohl der europäische Gesetzgeber als auch der deutsche Gesetzgeber enge Grenzen.⁵¹

49 a.a.O., juris, Rn. 42 ff.

50 Urteil vom 13. Juli 2023 – [I ZR 68/21](#) – GRUR 2023, 1637 ff. = MDR 2023, 1540 f. = WRP 2023, 1459 ff.

51 vgl. Seicher, jurisPR-WettbR 12/2023 Anm. 2.

Der I. Zivilsenat hat angenommen, dass der Vertrieb und die **Bewerbung von Produkten, die Bakterienkulturen enthalten, "zum Diätmanagement" irreführend** ist, wenn diese Angabe den angesprochenen Verkehrskreisen suggeriert, es handele sich bei den Produkten um Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke.⁵² Der **Anspruch auf Unterlassung** ließ sich zwar nicht aus den §§ 8 Abs. 1 Satz 1; 3 Abs. 1; 3a UWG i.V.m. den Art. 4 Abs. 1; 9 Abs. 5 Verordnung (EU) Nr. 609/2013 wohl aber **aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1; 3 Abs. 1; 5 UWG**.⁵³

b)

Ein Vorabentscheidungsersuchen des I. Zivilsenats enthält Vorlagefragen zum **Umfang der Überprüfungspflichten eines Händlers zur Einordnung eines von ihm an den Markt bereitgestellten Produkts als Medizinprodukt**⁵⁴. Konkret ging es in dem Streitfall um von der Klägerin hergestellte **Kompressoren zur Erzeugung von Druckluft für zahnmedizinische Behandlungen**, bei denen es sich um Medizinprodukte der Risikoklasse IIa i.S.d. des Anhangs IX der Richtlinie 93/42/EWG über Medizinprodukte handelt. Anlass der Klage war ein von der Klägerin bei der Beklagten vorgenommener Testkauf und das **Begehren der Klägerin der Beklagten als Händlerin zu verbieten, ölfreie Trockenluftkompressoren mit der Zweckbestimmung zur Erzeugung von Druckluft für die zahnmedizinische Behandlung auf den Markt bereitzustellen, wenn diese nicht als Medizinprodukte mit einem CE-Kennzeichen samt vierstelliger Kennnummer einer Benannten Stelle versehen sind**.⁵⁵ Die im Vorabentscheidungsersuchen formulierten Fragen sollen den Pflichtenbereich des Händlers gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 unter Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) 2017/745 beantworten.

52 a.a.O., juris, Rn. 45.

53 a.a.O., juris, Rn. 46 ff.

54 Urteil vom 21. Dezember 2023 – [I ZR 17/23](#) – GRUR 2024, 227 ff. = PharmR 2024, 97 ff. = WRP 2024, 190 ff.

55 a.a.O., juris, Rn. 8.

c)

Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen betrifft die **pharmakologische Einordnung** eines **von** der Beklagten zu 1 vertriebenen Produkts namens **"Femannose®" als Medizinprodukt** "zur Behandlung und Prävention von Zystitis (Blasenentzündung) sowie anderen Harnwegsinfekten".⁵⁶

Der Gerichtshof der Europäischen Union soll in Auslegung von Art. Nr. 2 Buchst. b Fall 1 der Richtlinie 2001/83/EG beantworten, ob es sich um eine pharmakologische Wirkung im Sinne dieser Vorschrift handelt, wenn die in Frage stehende Substanz (hier: D-Mannose) durch eine im Wege von Wasserstoffbrücken vermittelte reversible Bindung an Bakterien verhindert, dass sich die Bakterien an menschliche Zellen (hier: die Blasenwand) binden.⁵⁷

d)

In einem beim X. Zivilsenat anhängigen Patentnichtigkeitsverfahren war ein **Arzneimittelpatent zur Krebsbehandlung** streitgegenständlich.⁵⁸

Das Patentgericht hatte das Streitpatent im angefochtenen Umfang für nichtig erklärt, wobei das Streitpatent Arylharnstoff-Verbindungen betraf und 12 Patentansprüche umfasste. Im Berufungsverfahren ging es allein noch um den Patentanspruch 12, wobei sich die Berufung als begründet erwies, soweit die Beklagte dieses Streitpatent mit einem Hilfsantrag 2 verteidigt hatte.⁵⁹

e)

Die **wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Werbung für ein Medizinprodukt in Bezug auf die COVID-19-Krankheit** war Gegenstand eines weiteren Revisionsverfahrens.⁶⁰

⁵⁶ EuGH-Vorlage vom 14. September 2023 – [I ZR 4/21](#) – A&R 2023, 324 ff. = GRUR 2023, 1554 f. = PharmR 2024, 32 ff. = StoffR 2023, 309 ff. = WRP 2023, 1353 ff.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 33 und 35.

⁵⁸ Urteil vom 28. November 2023 – [X ZR 83/21](#) – GRUR 2024, 374 ff.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 5 sowie 74 ff. und 132.

⁶⁰ Urteil vom 21. Dezember 2023 – [I ZR 24/23](#) – GRUR 2024, 476 ff. = MDR 2024, 515 f. = WRP 2024, 465 ff.

Während das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hatte, die beanstandete Werbung falle nicht unter **§ 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG**⁶¹ hat der Bundesgerichtshof einen derartigen **Verstoß mit der Begründung bejaht**,⁶² dass **Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG eine dynamische Verweisung** auf nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtige Krankheiten oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen **enthält**.⁶³

6. Grundzüge des Apothekenrechts

Zu diesem Gliederungspunkt ist für die Berichtsperiode von einem Vorlagebeschluss⁶⁴ des I. Zivilsenats zu berichten. Dieser möchte vom Europäischen Gerichtshof geklärt wissen, ob **Werbung für den Bezug verschreibungspflichtiger Arzneimittel** aus dem gesamten Warensortiment einer Apotheke dem Anwendungsbereich der Regelungen zur Werbung für Arzneimittel in der Richtlinie 2001/83/EG (Titel VIII und VIIIa, Art. 86 bis 100) unterliegt. Konkret geht es ein weiteres Mal um die **Auslegung von § 7 HWG** und um die **Zulässigkeit von Gutscheinen oder Rabatten von Versandapotheke – Gutscheinwerbung** – und darum, ob die streitgegenständlichen Rabattaktionen im Einklang mit Europäischem Recht stehen.

Die Arzneimittelpreisbildung ausländischer Versandapotheken ist eine unendliche Geschichte. Gegenstand des erneuten Vorlageersuchens sind die im Einzelnen formulierte Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG.

61 a.a.O., juris, Rn. 6.

62 a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

63 a.a.O., juris, Rn. 25 ff.

64 Beschluss vom 13. Juli 2023 – [I ZR 182/22](#) – MedR 2024, 105 ff. = PharmR 2023, 637 ff. = WRP 2023, 1198 ff.

7.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Die nachfolgenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs befassen sich wesentlich mit Verfahrensfehlern, die auf entsprechende Rügen hin eine Aufhebung der angefochtenen Instanzentscheidungen zur Folge hatten.

a)

Nichtzulassungsbeschwerdesachen in Medizinhaftungsfällen knüpfen häufig an eine **Verletzung des Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG** an.

Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.

Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. **In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge.** Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet.

So lag es in einem weiteren vom VI. Zivilsenat in der Berichtsperiode entschiedenen Streitfall.⁶⁵ Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte zu Recht bestanden, dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme, die Eltern des Klägers hätten der Beklagten zu 2 bereits bei der Aufnahme im Kreissaal über zu Hause einsetzende Blutungen der Mutter berichtet, **beweisbewehrtes Sachvorbringen der Beklagten übergangen** hatte und einem

⁶⁵ Beschluss vom 12. September 2023 – [VI ZR 371/21](#) – MDR 2023, 1544 = VersR 2024, 52 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

erheblichen Beweisangebot nicht nachgegangen war.⁶⁶ Konkret ging die Rüge der Nichtzulassungsbeschwerde dahin, dass das Berufungsgericht die **von den Beklagten genannten Zeugen Dr. G., Dr. F. und Dr. K. nicht vernommen** und daher unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nach Anhörung lediglich der Eltern und der Beklagten zu 2 aufgrund der Angaben der Eltern zu der Überzeugung gekommen war, dass die Mutter des Klägers der Beklagten zu 2 bei der Aufnahme über Blutungen berichtet hätte.

Der **Antritt eines Zeugenbeweises erfordert – außer bei inneren Tatsachen – grundsätzlich keine Angaben dazu, wie der Zeuge die unter Beweis gestellte Tatsache erfahren haben soll**. Ein Beweisantrag ist nur unter sehr engen Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich und daher als unzulässig zu bewerten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Partei ohne jeden greifbaren Anhaltspunkt für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt; bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. Denn eine Partei ist in einem Zivilprozess häufig darauf angewiesen, Tatsachen zu behaupten, über die sie zwar keine Kenntnisse besitzt, die sie nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält.⁶⁷

Die Nichtzulassungsbeschwerde führte zur Aufhebung der angefochtenen Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der vom Berufungsgericht **übergangene Beweisantritt war weder unzulässig noch fehlte dem Beweisangebot die Eignung zum Beweismittel**. Ein Beweisanerbieten durch Zeugen erfordert – außer bei inneren Tatsachen – grundsätzlich keine Angaben dazu, wie der Zeuge den unter Beweis gestellte Tatsache erfahren haben soll.⁶⁸ Die **Ablehnung eines Beweisantrags wegen Ungeeignetheit des Beweismittels kommt nur dann in Betracht, wenn es völlig ausgeschlossen erscheint, dass**

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

das Beweismittel zu dem Beweisthema sachdienliche Kenntnis erbringen kann; insoweit ist größte Zurückhaltung geboten.⁶⁹

b)

Auch wenn es grundsätzlich im Ermessen des Gerichts steht, wie weit eine im ersten Rechtszug geführte Beweisaufnahme zu wiederholen ist, **muss das Berufungsgericht einen Sachverständigen erneut anhören, wenn es dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will.**⁷⁰ Ebenso wie bei abweichenden Beurteilungen von Zeugenaussagen in erster Instanz bedarf es auch beim Sachverständigen einer erneuten Anhörung, wenn dieses ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus den Ausführungen des Sachverständigen ziehen will, als der Erstrichter.⁷¹

Da das Berufungsgericht gegen diese Grundsätze verstoßen hatte, wurde die Berufungsentscheidung aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückgegeben.

c)

Gemäß **§ 412 Abs. 2 ZPO** kann das Gericht die **Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen** anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.⁷² In diesem Fall darf ungeachtet des Wortlauts des § 412 Abs. 2 ZPO („kann“) das Gutachten des abgelehnten Sachverständigen grundsätzlich nicht mehr verwertet werden.⁷³

Besonderheiten können entstehen, **wenn** die Partei, die sich auf die Befangenheit des Sachverständigen beruft, den **Ablehnungsgrund in rechtsmissbräuchlicher Weise provoziert hat und gleichzeitig kein**

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁷⁰ Beschluss vom 18. Juli 2023 – [VI ZR 126/21](#) – NJW 2024, 286 ff. = VersR 2023, 1391 f.; unsere Kanzlei war an diesem Verfahren beteiligt.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 6.


⁷² Urteil vom 05. Dezember 2023 – [VI ZR 34/22](#) – GesR 2024, 232 ff. = NJW-RR 2024, 334 ff.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 7.

Anlass zu der Besorgnis, dass die **Unvoreingenommenheit** des Sachverständigen ***schon bei Erstellung*** seiner bisherigen Gutachten **beeinträchtigt** gewesen wäre.⁷⁴

Vorliegend hatte das Berufungsgericht indes keine Feststellungen getroffen, aus denen sich ergeben hätte, dass der Ablehnungsgrund in rechtsmissbräuchlicher Weise provoziert worden wäre. Zudem hatte das Berufungsgericht fehlerhaft angenommen, es bestehe kein Anlass zu der Besorgnis, dass die Unvoreingenommenheit des Sachverständigen schon bei Erstellung des bisherigen Gutachtens beeinträchtigt worden sei.⁷⁵ Die Sache wurde deshalb an die Vorinstanz zurückgegeben.

Karlsruhe, 16. Mai 2024



Dr. Mennemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 15 ff.