

Aktuelle Entwicklungen im Medizinrecht in der Rechtsprechung des BGH

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Die 1998 gegründete Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein hat sich zu einer der dynamischsten Arbeitsgemeinschaften innerhalb des DAV entwickelt². Dies entspricht der wachsenden Bedeutung des Medizinrechts. Medizinrechtliche Fragestellungen beschäftigen gleichermaßen die Sozial-, Zivil-, Verwaltungs-, Straf-, Arbeits- und Finanzgerichte. Der nachfolgende Beitrag fasst die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht³ im Jahre 2007 zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung und um zivil- und strafrechtliche Haftungsfälle. Die verschiedenen Senate des Bundesgerichtshofs sind gleichermaßen mit dem Berufsrecht sowie mit dem Vergütungsrecht und mit dem Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe befasst. Sie haben daneben auch Fallkonstellationen aus dem Krankenhausrecht zu entscheiden. Im maßgeblichen Berichtsjahr 2007 war der Bundesgerichtshof auch mit Sachverhalten aus dem Bereich des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts befasst. Im Rahmen der Geschäftsverteilung⁴ des Bundesgerichtshofs sind den einzelnen Senaten die verschiedensten Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung an den in § 14 b FAO aufgeführten medizinrechtlichen Schwerpunkten orientiert, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

² So zutreffend Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, § 1, Rn. 1.

³ Zu Begriff und Bedeutung von Medizinrecht vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Auflage, Rn. 1; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 1; Rn. 21; Wenzel-FA MedizinR/Sodan, Kapitel 1, Rn. 1 f..

⁴ Der Geschäftsverteilungsplan 2007 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

1.
Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle⁵ sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

a)

Um die Fehlinterpretation eines malignen Melanoms durch einen Pathologen und die Frage, ob ein derartiger Diagnosefehler schon deshalb zu einem Befunderhebungsfehler wird, weil der Arzt es unterlassen hat, die Beurteilung des von ihm erhobenen Befundes durch Einholung einer zweiten Meinung zu überprüfen, ging es in einem beim VI. Zivilsenat anhängigen Revisionsverfahren⁶. Das Berufungsgericht hatte aufgrund der Beweisaufnahme keine Überzeugung gewonnen, dass der Tod des Patienten verhindert worden wäre, wenn der Beklagte die Bösartigkeit des Tumors erkannt hätte. Eine Beweislastumkehr kam nach Auffassung des Bundesgerichtshofs weder unter dem Gesichtspunkt eines groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt einer unterlassenen Befunderhebung in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BGH kann zwar auch unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler bei der Unterlassung der Erhebung und/oder Sicherung medizinisch gebotener Befunde für den Patienten eine Beweiserleichterung eingreifen, wenn der Patient beweist, dass die Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positives und deshalb aus medizinischer Sicht reaktionspflichtiges Ergebnis gehabt hätte und das Unterlassen der Reaktion hierauf als grober Fehler, sei es als fundamentaler Diagnose-, sei es grober Behandlungsfehler zu bewerten wäre⁷. Diese Rechtsprechung ist jedoch auf einen Diagnoseirrtum aufgrund fehlerhafter Bewertung eines ansonsten vollständig erhobenen Befundes nicht anwendbar.

⁵ Die Strafsenate haben beschäftigt: Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB durch einen Chirurgen, BGH, GesR 2007, 482 f.; Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung durch einen ärztlich begleiteten sog. „Turboentzug“, BGH – 1 StR 238/07 –; versuchter Totschlag in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch einen Krankenpfleger, BGH – 3 StR 226/07 –.

⁶ Urteil vom 09. Januar 2007 – VI ZR 59/06 – MedR 2008, 44 ff..

⁷ Urteil vom 09. Januar 2007, a.a.O., 46 (Rn. 22).

b)

In einer in der amtlichen Sammlung⁸ veröffentlichten Entscheidung hat sich der Senat mit der Darlegungs- und Beweislast des Arztes bei einem Spritzenabszess⁹ befasst. Der Spritzenabszess beruhte auf einer Staphylococcus-Infektion. Ausgangsträger der Keime war eine Arzthelferin, die seinerzeit an Heuschnupfen litt und bei der Verabreichung der Spritzen assistierte. Gleichartige Infektionen waren zeitnah bei anderen Patienten aufgetreten. Das Landgericht hatte ein Schmerzensgeld in Höhe von 25.000 € zuerkannt und Schadensersatzansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der Sachverhalt bot dem Bundesgerichtshof Anlass, grundsätzliche Ausführungen zur Beherrschbarkeit des Gesundheitsrisikos der Patienten bei einem infektiösen Krankenhaus- oder Praxismitarbeiter zu machen. Ausgangspunkt war die Feststellung, dass es zu dem infektiösen Geschehen kam, weil die Mitarbeiterin Träger des Bakteriums Staphylococcus Aureus war und dieses Bakterium – auf welchem Wege auch immer – mittels einer Injektion auf die Klägerin übertragen werden konnte. Damit stammte die Schädigung der Klägerin nicht aus einem von ihr selbst zu verantwortenden Bereich, z.B. dem eigenen Körper. Die Schädigung stammte auch nicht aus dem Kernbereich des ärztlichen Handelns, welches nicht voll beherrschbar ist. Das Gesundheitsrisiko, welches sich bei der Klägerin verwirklicht hatte, wurde vom erkennenden Senat zu Recht dem Bereich der sog. vollbeherrschbaren Risiken zugeordnet¹⁰. Anders als im Bereich des ärztlichen Handelns, bei dem grundsätzlich der Patient die Darlegungs- und Beweislast für einen von ihm behaupteten Behandlungsfehler sowie dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Gesundheitsschaden trägt, kommt bei objektiv voll beherrschbaren Risiken der Rechtsgedanke des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Tragen, wonach die Darlegungs- und Beweislast für Verschuldensfreiheit bei der Behandlungsseite liegt.

c)

Weitere in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Urteile konkretisieren den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab sowie den Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes im

⁸ Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 158/06 – BGHZ 171, 358 ff..

⁹ Anmerkungen von Bergmann, KH 2007, 772; Jungbecker, VersR 2007, 848 und Rehborn, BGHReport 2007, 605.

¹⁰ Vollbeherrschbare Risiken wurden auch bejaht, soweit es um den ordnungsgemäßen Zustand eines verwendeten Tubus (NJW 1975, 2245 f.), die Funktionstüchtigkeit des eingesetzten Narkosegerätes (NJW 1978, 82 ff.), die Reinheit des benutzten Desinfektionsmittels (NJW 1978, 1683 ff.) oder die Sterilität der verabreichten Infusionsflüssigkeit (NJW 1982, 699 ff.) ging.

Rahmen eines Heilversuches mit einem neuen, erst im Laufe der Behandlung zugelassenen Arzneimittel¹¹ sowie bei Anwendung einer Außenseitermethode¹². In diesen Fällen wird zu Recht verlangt, dass dem Patienten nicht nur die Risiken und die Gefahr eines Misserfolges erläutert werden. Der Patient ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und seine Wirksamkeit statistisch (noch) nicht abgesichert ist.

d)

Kann ein Patient zu der Frage, ob er bei zutreffender ärztlicher Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, nicht persönlich angehört werden (etwa wegen schwerer Hirnschäden), so hat das Gericht aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Patient aus nachvollziehbaren Gründen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten sein könnte¹³.

e)

Mit den Folgen eines akuten Herzinfarktes und der Frage, wann ein Arzt im vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst bei differenzialdiagnostischen Anzeichen für eine koronare Herzerkrankung zur Befunderhebung (Ausschlussdiagnostik) und damit zur Einweisung des Patienten in ein Krankenhaus verpflichtet ist, befasst sich ein Annahmebeschluss des BGH¹⁴. Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht unterschiedliche Gutachten selbst gewürdigt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt, ohne bestimmte Widersprüche aufzuklären. Da der Kern des entscheidungserheblichen Klägervortrags unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht berücksichtigt worden war (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 Alt. 2 ZPO) führte die Nichtzulassungsbeschwerde zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache (§ 544 Abs. 7 ZPO)¹⁵.

¹¹ Urteil vom 27. März 2007 – VI ZR 55/05 – BGHZ 172, 1 ff.; dazu Anmerkung von Hart, MedR 2007, 653.

¹² Urteil vom 22. Mai 2007 – VI ZR 35/06 – BGHZ 172, 254 ff.; dazu Anmerkung von Rehborn, BGHReport 2007, 865.

¹³ Urteil vom 17. April 2007 – VI ZR 108/06 – NJW 2007, 2771 ff.; dazu Anmerkung von Wenzel, MedR 2007, 721 f..

¹⁴ Beschluss vom 16. Oktober 2007 – VI ZR 229/06 – BGHReport 2008, 72 f..

¹⁵ Zu den Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts im Sinne von § 14 b Nr. 9 FAO vgl. noch unten S. 15 ff..

2. **Recht der privaten Krankenversicherung**

Das Recht der privaten Krankenversicherung gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

a)

Im Zusammenhang mit einem Streit über den Fortbestand eines von der beklagten Versicherungsgesellschaft fristlos gekündigten Krankenversicherungsverhältnisses hatte der BGH die Anforderungen an einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu prüfen. Er hat betont, dass für die private Krankenversicherung im Hinblick auf deren soziale Funktion ein wichtiger Grund zur Kündigung erst dann gegeben ist, wenn der Versicherungsnehmer in besonders schwerwiegender Weise die Belange des Versicherers seinem Eigennutzen hinten anstellt. Das ist vor allem der Fall, wenn er sich Versicherungsleistungen erschleicht oder zu erschleichen versucht¹⁶.

b)

Um die Erstattung von Kosten, die für die ärztliche Behandlung während einer Reise in die USA entstanden waren, ging es in einem anderen Revisionsverfahren¹⁷. Konkret war streitig, ob die zu beurteilenden Versicherungsbedingungen Versicherungsschutz für ambulante und stationäre ärztliche Behandlung nur für Auslandsreisen bis zu sechs Wochen Dauer, nicht aber für die Dauer von sechs Wochen bei Auslandsreisen beliebiger Länge versprochen. Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung hat der Senat bei der Auslegung der maßgeblichen Klausel im Krankenversicherungsvertrag auf die Sichtweise des durchschnittlichen, um Verständnis bemühten Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse abgestellt¹⁸ und den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, welches die Klage abgewiesen hatte.

¹⁶ Urteil vom 18. Juli 2007 – IV ZR 129/06 – NJW-RR 2007, 1624 ff..

¹⁷ Urteil vom 19. September 2007 – IV ZR 136/06 –.

¹⁸ Urteil vom 19. September 2007 – IV ZR 136/06 – juris, Rn. 10.

c)

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁹ hat der IV. Zivilsenat in analoger Anwendung von § 1 UKlaG die Möglichkeit der Verbandsklage im Zusammenhang mit der Überprüfung der Wirksamkeit von Krankenversicherungsbedingungen erweitert²⁰. Konkret war zu beantworten, ob der Versicherer Änderungen seiner Krankenversicherungsbedingungen auf dem Wege des § 178 g Abs. 3 VVG a.F. wirksam in die bestehenden Verträge einbezogen hatte.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Mit Fragen des Berufsrechts der Heilberufe war der I. Zivilsenat befasst.

Um Krankenhauswerbung und die Frage, ob die werbende bildliche Darstellung von Ärzten in Berufskleidung gegen § 11 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 HWG verstößt und ein daraus abgeleitetes Untersagungsbegehren rechtfertigt, ging es in einer Entscheidung des I. Zivilsenats²¹. Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung²² hat der BGH mit Rücksicht auf die Tragweite der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit eine einschränkende Auslegung vorgenommen. Der Tatbestand des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG setzt danach voraus, dass die Werbung geeignet ist, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken. Im konkreten Fall, in dem Angehörige der Heilberufe in der typisch weißen Berufskleidung in einer Tageszeitung beigelegten Informationsschrift sowie beim Internetauftritt des Klinikums abgebildet worden waren, hat der Senat eine Verletzung von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG verneint und damit die Liberalisierung des Heilmittelwerberechts weiter vorangetrieben.

¹⁹ Beschluss vom 16. Oktober 2002 – IV ZR 307/01 – VersR 2002, 1498 f..

²⁰ Urteile vom 12. Dezember 2007 – IV ZR 130/06 sowie IV ZR 144/06 – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

²¹ Urteil vom 01. März 2007 – I ZR 41/04 – GRUR 2007, 809 f..

²² Versäumnisurteil vom 26. Oktober 2000 – I ZR 180/98 – GRUR 2001, 453 ff..

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Das Vertrags- und Gesellschaftsrecht fällt in den Zuständigkeitsbereich des II. Zivilsenats.

a)

Nach dem sog. „Laborärztefall“²³ hatte der II. Zivilsenat erneut über die Frage der Zulässigkeit eines freien Hinauskündigungsrechts bei einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis zu entscheiden²⁴. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Vereinbarung eines freien Hinauskündigungsrechts regelmäßig wegen Sittenverstoßes nichtig. Für Gemeinschaftspraxen, die im Jahre 2000 unter der Geltung des seinerzeitigen Zulassungsrechts begründet worden sind, hat der II. Zivilsenat im Blick auf den im konkreten Fall neu in die Gemeinschaftspraxis aufgenommenen Berufsträger für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren die Vereinbarung eines „Hinauskündigungsrechts“ als wirksam angesehen, wenn sie das Ziel verfolgt, zu überprüfen, ob der neu in die Gemeinschaftspraxis aufgenommene Berufsträger zu den Partnern „passt“.

b)

In einem Nichtannahmebeschluss hat der II. Zivilsenat ausgesprochen, dass im Fall einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Praxiskauf- und -übernahmevertrages die Saldotheorie anwendbar ist²⁵.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Fragen des Vergütungsrechts der Heilberufe waren vom V. und III. Zivilsenat zu beantworten.

²³ Urteil vom 08. März 2004 – II ZR 165/02 – NJW 2004, 2013 ff..

²⁴ Urteil vom 07. Mai 2007 – II ZR 281/05 – NJW-RR 2007, 1256 ff.; dazu Bieder, MDR 2007, 1049 ff., Schodder, EWiR 2007, 489 f., Verse, DStR 2007, 1822 ff. sowie Weber, BB 2007, 2582 ff..

²⁵ Beschluss vom 10. Dezember 2007 – II ZR 82/07 –.

a)

Die Komplexgebühr der Nr. 437 für Laboratoriumsuntersuchungen im Rahmen einer Intensivbehandlung nach Nr. 435 war Gegenstand einer Entscheidung des III. Zivilsenats²⁶. In der für die amtliche Sammlung bestimmten Entscheidung hatte ein privater Krankenversicherer den verklagten Laborarzt aus abgetretenem Recht des Versicherungsnehmers auf Rückzahlung von Arzthonorar in Anspruch genommen. Der Patient hatte zuvor mit dem Krankenhausträger eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen im Sinne des § 22 BPfIV 1995 getroffen, so dass der Laborarzt die dem Patienten erbrachte Wahlleistung grundsätzlich diesem gegenüber liquidieren konnte (vgl. inzwischen § 17 Abs. 3 KHEntGG). Die Möglichkeit der Berechnung der Komplexgebühr hing davon ab, ob diese Gebühr nach der Gebührenordnung für Ärzte einzeln abgerechnet werden durfte. Der Leitsatz des Revisionsurteils führt aus, dass die Komplexgebühr der Nr. 437 für Laboratoriumsuntersuchungen im Rahmen einer Intensivbehandlung nach Nr. 435 auch für externe Ärzte keine Einzelabrechnung der von ihnen erbrachten Leistungen rechtfertigt, soweit es sich nicht um Leistungen nach den Abschnitten M III 13 und M IV des Gebührenverzeichnisses handelt.

b)

Erhebliche praktische Bedeutung kommt einer weiteren zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Entscheidung des III. Zivilsenats zu, in der es um die Frage ging, ob ärztliche Leistungen, die nach Schwierigkeit und zeitlichem Aufwand als durchschnittlich zu bewerten sind, mit dem jeweiligen Höchstsatz der Regelspanne, also mit dem 2,3- oder dem 1,8-fachen, abgerechnet werden dürfen²⁷. Der Entscheidung lag die ambulante privatärztliche Behandlung des Klägers durch einen Augenarzt zugrunde. Dieser hatte seine Leistungen, darunter eine Operation des linken Auges wegen Grauen Stars, abgesehen von vier näher begründeten Gebührenpositionen, die mit dem Faktor 3,5 abgerechnet wurden, und drei Zuschlägen, die nur mit dem Einfachen des Gebührensatzes berechnungsfähig waren, im Umfang der persönlich-ärztlichen Leistungen mit dem Faktor 2,3 und für die medizinisch-technischen Leistungen mit dem Faktor 1,8 abgerechnet. Unter Ablehnung der weit-

²⁶ Urteil vom 10. Mai 2007 – III ZR 291/06 – BGHZ 172, 190 ff..

²⁷ Urteil vom 08. November 2007 – III ZR 54/07 –.

gehend in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung hat der BGH klargestellt, dass es keinen Fehlgebrauch des Ermessens darstellt, wenn der Arzt persönlich-ärztlich und medizinisch-technische nach Schwierigkeit und Zeitaufwand durchschnittliche Leistungen bis zum jeweiligen Höchstsatz der Regelspanne, also dem 2,3- bzw. dem 1,8-fachen des Gebührensatzes, abrechnet.

c)

In einer weiteren ebenfalls zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Entscheidung hat der III. Zivilsenat seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen präzisiert, unter denen ein Krankenhausarzt, der einem Patienten aus einer Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet ist, die Ausführungen seiner Leistungen auf einen Stellvertreter übertragen darf und gleichwohl seinen Honoraranspruch behält²⁸.

Die Beklagte war Privatpatientin und hatte mit dem Klinikum die übliche schriftliche Wahlleistungsvereinbarung geschlossen. Der Kläger war in dem Krankenhausaufnahmevertrag als liquidationsberechtigter Chefarzt der Abteilung für Allgemeinchirurgie genannt und dadurch in die Wahlleistungskette eingebunden. Da der Kläger an dem Tag, an dem die Beklagte operiert werden sollte, urlausabwesend war, unterzeichnete die Beklagte am Vortag einen mit einzelnen handschriftlichen Einträgen versehenen Vordruck, der mit „Schriftliche Fixierung der Stellvertretervereinbarung“ überschrieben war. Die Erklärung enthielt die Feststellung, die Beklagte sei über die Verhinderung des Klägers und den Grund hierfür unterrichtet worden. Weiterhin sei sie, da die Verschiebung der Operation medizinisch nicht vertretbar sei, darüber belehrt worden, dass sie die Möglichkeit habe, sich ohne Wahlarztvereinbarung wie ein „normaler“ Kassenpatient ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln oder sich von dem Vertreter des Klägers zu den Bedingungen des Wahlarztvertrages unter Beibehaltung des Liquidationsrechts des Klägers operieren zu lassen. Die Beklagte hatte in dem entsprechenden Formular die zweite Alternative angekreuzt, weigerte sich dann allerdings in der Folge, die vom Kläger für die durch seinen Vertreter ausgeführte Operation erstellte Rechnung voll zu begleichen. Dieser Sachverhalt gab dem III. Zivilsenat Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Vertretung bei Chefarztbehandlungen fortzuentwickeln und die Anforderun-

²⁸ Urteil vom 20. Dezember 2007 – III ZR 144/07 –.

gen an die Wirksamkeit einer im Wege der Individualabrede getroffenen Stellvertretervereinbarung zu präzisieren.

Nach der Entscheidung ist es dem Wahlarzt grundsätzlich möglich, sich durch eine Individualvereinbarung mit dem Patienten von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung zu befreien und deren Ausführung einem Stellvertreter zu übertragen. Der Abschluss einer derartigen Vereinbarung ist jedoch im Blick auf die Situation, in der sich der Patient befindet, mit besonderen Aufklärungspflichten verbunden, bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen kann²⁹. Der Umfang der notwendigen Aufklärung wird vom Bundesgerichtshof näher konkretisiert. Der Patient sei so früh wie möglich über eine vorhersehbare Verhinderung des Wahlarztes zu unterrichten. Gleichzeitig sei ihm das Angebot zu unterbreiten, dass anstelle des verhinderten Chefarztes ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztlichen Leistungen erbringt. Alternativ ist auf die Option hinzuweisen, dass der Patient auch auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln lassen kann. Soweit die beabsichtigte Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes verschiebbar ist, ist dem Patienten auch dies mitzuteilen.

6. Krankenhausrecht

Krankenhausrechtliche Fragestellungen lagen dem Kartellsenat des BGH zur Entscheidung vor.

a)

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Rettungsleitstellen in Baden-Württemberg öffentlich-rechtlich tätig werden und deshalb Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung bei der Vermittlung der Einsätze des Rettungsdienstes als Amtshaftungsansprüche gegen das Land Baden-Württemberg zu

²⁹ Urteil vom 20. Dezember 2007 – III ZR 144/07 – juris, Rn. 14 ff..

richten sind³⁰. Der von der Klägerin gegen die Beklagte nach § 33 Abs. 2 i.V.m. §§ 19, 20 GWB geltend gemachte Schadensersatzanspruch kam aufgrund des hoheitlichen Handelns der Beklagten deshalb nicht in Betracht. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vom Bundeskartellamt vertretenen Auffassung ist es auch nicht möglich, zwischen einer hoheitlichen Entscheidung über das Ob eines Einsatzes der Notfallrettung oder eines Krankenhaustransportfahrzeugs einerseits und einer außerhalb der hoheitlichen Entscheidungsmacht liegenden Auswahl unter den in Betracht kommenden Krankentransportunternehmern zu unterscheiden. Denn die Auswahl ist, wie das in § 6 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz RDG BW ausdrücklich geregelte Gleichbehandlungsgebot verdeutlicht, notwendiger Bestandteil der einheitlichen Entscheidung der Rettungsdienstleitstelle über das Ob und Wie eines Rettungsdiensteinsatzes³¹.

b)

In einem 2007 beim Kartellsenat des Bundesgerichtshofs anhängigen Kartellverwaltungsverfahren im Zusammenhang mit dem Erwerb des Kreiskrankenhauses Bad Neustadt an der Saale durch die Rhön-Klinikum AG hat der Kartellsenat die Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt bestätigt³². Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass weder die Regelungen des Sozialrechts über die gesetzliche Krankenversicherung noch die Bestimmungen zur Krankenhausfinanzierung die Fusionskontrolle ausschließen. Eine Fusionskontrolle von Krankenhauszusammenschlüssen ist dabei gleichermaßen in Bezug auf die stationäre Behandlung von Privatpatienten aber auch von gesetzlich versicherten Patienten und den insoweit bestehenden Wettbewerbsmarkt vorzunehmen. Zwar fragen aufgrund des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung die Krankenkassen die stationären Behandlungsleistungen für Kassenpatienten nach und zahlen das dafür geschuldete Entgelt. Die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern steht jedoch der Annahme eines Wettbewerbsmarktes nicht entgegen. Auch den Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung steht ein Wahlrecht hinsichtlich des Krankenhauses zu, in das sie sich zu

³⁰ Urteile vom 25. September 2007 – KZR 48/05 – WRP 2007, 1491 f. und – KZR 14/06 – veröffentlicht bei juris.

³¹ Urteil vom 25. September 2007 – KZR 48/05 – juris, Rn. 17.

³² Beschluss vom 16. Januar 2008 – KVR 26/07 –.

einer Behandlung begeben. Aufgrund dieser Auswahlentscheidung kommt es zu einem eigenen Behandlungsvertrag mit dem jeweiligen Krankenhaus. Weil die Patienten die Entscheidung treffen, bei welchem Krankenhaus die Behandlungsleistung nachgefragt wird, sind sie und nicht die Krankenkassen die fusionsrechtlich maßgebliche Marktgegenseite für das Angebot von Krankenhausleistungen. Zwischen den Krankenhäusern besteht ansonsten ein erheblicher Qualitätswettbewerb, etwa bei der fachlichen Qualifikation von Ärzten und Pflegepersonal oder der sachlichen Ausstattung³³.

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts ging es in Entscheidungen des I. und X. Zivilsenats.

a)

Die Auslegung von Art. 7 VO (EWG) Nr. 1768/92³⁴ war Gegenstand einer EuGH-Vorlage des X. Zivilsenats³⁵. Im Zusammenhang mit einem Antrag auf Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel kam es darauf an, ob sich die maßgebliche 6-Monats-Frist für die Anmeldung des Zertifikats nach Gemeinschaftsrecht oder nach nationalem Recht der Mitgliedstaaten richtete. Diese Frage ist deshalb dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung vorgelegt worden.

b)

In einer Patentnichtigkeitssache war die Patentfähigkeit eines Lithotripters zur intrakorporalen, invasiven und nicht operativen Entfernung von Harnsteinen aus Niere, Harnleiter und -blase durch Zertrümmerung zu prüfen³⁶. In Anwendung von Art. II § 6

³³ Pressemitteilung Nr. 13/08 des BGH.

³⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel; ABl. EG 1992, Nr.L. 182/1.

³⁵ Beschluss vom 27. Juni 2007 – X ZB 30/05 – GRUR 2008, 65 f..

³⁶ Urteil vom 24. Juli 2007 – X ZR 5/03 – veröffentlicht bei juris.

Abs. 1 Nr. 1 IntPatÜG i.V.m. Art. 103 Abs. 1 lit. a), Art. 52 ff. EPÜ hat der Senat entschieden, dass das Streitpatent nicht patentfähig war.

c)

Der Schutzbereich eines Gebrauchsmusters für ein automatisches Zerfallzeitmessgerät für die pharmazeutische Qualitäts- und Produktionskontrolle von Tabletten und Dragees war Gegenstand eines weiteren Urteils des gleichermaßen für Patent- und Gebrauchsmusterschutzrecht zuständigen X. Zivilsenats. Die zu § 12 a GebrMG und § 14 PatG sowie Art. 69 EPÜ gebildeten Leitsätze lauten dahin, dass der Schutzbereich eines Gebrauchsmusters nach gleichen Grundsätzen zu bestimmen ist, wie der Schutzbereich eines Patents und dass ein derartiger Schutzbereich keine Unter- oder Teilkombinationen der Merkmale der beanspruchten technischen Lehre umfasst³⁷.

d)

Mit einer Markenrechtsverletzung durch parallel importierte Arzneimittel (STILNOX) hatte sich der u.a. für Rechtsstreitigkeiten aus dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und hier insbesondere des Marken- und Kennzeichenrechts sowie Ansprüchen aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zuständige I. Zivilsenat zu befassen³⁸. Gestützt auf § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 5 MarkenG hatte das Berufungsgericht der Beklagten eine Markenrechtsverletzung durch ein parallel importiertes Arzneimittel (STILNOX) bescheinigt. Die Beklagte hatte das Schlafmittel der Klägerin, welches diese in Packungen mit unterschiedlicher Aufmachung in Deutschland und Spanien vertrieb aus Spanien nach Deutschland importiert und drei Blister zu je 10 Tabletten nicht in der ursprünglichen Originalverpackung, sondern in einer graphisch modifizierten eigenen Verpackung unter der Marke „Stilnox“ vertrieben. Im Anschluss an *Böhringer-Ingelheim/Zwingward II*³⁹ hat der BGH im konkreten Fall eine Schädigung des Rufs der Marke durch die Verwendung des vom Parallelimporteur neu gestalteten Packungsdesigns verneint. Nach dem Leitsatz gilt das allgemeine Ausnahmeerfordernis, nachdem das Umpacken eines parallel importierten Arzneimittels notwendig sein muss, um die Ware in dem Einfuhrmitgliedstaat vermarkten zu können, nur für das Umpacken der Ware als solches sowie für die Wahl, ob

³⁷ Urteil vom 31. Mai 2007 – X ZR 172/04 – GRUR 2007, 1059 ff..

³⁸ Urteil vom 14. Juni 2007 – I ZR 173/04 –.

³⁹ EuGH, Urteil vom 26. April 2007 – C-348/04 – GRUR 2007, 586 (Rn. 30).

die Wiederanbringung der Marke durch Neuverpackung oder durch Aufkleben eines Etiketts auf die Verpackung der Ware erfolgt, nicht dagegen für die Art und Weise, in der das Umpacken durchgeführt wird.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Um die Internet-Aktivitäten eines niederländischen Apothekers mit der Internet-Adresse „0800Doc.Morris.com“ ging es in einem Revisionsverfahren gegen ein Berufungsurteil, in dem dem Beklagten verboten worden war, in Deutschland zugelassene verschreibungspflichtige Arzneimittel im Wege des Versandhandels in den Verkehr zu bringen und für den Bezug im Wege des Versandhandels zu bewerben⁴⁰. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, um dem Berufungsgericht die Möglichkeit zu geben, zu prüfen, ob DocMorris bei dem vom Kläger beanstandeten Arzneimittelversandhandel einen dem geltenden deutschen Recht vergleichbaren Schutzstandard eingehalten hatte. Das Berufungsgericht war davon ausgegangen, dass für die Vergleichbarkeit allein das den grundlegenden deutschen Sicherheitsstandards für den Versandhandel mit Arzneimitteln in § 11 a ApoG nicht annähernd gerecht werdende geschriebene Recht der Niederlande maßgeblich sei. Dem ist der I. Zivilsenat unter Hinweis auf § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a AMG entgegengetreten, zumal das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung in seiner Bekanntmachung nach § 73 Abs. 1 Satz 3 AMG⁴¹ im Blick auf die zu dieser Zeit bestehende Rechtslage in den Niederlanden davon ausgegangen war, dass in den Niederlanden für den Versandhandel dem deutschen Recht vergleichbare Sicherheitsstandards bestehen, soweit Versandapotheken gleichzeitig eine Präsenzapotheke unterhalten.

⁴⁰ Urteil vom 20. Dezember 2007 – I ZR 205/04 – BB 2008, 1 (Kurzwiedergabe).

⁴¹ Vom 16. Juni 2005 (BAnz v. 21.6.2005 AZ: 113-5028-3).

9. **Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts**

Die Anzahl der Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof aufgrund zugelassener Revisionen durch die Berufungsgerichte nimmt stetig ab. Dies liegt an der eher restriktiven Anwendung der Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO. § 544 ZPO eröffnet bei Versagung der Revision in Fällen, in denen die Beschwer des angestrebten Revisionsverfahrens 20.000 € übersteigt⁴², die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde. Auf eine derartige Beschwerde ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. In der Praxis kommen Beweislastfragen und Gehörsverletzungen insbesondere in Form von übergangenen Beweisangeboten maßgebliche Bedeutung zu.

In Arzthaftungsfällen geht es regelmäßig um den Umfang der maßgeblichen Beweislast. Im Zusammenhang mit einem Geburtsschadenfall und der Auswirkung von ärztlichen Leitlinien hat der VI. Zivilsenat in einem die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss⁴³ erneut bestätigt, dass ärztliche Leitlinien nicht wie die Mutterschaftsrichtlinien, welche sich jedoch nicht mit dem Geburtsvorgang selbst befassen, Rechtsnormqualität haben. Die Nichteinhaltung von Leitlinien führt daher nicht „per se“ zu einer Beweislastumkehr, sondern bedarf regelmäßig der zusätzlichen Feststellung eines groben Behandlungsfehlers.

Ebenfalls um Geburtsschadensfälle ging es in zwei weiteren zurückweisenden Beschlüssen des VI. Zivilsenats⁴⁴. Zu einer auf Nichteinholung eines neonatologischen Sachverständigengutachtens gestützte Gehörsrüge hat der Bundesgerichtshof eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG verneint und ausgeführt, es sei nicht ersichtlich, warum ein solches Gutachten besser als die beiden in den Instanzen erstellten gyn-

⁴² § 26 Nr. 8 EGZPO macht die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde bis einschließlich 31. Dezember 2011 von einer derartigen Beschwer abhängig.

⁴³ Beschluss vom 08. Januar 2008 – VI ZR 161/07 –.

⁴⁴ Beschlüsse vom 16. März 2007 – VI ZR 42/06 – und vom 20. August 2007 – VI ZR 215/06 –.

ökologischen Gutachten geeignet gewesen sein sollte, die im Prozess maßgebliche Frage der Kausalität des Handelns eines Gynäkologen auf dem Gebiet der Geburtshilfe zu beurteilen. Es kam hinzu, dass das Vorbringen des Beklagten nicht geeignet war, die Begründung des Berufungsgerichts hinsichtlich aller drei festgestellten groben Behandlungsfehler in Frage zu stellen, die jeweils für sich zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität geführt hatten⁴⁵.

Eine weitere Gehörsrüge ist mit der Begründung zurückgewiesen worden, dass die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts hinzunehmen war, welches nach umfassender Beweisaufnahme und der Einholung vieler Sachverständigengutachten nicht als bewiesen angesehen hatte, dass der Hirnschaden des Klägers durch einen Behandlungsfehler in der Klinik der Beklagten verursacht worden war. Die tatrichterliche Beweiswürdigung ist grundsätzlich revisionsrechtlich hinzunehmen⁴⁶. Eine Revisionszulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung kommt nur bei Rechtsanwendungsfehlern mit verfassungsrechtlicher Relevanz in Betracht⁴⁷.

Nach §§ 285 Abs. 1, 279 Abs. 3 ZPO ist über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu verhandeln und der Sach- und Streitstand erneut mit den Parteien zu erörtern. Findet sich im Protokoll kein Hinweis darauf, dass die Parteien zum Beweisergebnis verhandelt haben, steht ein Verstoß gegen §§ 285 Abs. 1, 279 Abs. 3 ZPO fest (§§ 165, 160 Abs. 2 ZPO). Ein derartiger Verfahrensfehler stellt regelmäßig eine Gehörsverletzung dar⁴⁸. Lässt sich darlegen, dass im Falle einer Verhandlung zum Beweisergebnis auf Gesichtspunkte hingewiesen worden wäre, die möglicherweise zu einer anderen Bewertung geführt hätten, kommt ein Vorgehen nach § 544 Abs. 7 ZPO und eine Aufhebung des angegriffenen Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in Betracht.

Eine derartige Sachbehandlung ist insbesondere dann geboten, wenn das Berufungsgericht zu Unrecht einen Antrag auf Einholung eines medizinischen Sachver-

⁴⁵ Beschluss vom 16. März 2007 – VI ZR 42/06 – juris, Rn. 3.

⁴⁶ Beschluss vom 20. August 2007 – VI ZR 215/06 – juris, Rn. 4.

⁴⁷ Hk-ZPO/Kayser, 2. Auflage, § 543 ZPO, Rn. 30 ff..

⁴⁸ Beschluss vom 25. September 2007 – VI ZR 162/06 – ZMGR 2007, 141.

ständigengutachtens abgelehnt hat⁴⁹. Aber auch dann, wenn ein vom Berufungsgericht bestellter Sachverständiger entgegen einem Parteiantrag nicht zur ergänzenden Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens vorgeladen und gehört wird, liegt eine Gehörsverletzung und damit das Erfordernis einer Revisionszulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO nahe⁵⁰. Das Befragungsrecht der Partei besteht dabei unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO⁵¹. Von daher besteht ungeachtet der nach § 411 Abs. 3 ZPO zu treffenden Ermessensentscheidung darüber, ob das Gericht einen Gutachter von Amts wegen zur mündlichen Anhörung lädt, das Recht jeder Prozesspartei aus §§ 397, 402 ZPO, zur Gewährung ihres rechtlichen Gehörs einen Sachverständigen zu seinem schriftlichen Gutachten mündlich befragen zu können⁵².

⁴⁹ Beschlüsse vom 21. Juni 2007 – IV ZR 3/05 – juris, Rn. 1 ff. sowie vom 21. November 2007 – IV ZR 129/05 – juris, Rn. 1 ff..

⁵⁰ Beschluss vom 25. September 2007 – VI ZR 157/06 – ZMGR 2007, 140 f sowie Beschlüsse vom 09. Mai 2007 – IV ZR 160/05 – juris, Rn. 1 f. und vom 17. Oktober 2007 – IV ZR 56/07 – juris, Rn. 1.

⁵¹ Beschlüsse vom 25. September 2007 – VI ZR 157/06 – ZMGR 2007, 140 und vom 17. Oktober 2007 – IV ZR 56/07 – juris, Rn. 10.

⁵² Beschluss vom 09. Mai 2007 – IV ZR 160/05 – juris, Rn. 1 mit Hinweis auf BGHZ 6, 398 (400 f.); 24, 9 (14); NJW 1998, 162 unter II 2 a und VersR 2002, 120 unter II 2 c jeweils m.w.N..