

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2018**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 2. Halbjahr 2017 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2018 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Berufsrecht sowie das Krankenhausrecht zu berichten. Daneben geht es um die Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinproduktrechts sowie des Apothekenrechts und letztlich um Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. 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 2018 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.

a)

Der **Arzt hat sicherzustellen, dass der Patient von Arztbrief mit bedrohlichen Befunden** – und ggf. von der angeratenen Behandlung – **Kenntnis erhält, auch wenn diese nach einem etwaigen Ende des Behandlungsvertrages** bei ihm eingehen.⁴ Der Arzt, der als einziger eine solche Information bekommt, muss den Informationsfluss aufrechterhalten, wenn sich aus der Information selbst nicht eindeutig ergibt, dass der Patient oder der den Patienten weiter behandelnde Arzt diese Information ebenfalls erhalten hat.⁵

Im konkreten Fall hatte sich der Kläger in der Praxis der Beklagten wegen Schmerzen im linken Bein und Fuß vorgestellt und war in der weiteren Folge in eine fachärztliche Behandlung überwiesen und in der weiteren Folge in ein Klinikum zur stationären Krankenhausbehandlung eingewiesen worden. Im Verlaufe dieser stationären Krankenhausbehandlung hatte die Untersuchung eines histologischen Befundes einen **malignen Nervenscheidentumor** ergeben, was dann zu einem Arztbrief auch an die Beklagte als Hausärztin, nicht aber an den betroffenen Kläger selbst geführt hatte. Der Arztbrief enthielt die **Empfehlung, den Kläger einem onkologischen Spezialzentrum vorzustellen**.⁶ Zwar kann ein Behandlungsvertrag durch eine an einen anderen Arzt oder ein Krankenhaus veranlasste Überweisung enden, wobei der VI. Zivilsenat im vorliegenden Fall offen gelassen hat, ob eine derartige Beendigung im Hinblick auf die langjährige Behandlung durch die Beklagte als Hausärztin eingetreten war.⁷ **Selbst ohne fortwirkenden Behandlungsvertrag hatte die Beklagte aber sicherzustellen, dass der Patient von dem ihr – der Beklagten – zugehenden Arztbrief mit den bedrohlichen Befunden Kenntnis erhielt.** Die Be-

⁴ Urteil vom 26. Juni 2018 – [VI ZR 285/17](#) – veröffentlicht bislang nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 4.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

klagte traf insoweit eine **aus dem Behandlungsvertrag nachwirkende Schutz- und Fürsorgepflicht** (§§ 280 Abs. 1; 241 Abs. 2 BGB).⁸

Mit der Annahme einer nachwirkenden Schutz- und Fürsorgepflicht war nun aber noch nicht entschieden, ob dieser Behandlungsfehler als **einfacher oder grober Fehler** zu bewerten war. Ein Behandlungsfehler ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als **grob** zu bewerten, **wenn** der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößt und einen **Fehler begeht, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf**.⁹ Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine **juristische Wertung, die dem Tatrichter** und nicht dem Sachverständigen **obliegt**. Dabei muss diese wertende Entscheidung des Tatrichters jedoch in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können.¹⁰

Das Berufungsgericht war von einem einfachen Behandlungsfehler ausgegangen und hatte seiner Beurteilung – den Ausführungen des Sachverständigen bei seiner Anhörung folgend – zugrunde gelegt, dass ein grober Behandlungsfehler ausscheidet, wenn ein solcher Fehler unter den gegebenen Umständen im alltäglichen Ablauf passieren könne. Dabei hatte es berücksichtigt, dass der Kläger sich zum Zeitpunkt der Übersendung des zweiten Arztbriefes bereits seit fünf Monaten nicht mehr bei der Beklagten vorgestellt hatte.¹¹ Auf diese Umstände kommt es indes bei der Frage, ob ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, nicht an. **Dass Fehler vorkommen (können), sagt nichts darüber aus, ob sie objektiv nicht mehr verständlich sind**. Der Zeitpunkt des letzten Behandlungskontakts ist für die Frage, ob in der unterlassenen Information des Patienten über einen Arztbrief mit einem derart bedrohlichen Befund wie dem vorliegenden ein grober Fehler liegt, nicht von Belang.¹² Soweit das Berufungsgericht gemeint hatte, der Beklagten, die außerhalb des Behandlungsgeschehens gestanden habe, habe sich nicht aufdrängen müssen, dass sie von

⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹² a.a.O., juris, Rn. 22.

dem Klinikum entgegen den üblichen Abläufen fehlerhaft als behandelnde Ärzte angesehen worden sei, hat sich der VI. Zivilsenat dieser Überlegung nicht angeschlossen. Er hat die Sache vielmehr an die Berufungsinstanz zurückverwiesen, um dort nochmal zu prüfen, ob sich der Beklagten nicht doch habe aufdrängen müssen, dass sie die ihr zugegangenen – bedrohlichen – Informationen an den Kläger hätte weiterleiten müssen.¹³

b)

In einer weiteren vom VI. Zivilsenat entschiedenen Nichtzulassungsbeschwerde ging es um einen **Schadensersatzanspruch gegen einen Zahnarzt** im Anschluss eine kieferchirurgische und zahnärztliche Behandlung.¹⁴ Die Klägerin hatte dem Zahnarzt vorgeworfen, sie nicht hinreichend aufgeklärt und zudem fehlerhaft behandelt zu haben. Der Bundesgerichtshof hat die Sache auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin aufgehoben und den Rechtsstreit an die Berufungsinstanz zurückverwiesen und beanstandet, dass das Berufungsgericht unter entscheidungserheblichem Verstoß gegen den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu der Annahme gelangt war, dass ein Fehler der Zahnersatzkonstruktion nicht nachgewiesen sei.¹⁵

Eine **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör** kann festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles deutlich ergibt, dass das Gericht Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat. Davon ist u.a. dann auszugehen, wenn das Gericht auf den **wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags** eines Beteiligten zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, **nicht eingegangen** ist, sofern er nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts nicht unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert gewesen ist.¹⁶

Vorliegend hatte das Berufungsgericht den Vortrag der Kläger gehörswidrig unberücksichtigt gelassen, wonach – unabhängig von der Passgenauigkeit des Zahnersatzes (dem „Biss“) – das gesamte Behandlungskonzept bereits in seiner Grundan-

¹³ a.a.O., juris, Rn. 25 ff.

¹⁴ Beschluss vom 09. Januar 2018 – [VI ZR 106/17](#) – NJW 2018, 2730 f. = VersR 2018, 1147 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

lage fehlerhaft gewesen sein soll, insbesondere weil die Implantate die verwendeten Aufbauten nicht hätten tragen können.¹⁷ Der **Tatrichter darf**, wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, **auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag**. Zudem muss der **Tatrichter**, wenn er bei seiner Entscheidung **eigene Sachkunde in Anspruch nehmen** will, den Parteien zuvor einen **entsprechenden Hinweis erteilen**.¹⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Tatrichter auf ein Sachverständigengutachten verzichten will, weil er es auf der Grundlage eigener Sachkunde für ungeeignet hält.

c)

Ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung führte ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, in welchem dem Berufungsgericht vorgeworfen wurde, konkret **durch eine Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift belegten Parteivortrag unberücksichtigt gelassen** zu haben.¹⁹

In der Sache ging es um einen Regress gegen einen niedergelassenen **Orthopäden**, dem **angelastet** worden war, die **Klägerin nicht über die Behandlungsalternative einer konventionellen Hüft-TEP aufgeklärt** zu haben. Das Berufungsgericht hatte gemeint, der Beklagte habe die Klägerin nicht über die Behandlungsalternative einer derartigen konventionellen Hüft-TEP aufklären müssen, da die Prothese nach McMinn einerseits und die konventionelle TEP andererseits keine signifikanten Unterschiede in Bezug auf Risiken und Chancen aufgewiesen hätten und deshalb eine Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG ausscheide.²⁰

Die Bestimmung in **Art. 103 Abs. 1 GG** hat den Zweck, einen angemessenen Ablauf des Verfahrens zu sichern. Der **Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens** sein, sondern vor seiner Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Art. 103 Abs. 1 GG vermittelt allen an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten einen **Anspruch**

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁹ Beschluss vom 17. April 2018 – [VI ZR 140/17](#) – MDR 2018, 1076 f. = VersR 2018, 877 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 3.

darauf, sich zu dem in Rede stehenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern sowie Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen. Dem entspricht die Pflicht des Gerichts, tatsächliche und rechtliche Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.²¹

Im konkreten Fall hatte die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht **beanstandet**, dass das Berufungsgericht den durch eine **Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift** belegten und durch die Angaben des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung grundsätzlich bestätigten Vortrag der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung **nicht berücksichtigt** hatte, wonach zum Operationszeitpunkt bekannt gewesen sei, dass die **Komplikationsrate beim Oberflächenersatz im Vergleich zum konventionellen Gelenkersatz am Hüftgelenk erhöht** gewesen sei. Der Vortrag der Klägerin war auf eine Veröffentlichung in der Fachzeitschrift „Der Orthopäde“ gestützt worden. Der Sachverständige hatte die Relevanz der vom Springer Verlag herausgegebenen Fachzeitschrift „Der Orthopäde“ bestätigt und angegeben, dass diese Zeitschrift „einen gewissen Stellenwert“ habe. Bei dieser Sachlage war dann aber die Beurteilung des Berufungsgerichts gehörswidrig, wonach die von der Klägerin zitierten Literaturfundstellen im Rahmen der Aufklärungsverpflichtung nicht relevant seien und die Oberflächenersatzprothese kein höheres Risiko bezüglich eines sog. Impingement-Syndroms aufweise.²²

d)

Der **Anspruch auf rechtliches Gehör** wird ebenfalls **verletzt, wenn die vor Erlass einer Entscheidung vom Gericht gesetzte Frist zur Äußerung objektiv nicht ausreicht**, um innerhalb der Frist eine **sachlich fundierte Äußerung zum entscheidungserheblichen Sachverhalt und zur Rechtslage** zu erbringen.²³

Das Oberlandesgericht hatte den Kläger mit einem 15-seitigem Beschluss darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. In diesem Beschluss hatte es u.a. ausgeführt, die Entscheidung des Beklagten, eine konservative Behandlung einzuleiten, sei nicht vorwerfbar. Es könne

²¹ a.a.O., juris, Rn. 4.

²² a.a.O., juris, Rn. 6.

²³ Beschluss vom 15. Mai 2018 – [VI ZR 287/17](#) – GesR 2018, 506 ff. = VersR 2018, 935 ff. = ZMGR 2018, 241 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

offen bleiben, ob die konservative Behandlung kontraindiziert gewesen sei. Eine Versorgung der Fraktur im Wege einer offenen Operation sei dem Beklagten nicht eröffnet gewesen, da die Mutter des Klägers einen solchen Eingriff abgelehnt habe. Der Einwand des Klägers, seine Mutter habe den operativen Eingriff nur deshalb abgelehnt, weil der Beklagte zu 2 zwei Tage zuvor eine konservative Behandlung als richtig dargestellt habe, rechtfertige keine andere Sichtweise. Unabhängig davon habe es eines kinderchirurgischen Sachverständigen nicht bedurft, da die Behandlung in der unfallchirurgischen Abteilung erfolgt sei.²⁴

Zu alledem hatte das Berufungsgericht dem Kläger eine Frist zur Stellungnahme von 21 Tagen gesetzt und ausgeführt, die **übliche Frist zur Stellungnahme gemäß §§ 522; 277 Abs. 3 ZPO betrage zwei Wochen**. Ein **Antrag auf Fristverlängerung** unter Hinweis darauf, der alleinige Sachbearbeiter sei zwei Wochen urlaubsbedingt abwesend und eine notwendige Besprechung mit dem Kläger könne erst nach Rückkehr aus dem Urlaub und nach Ablauf der gesetzten Stellungnahmefrist erfolgen, war zurückgewiesen worden.²⁵ Die Berufung war sodann durch Beschluss **zurückgewiesen** worden, nachdem eine fristgerechte Stellungnahme des Klägers ausgeblieben war.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte Erfolg und führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hatte den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus **Art. 103 Abs. 1 GG dadurch verletzt, dass es dessen Antrag, die Frist zur Stellungnahme auf den 15-seitigen Hinweisbeschluss zu verlängern, ohne konkrete Befassung mit dem geltend gemachten Verlängerungsgrund abgelehnt** und die Berufung unmittelbar nach Ablauf der gesetzten Stellungnahmefrist einen Tag später zurückgewiesen hatte. Durch diese Verfahrensgestaltung hatte es dem Kläger die Möglichkeit, sich sachlich fundiert zum Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern, in unzumutbarer Weise erschwert.²⁶

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 3.
²⁵ a.a.O., juris, Rn. 4.
²⁶ a.a.O., juris, Rn. 6.

Der **Gehörsverstoß war auch entscheidungserheblich**. Es konnte nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre, wenn es dem Kläger eine angemessene Frist zur Stellungnahme auf den umfassend begründeten Hinweisbeschluss eingeräumt hätte.²⁷ Mit der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung hatte sich der Kläger im Rahmen einer **Stellungnahme gegen die selbständig tragende Beurteilung des Berufungsgerichts gewandt, ein in der Einleitung der konservativen Therapie liegender Behandlungsfehler müsse auch deshalb verneint werden, weil diese Therapie relativ indiziert gewesen sei**. Weiter hätte der Kläger darauf hingewiesen, dass bei der **Auswahl des Sachverständigen** nicht – wie das Berufungsgericht angenommen hatte – auf die Sachkunde in dem medizinischen Fachgebiet abzustellen war, der die Beklagtenseite angehörte, sondern in das der durchzuführende Eingriff bzw. die zu beurteilende medizinische Frage fiel.²⁸

e)

Eine **Aufklärungspflicht des Arztes besteht nur hinsichtlich solcher Risiken, die im Zeitpunkt der Behandlung bereits bekannt sind**.²⁹

Der Kläger litt an einer Erkrankung der Speiseröhre, die u.a. zu einer funktionellen Stenose und zu Schluckbeschwerden führt (Achalasie). Mindestens zweimal war versucht worden, die Probleme durch eine Ballondilatation zu beheben. Da die Behandlungsmaßnahmen nicht zum erwünschten Erfolg führten, empfahl man dem Kläger die operative Versorgung der Achalasie durch eine **laparoskopische Ösophagomyotomie verbunden mit einer Hermifunduplicatio** im Hause der Beklagten zu 1. In dem geführten Aufklärungsgespräch wurde der Kläger über die Risiken einer Blutung, Nachblutung, Infektion, Thrombose, Embolie, Transfusion (HIV, Hepatitis), Schluckstörung und die Verletzung intraabdomineller Organe (Speiseröhre, Magen, Bauspeicheldrüse, Milz, Gefäße) aufgeklärt. **Über die Möglichkeit des Auftretens eines Pleuraergusses** (Flüssigkeitsansammlung zwischen Rippen- und Bauchfell) **und eines Pleuraempyems** (Vereiterung) **wurde der Kläger nicht hingewiesen**.³⁰

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 14.

²⁹ Beschluss vom 29. Mai 2018 – [VI ZR 370/17](#) – GesR 2018, 503 ff. = VersR 2018, 1111 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 2.

Während das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hatte die Berufung teilweise Erfolg. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hafteten die Beklagten wegen unzureichender Aufklärung über die mit der Operation verbundenen Risiken gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz, da der Kläger vor dem Eingriff über die Gefahr des Eintritts eines Pleuraempyems und seiner Folgen hätte aufgeklärt werden müssen. Bei dem Pleuraempyem handele es sich um ein seinerzeit in der Fachwelt bekanntes, spezifisch mit der Therapie verbundenes Risiko, welches wegen der damit u.a. verbundenen Folgen (Brustkorberöffnung) für die Lebensführung des Patienten erkennbare Bedeutung für dessen Entschließung haben können.³¹

Die gegen das Berufungsurteil anhängig gemachte Nichtzulassungsbeschwerde hatte insoweit Erfolg, als der VI. Zivilsenat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückgegeben hat. Begründet wird dies mit der **gehörswidrigen Annahme des Berufungsgerichts, es sei bereits im Zeitpunkt des streitgegenständlichen Eingriffs im Jahre 2004 in medizinischen Fachkreisen bekannt gewesen, dass sich nach Durchführung einer laparoskopische Ösophagomyotomie ein Pleuraempyem entwickeln könne.**³² Eine Aufklärungspflicht des Arztes besteht nur hinsichtlich solcher Risiken, die im Zeitpunkt der Behandlung bereits bekannt sind.³³

Ferner hatte das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus **Art. 103 Abs. 1 GG** dadurch verletzt, dass es den **erstmalig in der Berufungsinstanz erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hatte.**³⁴ Der in erster Instanz siegreiche Berufungsbeklagte darf darauf vertrauen, nicht nur rechtzeitig darauf hingewiesen zu werden, dass und aufgrund welcher Erwägungen das Berufungsgericht der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will, sondern dann auch **Gelegenheit zu erhalten, seinen Tatsachenvortrag sachdienlich zu ergänzen oder weiteren Beweis anzutreten.**³⁵ § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO setzt voraus, dass die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei

³¹ a.a.O., juris, Rn. 4.

³² a.a.O., juris, Rn. 7.

³³ a.a.O., juris, Rn. 12.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

beeinflusst hat und daher (mit-)ursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert hat. Hiervon ist aber bereits dann auszugehen, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre.³⁶ Diese Voraussetzungen waren im Streitfall erfüllt. Auf die Frage einer hypothetischen Einwilligung kam es auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Landgerichts nicht an. Denn das Landgericht hatte die erfolgte Aufklärung für ausreichend erachtet. **Hätte das Landgericht stattdessen erwogen, auf der Grundlage der erhobenen Beweise und ohne weitere Sachaufklärung eine Verpflichtung der Beklagten, den Kläger über das Risiko der Entwicklung eines Pleuraergusses und eines Pleuraempyems aufzuklären, zu bejahen, hätte es die Kläger zuvor auf diesen Gesichtspunkt hinweisen müssen.**³⁷ Eine andere Bewertung folgte auch nicht aus der Erwägung des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten Anlass gehabt, den Einwand der hypothetischen Einwilligung bereits im ersten Rechtszug zu erheben, nachdem sie die fehlende Aufklärung über das Auftreten eines Pleuraergusses und eines Pleuraempyems eingeräumt hätten. Das Berufungsgericht hatte insoweit übersehen, dass die **Nachlässigkeit der Partei die Zulassung neuen Vorbringens** – anders als im Fall des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO – **gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht ausschließt.**³⁸

f)

Fragen der Haftung und insbesondere der **Auswirkungen einer Mehrfachversicherung** und des **Innenausgleichs zwischen Heilwesenversicherern** bei einer sich überschneidenden ambulanten und stationären Tätigkeit hat eine weitere Entscheidung des VI. Zivilsenats zum Inhalt.³⁹

Der beklagte Arzt war **niedergelassener Facharzt** für Neurochirurgie in eigener Praxis und **gleichzeitig als Honorararzt in einem Krankenhaus** tätig. Das Krankenhaus und der dort mitversicherte Beklagte waren bei der Klägerin haftpflichtversi-

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 22 m.w.N.

³⁹ Urteil vom 13. März 2018 – [VI ZR 151/17](#) – GesR 2018, 364 ff. = NJW 2018, 2120 ff. = VersR 2018, 726 ff. = ZMGR 2018, 179 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

chert. Für seine Tätigkeit als niedergelassener Arzt unterhielt der Beklagte eine zusätzliche Haftpflichtversicherung bei einem anderen Heilwesensversicherer.

Der anhängige Rechtsstreit zeichnete sich nun dadurch aus, dass der Beklagte **sowohl im Rahmen seiner niedergelassenen Tätigkeit als auch im Rahmen der anschließend durchgeführten Operation ärztliches Fehlverhalten** an den Tag gelegt hatte. Im Rahmen seiner niedergelassenen Tätigkeit wurde dem beklagten Arzt vorgeworfen, eine falsche Indikation gestellt und den Patienten unzureichend aufgeklärt und vor allem zu einer nicht gebotenen Operation geraten zu haben. Darüber hinaus waren eine sich anschließende Operation sowie eine weitere Revisionsoperation nicht fachgerecht durchgeführt worden.⁴⁰

Nachdem der Heilwesensversicherer des Krankenhauses, bei dem der Beklagte im Rahmen seiner operativen Tätigkeit mitversichert war, mit dem geschädigten Patienten einen Abfindungsvergleich geschlossen hatte, nahm dieser Haftpflichtversicherer den beklagten Arzt aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VVG) auf **Gesamtschuldnerausgleich** in Anspruch. Das Berufungsgericht war in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass das Krankenhaus wegen der fehlerhaften Operation und der Beklagte wegen der fehlerhaften ambulanten Indikation und Aufklärung als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet seien.⁴¹ Soweit das Behandlungsverschulden des Beklagten im Rahmen seiner honorarärztlichen Tätigkeit für das Krankenhaus erfolgt war, steht dem Krankenhaus als Versicherungsnehmer allerdings kein Ersatzanspruch gegen den Beklagten zu, der gemäß § 86 Abs. 1 VVG auf die Klägerin als Versicherer des Krankenhauses hätte übergegangen sein können.⁴² Für den **Innenausgleich** zwischen dem Krankenhaus und dem Beklagten ist nach der gesetzlichen Grundregel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB eine **hälftige Verpflichtung beider Schuldner anzunehmen, soweit „nicht ein anderes bestimmt ist“**. Eine solche **anderweitige Bestimmung** ergab sich vorliegend allerdings **aus § 6 des zwischen dem Krankenhaus und dem Beklagten geschlossenen Honorararztvertrages**, in dem geregelt war, dass dem Beklagten für den Fall der Verletzung von im Rahmen des Honorararztverhältnisses zu erbringenden ärztlichen Pflichten Haftpflichtschutz gegen Ansprüche vom Patienten aus einer zivilrecht-

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 2 ff.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 14 f.

⁴² a.a.O. juris, Rn. 17.

lichen Haftung zugesagt wurde, ohne dass ein Rückgriff vorbehalten gewesen wäre.⁴³ Ein Gesamtschuldnerausgleich zwischen Krankenhaus und dem Beklagten schied damit aus.

Der Beklagte war als bei der Klägerin als Krankenhausversicherer für den eingetretenen Schaden (mit-)versicherte Person **auch „nicht Dritter“ i.S.d. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG**. Denn „Dritter“ kann nur sein, wer nicht Versicherungsnehmer oder – wie der Beklagte durch Erstreckung des Versicherungsschutzes jedenfalls im Rahmen seiner honorarärztlichen Tätigkeit – versicherte Person ist.⁴⁴

Soweit das behauptete Behandlungsgeschehen des Beklagten im Rahmen seiner ambulant versicherten Tätigkeit erfolgt und dieser Tätigkeit auch haftungsrechtlich zuzuordnen war, lag **ein Fall der Mehrfachversicherung** vor. Das Ausgleichsbegehren der Klägerin gegen den Beklagten scheiterte insoweit auch am **Vorrang des Ausgleich unter den Haftpflichtversicherern (§ 78 Abs. 1 und 2 VVG)**. Ob und inwieweit ein derartiger Ausgleich unter den Haftpflichtversicherern vorzunehmen war, war vom Bundesgerichtshof nicht zu entscheiden.⁴⁵

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Für den einschlägigen Berichtszeitraum ist über keine das Recht der Krankenversicherungen betreffende Entscheidung zu berichten.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 18.
⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 19.
⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 20 ff.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Eine im Februar 2018 abgesetzte Entscheidung des VI. Zivilsenats betraf die **Prüfungspflicht des Betreibers einer Internet-Suchmaschine** (– www.jameda.de –) bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁴⁶

Die Beklagte betrieb unter der Internetadresse www.jameda.de ein Arztsuche- und Arztbewertungsportal, auf dem Informationen über Ärzte und Träger anderer Heilberufe kostenfrei abgerufen werden konnten. Die Klägerin war niedergelassene Dermatologin und im Portal der Beklagten als **Nichtzahlerin** gegen ihren Willen ohne Bild mit ihrem akademischen Grad, ihrem Namen, ihrer Fachrichtung und ihrer Praxisanschrift geführt. Bei Aufruf ihres Profils erschien auf dem Portal der Beklagten eine Bewertung, mit der die Klägerin nicht einverstanden war.

Während der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit Unterlassungsklagen von Ärzten gegen die Betreiber von Bewertungsportalen zurückgewiesen hatte,⁴⁷ hat er der **anhängigen Unterlassungsklage stattgegeben**. Dabei wird allerdings im Ausgangspunkt daran festgehalten, dass die Speicherung der personenbezogenen Daten von Ärzten grundsätzlich zulässig ist und keinen Lösungsanspruch nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG auslöst. Im konkreten Fall stand der Klägerin aber gegenüber der Beklagten auf der Grundlage des festgestellten derzeitigen Geschäftsmodells ein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten nach §§ 823 Abs. 2; 1004 BGB analog i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG durch Übermittlung an die abfragenden Nutzer zu, da die Übermittlung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG unzulässig war.⁴⁸ **Maßgeblich für die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung war der Umstand, dass die Beklagte nicht nur – quasi neutral – auf ihrem Portal eingehende Bewertungen veröffentlichte** und sich mithin nicht darauf beschränkte, in Profilen die „Basisdaten“ des einzelnen Arztes zusammen mit von Patienten bzw. anderen Internetnutzern vergebenen Noten oder verfassten Frei-

⁴⁶ Urteil vom 20. Februar 2018 – [VI ZR 30/17](#) – AnwBl. 2018, 417 = ArztR 2018, 180 ff. = GesR 2018, 394 ff. = NJW 2018, 1884 ff. = VersR 2018, 687 ff.

⁴⁷ so Urteil vom 23. September 2014 – [VI ZR 358/13](#) – BGHZ 202, 242 ff. = GesR 2014, 759 ff. = NJW 2015, 489 ff. = VersR 2014, 1465 ff.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 21 ff.

testkommentaren zu veröffentlichen. Über diese bloße Registrierung von Bewertungen hinaus zeichnete sich das von der Beklagten betriebene Arztsuche- und Arztbewertungsportal dadurch aus, dass die Beklagte Ärzten entgeltlich anbot, deren Profil – anders als das Basisprofil von nichtzahlenden Ärzten – mit einem Foto und zusätzlichen Informationen zu versehen.⁴⁹ Ihre „Serviceleistung“ beinhaltete ferner, dass im Profil anderer, nichtzahlender Ärzte – als „Anzeige“ gekennzeichnet – die Profilbilder unmittelbarer Konkurrenten gleicher Fachrichtung im örtlichen Umfeld mit Entfernungsangaben und Noten eingeblendet werden. Eine Sortierung der eingeblendeten Ärzte nach der Gesamtnote erfolgt nicht; es werden nicht nur Ärzte angezeigt, die eine bessere Gesamtnote haben. Demgegenüber **blendet die Beklagte bei Ärzten, die sich bei ihr kostenpflichtig registriert und ein „Prämien-Paket“ gebucht haben, keine Konkurrenten ein.**⁵⁰

Mit der vorbeschriebenen, mit dem Bewertungsportal verbundenen Praxis hatte die Beklagte ihre Stellung als „neutraler“ Informationsmittler verlassen. Dadurch, dass sie sich in dieser Weise zu Gunsten ihres Werbeangebots in ihrer Rolle als „neutraler“ Informationsmittler zurückgenommen hatte, konnte die Beklagte ihre auf das Grundrecht der Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sowie Art. 10 EMRK) gestützte Rechtsposition gegenüber dem Recht der Klägerin auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK) nur mit geringerem Gewicht geltend machen. Dies führt vorliegend zu einem **Überwiegen der Grundrechtsposition der Klägerin**, so dass ihr ein „schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung“ ihrer Daten im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG zuzubilligen war.⁵¹

4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

In diesem Zusammenhang ist über eine Entscheidung des II. Zivilsenats zu berichten, die eine in der Krankenpflege tätige Zwei-Personen-Gesellschaft zum Gegen-

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 18 ff.

stand hat.⁵² Der Streit der Parteien rankte sich nicht um materiell-rechtliche Fragen des Vertrags- und Gesellschaftsrechts, sondern um den **notwendigen Inhalt einer Berufungsschrift nach § 519 Abs. 2 ZPO** und konkret darum, ob die streitgegenständliche Berufungsschrift hinreichend erkennen ließ, wer Berufungskläger und wer Berufungsbeklagter sein sollte.⁵³ In diesem Zusammenhang hatte das Berufungsgesicht gemeint, dass mit der Berufungsschrift nicht für sämtliche Klägerinnen zu 1 bis 3, sondern nur für die Klägerin zu 1 Berufung eingelegt worden sei.⁵⁴ Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Einschätzung angeschlossen und ausgesprochen, dass **an die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers strenge Anforderungen zu stellen** sind und dass **bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmitteleinlegung jeder Zweifel über die Person des Rechtsmittelklägers ausgeschlossen** sein muss. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Person des Rechtsmittelklägers wirksam nur ausdrücklich und nur in der Berufungsschrift selbst angegeben werden kann. Vielmehr ist die **Rechtsmitteleinlegung einer Auslegung zugänglich**. Von daher kann es auch ausreichen, wenn jedenfalls mit Hilfe weiterer Unterlagen, wie etwa dem beigefügten erstinstanzlichen Urteil, bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eindeutig zu erkennen ist, wer Berufungskläger sein soll.⁵⁵

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Im Verlauf der Berichtsperiode sind hierzu – soweit ersichtlich – keine einschlägigen Entscheidungen ergangen.

6. Krankenhausrecht

Hier ist über Rechtsprechung des I., III., VI. sowie XII. Zivilsenats zu berichten.

⁵² Beschluss vom 20. Februar 2018 – [II ZB 2/17](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

a)

Der **Betreiber eines Krankenhauses, der Patientenzimmer mit Radiogeräten ausstattet**, mit denen **Patienten ausgestrahlte Radiosendungen über eine krankenhaus-eigene Kabelanlage empfangen** können, **gibt die Radiosendungen i.S.v. § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich wieder und verletzt daher die Rechte von Urhebern, ausübenden Künstlern und Sendeunternehmen zur öffentlichen Wiedergabe ihrer Werke oder Leistungen.**⁵⁶ Im Streitfall ging es ansonsten um einen urheberrechtlichen **Lizenzvertrag**, durch den die Klägerin (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte – **GEMA** –) dem **Krankenhaus** das Recht zur Weiterleitung von Rundfunksendungen in ihre 49 Patientenzimmer gegen Zahlung einer Vergütung eingeräumt hatte.⁵⁷ **Unter Hinweis auf die Änderung der Rechtsprechung zur Lautsprecherübertragung von Hörfunksendungen in Wartezimmern von Arztpraxen** hatte das Krankenhaus eine **fristlose Kündigung des Lizenzvertrages** wegen Störung der Geschäftsgrundlage erklärt und sich darauf berufen, dass die Wiedergabe von Hörfunksendungen in Zahnarztpraxen keine urheberrechtlich relevante öffentliche Wiedergabe darstelle.⁵⁸

Im Streitfall ging es nun aber nicht um die Lautsprecherübertragung von Hörfunksendungen in Wartezimmern von Arztpraxen, sondern um die **durch den Betreiber eines Krankenhauses mit technischen Mittel vorgenommene Weiterleitung von Rundfunksendungen zur im Belieben der Patienten stehenden Abrufbarkeit**. Der I. Zivilsenat ging insoweit von einer öffentlichen Wiedergabe von Hörfunksendungen in Patientenzimmern aus.⁵⁹

b)

Eine Klausel, wonach sich die **Wahlleistungsvereinbarung auf alle an der Behandlung beteiligten liquidationsberechtigten „Ärzte des Krankenhauses“ erstreckt**, ist dahingehend auszulegen, dass nur solche Ärzte erfasst werden, die in einem (festen) Anstellungs- oder Beamtenverhältnis zum Krankenhausträger stehen, und **Ho-**

⁵⁶ Urteil vom 11. Januar 2018 – [I ZR 85/17](#) – MDR 2018, 813 f. = NJW-RR 2018, 877 ff. = WRP 2018, 701 ff.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 4 mit Hinweis auf Urteil vom 18. Juni 2015 – [I ZR 14/14](#) – GRUR 2016, 278 ff. = WRP 2016, 218 ff.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

norar-, Beleg- oder Konsiliarärzte nicht darunter fallen.⁶⁰ Konkret ging es um die Klausel in einer formularmäßigen Wahlleistungsvereinbarung, die folgenden Wortlaut hatte:⁶¹

„Bei der Inanspruchnahme der Wahlleistung „ärztliche Leistungen“ kann die Wahl nicht auf einzelne Ärzte des Krankenhauses beschränkt werden (§ 17 KHEntgG). Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt sich auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zu gesonderten Berechnungen ihrer Leistungen ... berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses.

Die gesondert berechenbaren ärztlichen Leistungen werden, auch soweit sie vom Krankenhaus berechnet werden, vom Wahlarzt der Fachabteilung ... erbracht.

Für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes der jeweiligen Fachabteilung übernimmt seine Aufgaben der ständige ärztliche Vertreter. Eine Liste der Leitenden Ärzte und deren Vertreter wird dem Patienten bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung übergeben.“

Nach Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung war zudem eine „Anlage zur Wahlleistungsvereinbarung ärztlicher Leistungen“ übergeben worden. Darin war darauf hingewiesen worden, dass die gesondert berechenbaren ärztlichen Leistungen „von folgenden leitenden Ärzten der Fachabteilungen sowie weiteren besonders benannten Wahlärzten persönlich oder unter deren Aufsicht nach fachlicher Weisung von einem nachgeordneten Arzt erbracht“ werden und im unvorhergesehenen Verhinderungsfall der jeweilige ständige Stellvertreter die Aufgaben des leitenden Arztes übernimmt.⁶²

Der III. Zivilsenat hat die vorzitierten Formularregelungen dahin ausgelegt, dass die **Klauseln sich nicht auf alle an der Behandlung des Patienten im Krankenhaus**

⁶⁰ Urteil vom 19. April 2018 – [III ZR 255/17](#) – ArztR 2018, 213 ff. = GesR 2018, 385 ff. = NJW 2018, 2117 ff. = ZMGR 2018, 270 ff.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 4.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 5.

beteiligten Ärzte beziehen, sondern den Kreis auf die liquidationsberechtigten Ärzte des Krankenhauses einschränken.⁶³ Diese Beschränkung spricht mit Blick auf die eindeutige Gesetzeslage sowie den Sinn und Zweck einer Wahlleistungsvereinbarung dafür, dass aus Sicht verständiger und redlicher Vertragspartner der **Kreis der liquidationsberechtigten Krankenhausärzte** – auch unter Zugrundelegung der Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Patienten – **nicht über § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG hinaus erweitert** werden soll.⁶⁴

c)

Eine weitere Revisionsentscheidung des III. Zivilsenats befasst sich mit der **Begrenzung der Entgelthöhe für eine mit einem Plankrankenhaus verbundene Privatklinik.**⁶⁵

Die Klägerin hatte geltend gemacht, sie sei als reine Privatklinik berechtigt, ihre Preise mit den Patienten im Rahmen des bürgerlichen Rechts frei zu vereinbaren und unterliege nicht den preisrechtlichen Vorgaben des seit dem 01. Januar 2012 geltenden § 17 Abs. 1 Satz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG). Mit dieser Bestimmung, die die Entgelthöhe für allgemeine Krankenhausleistungen auf die Pflegesätze eines Plankrankenhauses beschränke, habe der Gesetzgeber auf die nachträgliche (missbräuchliche) Ausgründung von Privatkliniken aus bestehenden Plankrankenhäusern reagieren wollen. Demgegenüber sei **die Klägerin aber schon vor dem Plankrankenhaus** gegründet worden.⁶⁶

Das Klagebegehren der Privatklinik auf Zahlung eines weiteren Entgelts für die stationäre Krankenhausbehandlung ist in allen Instanzen ohne Erfolg geblieben. Soweit sich die Klägerin gegen die Verfassungsmäßigkeit von **§ 17 Abs. 1 Satz 5 KHG** gewandt hatte, hält die Revisionsentscheidung fest, dass die Vorschrift **weder formell noch materiell verfassungswidrig** ist.⁶⁷ Die Begrenzung der Entgelthöhe für „verbundene“ Privatkliniken gemäß § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG erfasst **auch den Fall, dass zunächst eine Privatklinik betrieben wurde, aus der sich eine weitere Klinik**

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 23 ff.

⁶⁵ Urteil vom 17. Mai 2018 – [III ZR 195/17](#) – ArztR 2018, 239 ff. = GesR 2018, 437 ff. = ZMGR 2018, 258 ff.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

entwickelte, für die dann eine Zulassung nach § 108 SGB V erlangt wurde.⁶⁸

§ 20 Satz 1 KHG schließt die Anwendung der Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG auf öffentlich nicht geförderte Privatkliniken (ohne Versorgungsauftrag) nicht aus. Beide Vorschriften haben unterschiedliche Regelungsgegenstände.⁶⁹

d)

In Krankenhäusern werden oftmals niedergelassene Ärzte auf Basis von Honorararztverträgen tätig. Dabei wird die **honorarärztliche Tätigkeit** typischerweise vom **Haftpflichtversicherungsschutz des Krankenhauses** abgedeckt. Fällt dem Honorararzt nicht nur im Umfang seiner Tätigkeit im Krankenhaus, sondern schon auch im Rahmen seiner ambulanten, die Operation vorbereitenden Tätigkeit (so bei der Indikationsstellung bzw. Aufklärung) ein Fehlverhalten zur Last, wirft dies Fragen zum **Innenausgleich** insbesondere auch **zwischen den beteiligten Haftpflichtversicherungen** auf.⁷⁰

e)

Ist auszuschließen, dass der Betroffene eine Behandlung ohne Zwang vornehmen lassen wird, ist die **Genehmigung der Unterbringung zur Durchführung der Heilbehandlung** nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme i.S.d. § 1906 Abs. 3 BGB vorliegen und diese nach § 1906 Abs. 3 a BGB (seit dem 22. Juli 2017: § 1906a Abs. 2 BGB) rechtswirksam genehmigt wird.⁷¹ Die Genehmigung einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist auch über die angeordnete Dauer einer Zwangsbehandlung hinaus möglich, wenn der Tatrichter davon ausgehen kann, dass die notwendige Heilbehandlung auch in der Folgezeit sichergestellt ist. Dies kann der Fall sein, wenn zu erwarten ist, dass sich der Betroffene im Anschluss an die Zwangsbehandlung fortan freiwillig behandeln lässt oder eine weitere Zwangsbehandlung angeordnet werden kann.⁷²

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 60.

⁷⁰ Urteil vom 13. März 2018 – [VI ZR 151/17](#) – dazu bereits oben 1. f); an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁷¹ Beschluss vom 17. Januar 2018 – [XII ZB 398/17](#) – NJW, 2018, 1086 ff.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 24.

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Mit Fragen des Arzneimittel- bzw. Medizinprodukterechtes haben sich der I. sowie X. Zivilsenat befasst.

a)

Die Zulässigkeit einer **Werbung für eine Koronarintervention durch Einsetzen eines bioresorbierbaren Gefäßgerüsts in ein Herzkranzgefäß mit der Empfehlung eines Arztes** war Gegenstand einer Revisionsentscheidung des I. Zivilsenats.⁷³ Mit dem Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass die beanstandete Werbung nicht gegen das Verbot der Werbung mit einer ärztlichen Empfehlung verstößt.⁷⁴

Die angegriffene Werbung stellte **keine nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG verbotene und damit gemäß §§ 8; 3 und 3a UWG zu unterlassende Werbung für Heilmittel** dar. Die streitige Werbung enthielt zwar eine ärztliche Empfehlung i.S.v. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG. Bei dem beworbenen Gefäßgerüst handelt es sich jedoch um ein Medizinprodukt, auf welches das Werbeverbot nicht anwendbar ist.⁷⁵

Ein **Gefäßgerüst (Stent), dessen Hauptwirkung auf physikalischem Wege erreicht wird**, ist auch dann **kein Arzneimittel, sondern ein Medizinprodukt**, wenn zur Verbeugung eines übermäßigen Gewebewachstums ein Wirkstoff ausgebracht wird und das Gefäßgerüst bioresorbierbar ist, also nach einiger Zeit im Körper zerfällt.⁷⁶ Die beschränkte Anwendbarkeit der Werbeverbote des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG auf Medizinprodukte gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 HWG gilt sowohl für gegenständliche als auch für stoffliche Medizinprodukte.⁷⁷

⁷³ Urteil vom 01. Februar 2018 – [I ZR 82/17](#) – GRUR 2018, 627 ff. = NJW-RR 2018, 805 ff. = WRP 2018, 827 ff.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

b)

Gegenstand eines weiteren Wettbewerbsverfahrens war die **Äußerung des Hauptgeschäftsführers der Bundesinnung der Hörgeräteakustiker in Bezug auf die Hörgeräteversorgung im sog. verkürzten Versorgungsweg:**

„Hier wird für schlechte Qualität gutes Geld ausgegeben.“⁷⁸

Während das Landgericht das Unterlassungsbegehren der als Hörgeräteakustikerin tätigen Klägerin abgewiesen hatte, war das Unterlassungsbegehren der Klägerin in der Berufungsinstanz erfolgreich gewesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung und zur Abweisung der Klage geführt.⁷⁹ Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1; Abs. 3 Nr. 1 UWG) und Erstattung von Abmahnkosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) nicht zu. Die **beanstandeten Äußerungen stellen keine wettbewerbswidrige Herabsetzung der Klägerin als Mitbewerberin i.S.v. § 3 Abs. 1; § 4 Nr. 7 UWG a.F. und §§ 3 Abs. 1; 4 Nr. 1 UWG dar.**⁸⁰

Eine **Handwerksinnung** kann sich als **Körperschaft des öffentlichen Rechts** auf das **Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG** berufen, **so weit** sie nicht in ihrer Funktion als Teil der öffentlichen Verwaltung, sondern **als Vertreterin der berufsständischen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder betroffen** ist.⁸¹ Als Körperschaft des öffentlichen Rechts muss eine Handwerksinnung bei kritischen Äußerungen das **Gebot der Sachlichkeit und Neutralität** sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch bei gewählten Formulierungen wahren. Nimmt sie allerdings berufsständische und wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder wahr, geht damit eine **Lockerung des Sachlichkeitsgebots** einher.⁸² Im Ergebnis führte die plakative, aber sachlich begründete Kritik unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit der Beklagten einerseits und der Berufsfreiheit der Klägerin sowie dem Schutz des Wettbewerbs i.S.v. § 1 UWG andererseits nicht zu einer unlauteren Herabsetzung der Klägerin.⁸³

⁷⁸ Urteil vom 01. März 2018 – [I ZR 264/16](#) – GRUR 2018, 622 ff. = WRP 2018, 682 ff.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 39.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 42.

c)

Ansonsten ist noch von einer **Patentnichtigkeitsache** betreffend ein Verfahren zur **Erstellung einer Bohrhilfe für ein Zahnimplantat** zu berichten.⁸⁴ Die Berufung der Beklagten führte zu einer Abänderung des Urteils des Bundespatentgerichts dahin, dass der Gegenstand des Streitpatents teilweise nach vorgenommener Modifizierung als patenfähig angesehen wurde.⁸⁵

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Der VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass das **Preisrecht der Arzneimittelpreisverordnung auf Einzelimportarzneimittel i.S.d. § 73 Abs. 3 AMG keine Anwendung** findet.⁸⁶

Die Klägerin, eine private Krankenversicherung hatte aus übergegangenem Recht einer inzwischen verstorbenen Versicherungsnehmerin die teilweise Rückerstattung des Kaufpreises für ein Krebsmedikament beansprucht. **Der Beklagte, der eine Apotheke betrieb**, hatte das Medikament im Jahre 2013 – aus Sicht der Klägerin unter Verstoß gegen zwingendes Arzneimittelrecht zu einem erhöhten Preis – an die Versicherungsnehmerin geliefert. Während das Landgericht der Klage noch stattgegeben hatte, hatte die hiergegen gerichtete Berufung zur Klageabweisung geführt, die vom VIII. Zivilsenat bestätigt worden ist.⁸⁷ Das Berufungsgericht war zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte **bei Abgabe des im Streit stehenden Medikaments** an die Versicherungsnehmerin der Klägerin **keinen preisrechtlichen Bindungen unterlegen** hat, die zu einer Teilnichtigkeit der getroffenen Kaufpreisvereinbarung gemäß § 134 BGB und in der Folge zu einem dem überzahlten Teil entsprechenden Rückzahlungsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB hätten führen kön-

⁸⁴ Urteil vom 11. Januar 2018 – [X ZR 38/16](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 44 ff.

⁸⁶ Urteil vom 09. Mai 2018 – [VIII ZR 135/17](#) – NJW-RR 2018, 942 ff. = PharmR 2018, 398 ff. in Abgrenzung zum Vorlagebeschluss vom 09. September 2010 – [I ZR 72/08](#) – MedR 2011, 429 ff. = NJW 2010, 3724 ff. sowie Urteil vom 10. Dezember 2014 – [5 StR 405/13](#) – MedR 2015, 671 ff. = PharmR 2015, 121 ff.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

nen.⁸⁸ Denn die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung vom 14. November 1980 (BGBl. I., S. 2147) finden nach ihrem in § 1 bezeichneten Anwendungsbereich **auf Fertigarzneimittel** in der einschlägigen Fassung **keine Anwendung**.⁸⁹

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts haben vorrangig den VI. Zivilse-
nat beschäftigt.

a)

Eröffnet ein Gericht die Möglichkeit der Weiterleitung von Schriftstücken an das zuständige Gericht, so genügt der Anwalt seinen Sorgfaltspflichten bereits dann, wenn er einen fristgebundenen Schriftsatz so rechtzeitig abgibt, dass er einen fristgemäßen Eingang beim zuständigen Gericht mit Sicherheit erwarten darf.⁹⁰

Die Klägerin hatte die beklagte Krankenhausträgerin wegen ärztlicher Behandlungsfehler auf Schadensersatz in Anspruch genommen und durch ihre Prozessbevollmächtigte gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt und in der weiteren Folge begründen lassen. Die **Berufungsbegründung** war aber **nicht beim** Oberlandesgericht Hamburg als **Berufungsgericht, sondern** adressiert an das Berufungsgericht entsprechend einer jahrelangen Übung vier Tage vor Ablauf der Begründungsfrist an einem Donnerstag (01. September 2016) **in den Außenbriefkasten des Amtsgerichts Hamburg-Altona eingeworfen** worden. Dort wurde eingehende Post am Folgetag sortiert und Gerichtspost, welche für das Landgericht bzw. Oberlandesgericht bestimmt war, noch am gleichen Tage zu einer gemeinsamen Annahmestelle dieser Gerichte am Amtsgericht Hamburg gebracht.⁹¹

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁹⁰ Beschluss vom 08. Mai 2018 – [VI ZB 5/17](#) – MDR 2018, 1074 ff. = NJW-RR 2018, 958 ff.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 3.

Im konkreten Fall war die in den Außenbriefkasten des Amtsgerichts Hamburg-Altona eingeworfene **Berufungsbegründung verloren gegangen**. Das Oberlandesgericht Hamburg hatte die Berufung deshalb verworfen und einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen. Tatsächlich hatte die Klägerin zwar die Berufungsbegründungsfrist versäumt, weil die beim Amtsgericht-Hamburg Altona eingereichte Berufungsbegründung nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist an das Oberlandesgericht Hamburg weitergeleitet worden war.

Die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es den **Antrag auf Wiedereinsetzung** gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen hatte, war jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.⁹² Da die Klägerin nicht die fristgerechte Einreichung der Berufungsbegründungsschrift beim zuständigen Gericht geltend gemacht hatte, sondern den ausreichend frühen Einwurf bei einem unzuständigen, aber die Weiterleitung übernehmenden Gericht, war das Berufungsgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass für dieses Vorbringen **lediglich Glaubhaftmachung gemäß § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO erforderlich** war.⁹³ Nach dem im **Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes** verankerten Grundsatz, dass der Zugang zu den Gerichten und zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert werden darf, ist der **Bürger berechtigt, die ihm vom Gesetz eingeräumten prozessualen Fristen auszuschöpfen**. Dieser Grundsatz darf nicht dadurch ausgehebelt werden, dass der Rechtssuchende sich für die Ausschöpfung der Frist rechtfertigen muss, um einen Wiedereinsetzungsgrund gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist glaubhaft zu machen.⁹⁴ Da die Prozessbevollmächtigte der Klägerin **anwaltlich versichert** hatte, den **Schriftsatz mit der Berufungsbegründung** persönlich am 01. September 2016 in den Außenbriefkasten des Amtsgerichts Hamburg-Altona **eingeworfen** zu haben, war von einer **hinreichenden Glaubhaftmachung** auszugehen.⁹⁵

⁹² a.a.O., juris, Rn. 7.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

b)

Ein Rechtsanwalt muss allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt.⁹⁶

Nachdem der Prozessbevollmächtigte des Klägers vom Oberlandesgericht auf die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist hingewiesen worden war, hatte er Wiedereinsetzung in die versäumte Frist beantragt und zur Begründung des **Wiedereinsetzungsantrags** vorgetragen, er – der Prozessbevollmächtigte – sei **wegen** eines plötzlich aufgetretenen **Burnout-Zustandes** in der Zeit vom 30. Juli bis zum 19. August 2016 nicht mehr in der Lage gewesen, die Berufungsbegründung rechtzeitig zu fertigen oder eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu beantragen.⁹⁷ Dieser Wiedereinsetzungsantrag ist ohne Erfolg geblieben.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Rechtsanwalt allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt. Er muss seinem **Personal die notwendigen allgemeinen Anweisungen** für einen solchen Fall **geben**. Ist er als **Einzelanwalt ohne eigenes Personal** tätig, muss er ihm zumutbare **Vorkehrungen für einen Verhinderungsfall** treffen, z.B. durch Absprache mit einem vertretungsbereiten Kollegen.⁹⁸ Ein Rechtsanwalt muss allerdings, wenn er – wie vorliegend – unvorhergesehen erkrankt, nur das, aber auch alles zur Fristwahrung unternehmen, was ihm dann möglich und zumutbar ist. Insoweit hatte der Kläger vorliegend aber nicht glaubhaft gemacht, dass sein Prozessbevollmächtigter die danach erforderliche zumutbare Vorsorge für einen Verhinderungsfall getroffen hatte.⁹⁹

c)

Eine Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand **vor Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist** kann den Anspruch des Antragsstellers auf rechtliches Gehör verletzen und die Zulassung der Rechtsbeschwerde begründen.¹⁰⁰

⁹⁶ Beschluss vom 10. April 2018 – [VI ZB 44/16](#) – MDR 2018, 1077 = VersR 2018, 1085 f.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 2.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁰⁰ Beschluss vom 24. April 2018 – [VI ZB 48/17](#) – FamRZ 2018, 1250 f. = MDR 2018, 838.

Zur **Begründung des Wiedereinsetzungsantrags** hatte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin ausgeführt, er sei spätestens seit dem 17. Oktober 2017 **wegen einer akuten Lumboischialgie** derart **arbeitsunfähig** gewesen, dass er nur noch unter starken Schmerzen und Einnahme von Schmerzmitteln täglich maximal zwei bis drei Stunden seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt habe nachgehen können. Er sei daher nicht in der Lage gewesen, sich sachgemäß in den Sach- und Rechtsstand der Berufungsangelegenheit einzuarbeiten und eine zweckmäßige Berufungsbegründung anzufertigen.¹⁰¹

Das Berufungsgericht hatte die Berufung als unzulässig verworfen und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Die hiergegen anhängig gemachte **Rechtsbeschwerde war erfolgreich**, da der **Antrag auf Wiedereinsetzung vor Fristablauf beschieden** worden war.¹⁰² Die Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung beträgt nach § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Monat, wenn die Partei verhindert ist, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Sie beginnt mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist (§ 234 Abs. 2 ZPO). Dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin war die Verfügung des Berufungsgerichts am 02. November 2017 zugestellt worden. Erst ab diesem Tag war er nach seinen Angaben wieder in der Lage, sich der Angelegenheit zu widmen. Daher war aber am 08. November 2017 – dem Tag der Verwerfung der Berufung und der Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs – die Monatsfrist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO noch nicht abgelaufen. **Die Bescheidung des Wiedereinsetzungsantrags war mithin verfrüht.**¹⁰³

Der Verstoß war entscheidungserheblich, denn es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin den Vortrag zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags bis zum Fristablauf hinreichend ergänzt und gemäß § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO die versäumte Prozesshandlung durch Einreichung der Berufungsbegründung nachgeholt hätte.¹⁰⁴

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 2.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 7.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 7.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.

d)

Eine nur **beschränkte Zulassung der Berufung** ist unter denselben Voraussetzungen wie die **beschränkte Zulassung der Revision zulässig**.¹⁰⁵ Insoweit gilt allgemein der Grundsatz, dass Rechtsmittel insoweit auf einen rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden können, der Gegenstand eines Teil- oder Grundurteils sein und auf den der Rechtsmittelkläger selbst sein Rechtsmittel beschränken könnte.¹⁰⁶ Vorliegend lag jedoch keine Rechtsmittelbeschränkung vor, da sich dem Urteil des Amtsgerichts kein Willen entnehmen ließ, den im Revisionsverfahren streitgegenständlichen Prozessstoff von der Berufungszulassung auszunehmen.¹⁰⁷

e)

Häufig stellt sich in **drittinstanzlichen** Verfahren die Frage, ob im Falle einer zweitinstanzlichen Verurteilung die **Möglichkeit** besteht, die **drohende Zwangsvollstreckung einzustellen**. So lag es in einem Fall, in dem der Beklagte durch Urteil des Landgerichts zur Zahlung nebst Zinsen verurteilt und das Oberlandesgericht die Berufung des Beklagten durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, das Urteil des Landgerichts gemäß § 708 Nr. 10 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vollstreckbar erklärt und dem Beklagten Abwendungsbefugnis gemäß § 711 Satz 1 ZPO eingeräumt hatte.¹⁰⁸ Nach fristgerechter Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde hatte der Beklagte beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des Oberlandesgerichts in Verbindung mit dem landgerichtlichen Urteil einstweilen einzustellen.

Der Antrag hatte keinen Erfolg. **Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht, wenn der Schuldner es im Berufungsverfahren versäumt hat, einen Vollstreckungsschutzantrag (§ 712 ZPO) zu stellen oder bei einem Übergehen eines derartigen Antrags durch das Berufungsgericht eine Ergänzung**

¹⁰⁵ Beschluss vom 09. Januar 2018 – [VI ZR 82/17](#) – NJW 2018, 937 f. = VersR 2018, 313 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁰⁶ Beschluss vom 02. Juli 2009 – [V ZB 40/09](#) – NJW-RR 2009, 1431 ff.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁰⁸ Beschluss vom 23. Januar 2018 – [VI ZR 453/17](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

der Entscheidung gemäß §§ 716; 321 ZPO zu beantragen.¹⁰⁹ So lagen die Dinge im hier maßgeblichen Fall.

Zwar hatte der Beklagte bereits in der Berufungsinstanz beantragt, ihm Vollstreckungsschutz gemäß § 712 ZPO zu gewähren. Das **Berufungsgericht hatte jedoch nur über** den zugleich gestellten **Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 719 Abs. 1 ZPO entschieden, nicht aber über den Antrag gemäß § 712 ZPO**, der, anders als der Antrag nach § 719 Abs. 1 ZPO, auf Vollstreckungsschutz gegenüber der Berufsentscheidung abzielt. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit wurde in dem die Berufung zurückweisenden Beschluss auf §§ 708 Nr. 10; 711 ZPO gestützt, der Antrag des Beklagten gemäß § 712 ZPO nicht erwähnt. Eine Ergänzung der Entscheidung gemäß §§ 716; 321 ZPO, die auch möglich ist, wenn wie hier das Berufungsgericht durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden hat und die auch den Fall erfasst, dass ein Antrag nach § 712 ZPO übergangen wurde, hatte der Beklagte beim Berufungsgericht nicht beantragt,¹¹⁰ mit der Folge, dass für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kein Raum war.

Karlsruhe, den 22. Oktober 2018



Dr. Siegfried Mennemeyer
auch Fachanwalt für Medizinrecht

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 3.
¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 4.