

Medizinrechtliche Rechtsprechung

des BGH im 1. Halbjahr 2019

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

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2018 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2019 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der privaten Krankenversicherung, das Berufsrecht der Heilberufe sowie das Vertrags-, Gesellschafts- und Vergütungsrecht der Heilberufe zu berichten. Daneben geht es um das Krankenhausrecht sowie Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts bzw. Apothekenrechts und 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 2019 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1. Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

a)

Durchaus hohe Wellen hat eine für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehene Entscheidung ausgelöst, in der es darum ging, ob eine **Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen ohne entgegenstehenden Willen des Patienten** wegen der damit verbundenen krankheitsbedingten Leiden den behandelnden Arzt zum **Schadensersatz** verpflichtet.⁴

Der Kläger machte als Alleinerbe seines verstorbenen Vaters gegen den Beklagten Ansprüche auf materiellen und immateriellen Schadensersatz im Zusammenhang mit der künstlichen Ernährung seines Vaters in den Jahren 2010 und 2011 geltend. Er vertrat die Auffassung, der Beklagte hafte für die durch die **künstliche Ernährung** bedingte **sinnlose Verlängerung des krankheitsbedingten Leidens** seines Vaters.⁵ Der Vater stand wegen eines demenziellen Syndroms bereits ab September 1997 unter Betreuung eines Rechtsanwalts, dem sowohl die Gesundheitsfürsorge als auch die Personensorge oblag. Während eines stationären Krankenhausaufenthaltes war ihm im September 2006 wegen Mangelernährung und Austrocknung des Körpers mit Einwilligung des Betreuers eine PE-Sonde angelegt worden, durch welche er bis zu seinem Tod künstlich ernährt wurde. Der Beklagte, ein niedergelassener Arzt für Allgemeinmedizin, betreute den Vater seit dem Frühjahr 2007 hausärztlich.⁶

⁴ Urteil vom 02. April 2019 – [VI ZR 13/18](#) – GesR 2019, 364 ff. = NJW 2019, 1741 ff. = ZMGR 2019, 144 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 1.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 2.

Der Vater hatte **weder eine Patientenverfügung errichtet, noch ließ sich sein Wille hinsichtlich des Einsatzes lebenserhaltender Maßnahmen anderweitig feststellen**. Der Kläger hatte vorgetragen, die Sondenernährung sei spätestens ab Anfang 2010 weder medizinisch indiziert noch durch einen feststellbaren Patientenwillen gerechtfertigt gewesen. Die Sondenernährung sei ohne Aussicht auf Besserung des gesundheitlichen Zustandes gewesen. Von daher habe für die Fortsetzung der Sondenernährung **keine medizinische Indikation (mehr) bestanden** und ihm – dem Sohn – stehe nach dem Tod des Vaters deshalb aus ererbtem Recht ein Anspruch auf Schmerzensgeld sowie auf Ersatz von vor dem Tod seines Vaters entstandenen Behandlungs- und Pflegeaufwendungen zu.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hatte das Oberlandesgericht diesem ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 € zugesprochen, die Abweisung der weitergehenden Klage aber bestätigt. Die vom Berufungsgericht zugelassene **Revision hat zur vollständigen Abweisung der Klage geführt**.

aa)

Dem Kläger steht **kein Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes** zu. Es ist zweifelhaft, kann aber dahinstehen, ob mit der Begründung des Berufungsgerichts eine Verpflichtung des Beklagten zur Selbstbestimmungsaufklärung und eine Verletzung dieser Pflicht angenommen werden konnte. Ebenfalls kann offen bleiben, ob das hier zu beurteilende Verhalten des Beklagten, wie vom Kläger geltend gemacht, als behandlungsfehlerhaft zu qualifizieren ist. Keiner Entscheidung bedarf ferner die Frage, ob etwaige Pflichtverletzungen des Beklagten zu einer Gesundheitsverletzung beim Patienten geführt haben, die dem Beklagten zuzurechnen wäre.⁷ Denn **jedenfalls fehlt es an einem immateriellen Schaden** (§ 253 Abs. 2 BGB).

Das menschliche Leben ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltenswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb **verbietet es sich, das Leben – auch ein leidensbehaftetes Weiterleben – als Schaden anzusehen**. Aus dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben eines Pati-

⁷ a.a.O., juris, Rn. 12.

enten lässt sich daher ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld nicht herleiten.⁸

Dem Kläger steht **auch kein Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung** zu, da die Behandlung nicht gegen den Willen des Patienten erfolgte.

In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat offen gelassen, ob ein Anspruch auf Geldentschädigung wegen einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in Betracht kommen würde, wenn lebenserhaltende Maßnahmen **gegen den Willen des Patienten** aufrechterhalten werden.⁹ Hierfür spricht einiges, wobei streitig ist, ob Geldentschädigungen wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vererbbar sind (ablehnend etwa Urteil vom 29. November 2016 – VI ZR 530/15 – VersR 2017, 301 = juris, Rn. 8 sowie vom 29. April 2014 – VI ZR 246/12 – BGHZ 201, 45 = juris, Rn. 8 ff.).¹⁰

bb)

Im Rahmen einer zulässigen Anschlussrevision hatte der Kläger geltend gemacht, dass ihm der vom Berufungsgericht abgesprochene Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens zustehe.¹¹

Der **VI. Zivilsenat lehnt materielle Schadensersatzansprüche** im vorliegenden Fall bereits **aus grundsätzlichen Erwägungen ab**. Er lässt auch in diesem Zusammenhang offen, ob der Beklagte ihm obliegende Aufklärungs- oder Behandlungspflichten verletzt hat¹² und stützt die Abweisung von materiellen Schadensersatzansprüchen darauf, dass es jedenfalls an dem erforderlichen **Schutzzweckzusammenhang zwischen einer etwaigen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten materiellen Schaden fehlt**.¹³ Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen ist es nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheits-

⁸ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁰ Urteil vom 29. November 2016 – [VI ZR 530/15](#) – VersR 2017, 301 = juris, Rn. 8; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt sowie Urteil vom 29. April 2014 – [VI ZR 246/12](#) – BGHZ 201, 45 = juris, Rn. 8 ff.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

¹² a.a.O., juris, Rn. 28.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 28.

bedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern. Insbesondere **dienen** diese **Pflichten nicht dazu, den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten.**¹⁴ Dass dies alles anders aussieht, wenn ein unterlassener Behandlungsabbruch gegen den ausdrücklichen Willen eines Patienten erfolgt, versteht sich von selbst.

b)

Das **Gutachten einer medizinischen Schlichtungsstelle kann im Arzthaftungsprozess im Wege des Urkundsbeweises gewürdigt werden.** Dies führt aber weder zu einer Erhöhung der Darlegungslast des Patienten noch ist das Schlichtungsgutachten auf Beweisebene geeignet, den Sachverständigenbeweis zu ersetzen.¹⁵

Im konkreten Fall hatte die Klägerin die Beklagte nach dem Tod ihrer Mutter aus eigenem und ererbtem Recht auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch genommen. Das Klagebegehren war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben, wobei das Berufungsgericht seine **Entscheidung im Wesentlichen damit begründet hatte, dass ein etwaiger Behandlungsfehler nicht hinreichend substantiiert dargetan sei.**¹⁶ Der Sachverständige des Schlichtungsverfahrens sei unter Berücksichtigung der Frequenz des Stuhlgangs der Patientin sowie der postoperativen Darmatonie (Darmlähmung) zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Behandlungsfehler nicht vorliege. Der Autopsiebericht habe ihm dabei vorgelegen. Da die Klägerin gegen diese gutachterliche Einschätzung keine substantiierten Einwendungen erhoben habe, sei die **Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens** auch unter Berücksichtigung der im Arzthaftpflichtprozess geltenden geringen Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten **nicht erforderlich.**¹⁷

Mit diesen Ausführungen hatte das Berufungsgericht **die an eine hinreichende Substantiierung des Klagevortrags zu stellenden Anforderungen überspannt** und die Klägerin dadurch in entscheidungserheblicher Weise in ihrem aus Art. 103

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹⁵ Beschluss vom 12. März 2019 – [VI ZR 278/18](#) – ArztR 2019, 217 ff. = NJW 2019, 2399 f. = ZMGR 2019, 156 ff.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 6.

Abs. 1 GG folgenden **Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt**.¹⁸
Nach der gefestigten Rechtsprechung des VI. Zivilsenats sind an die Substantiierungspflichten des Patienten im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen zu stellen.¹⁹

Mit der eingeschränkten primären Darlegungslast des Patienten geht zur Gewährung prozessualer Waffengleichheit zwischen den Parteien regelmäßig eine **gesteigerte Verpflichtung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung** (§ 139 ZPO) bis hin zur **Einholung eines Sachverständigengutachtens** (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) **von Amts wegen** einher, soweit der Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet wird.²⁰

Nichts anderes gilt, wenn dem Gericht ein medizinisches Gutachten aus vorangegangenen Verfahren ärztlicher Schlichtungsstellen vorliegt.²¹

c)

Gegenstand von Arzthaftungsverfahren sind zunehmend Sachverhalte, in denen es um streitige **Keimübertragungen** während eines stationären Aufenthalts und um den maßgeblichen **Hygienestandard** geht. In diesen Bereich fällt eine weitere Nichtzulassungsbeschwerdeentscheidung des VI. Zivilsenats²², in dem die Klägerin dem beklagten Krankenhaus Hygieneverstöße vorgeworfen hatte. In diesem Zusammenhang war vorgetragen worden, dass Hygienemängel bestanden hätten, in deren Folge sich der – verstorbene – Patient mit einer Vielzahl von aggressiven Keimen infiziert habe. Zum Beweis dafür hatte sich die Klägerin als Alleinerbin des verstorbenen Patienten auf ein Sachverständigengutachten berufen.²³ Während die Klage in den Vorinstanzen erfolglos geblieben war, führte die Nichtzulassungsbeschwerde zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 7.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 9.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 10.

²² Beschluss vom 25. Juni 2019 – [VI ZR 12/17](#) – GesR 2019, 569 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²³ a.a.O., juris, Rn. 3.

Das **Berufungsgericht hatte die an eine hinreichende Substantiierung des Klagevortrags zu stellenden Anforderungen überspannt** und die Klägerin dadurch in entscheidungserheblicher Weise in ihrem aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.²⁴

Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, die ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne **gebietet Art. 103 Abs. 1 GG die Berücksichtigung erheblicher Beweisangebote**. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt – auch bei Kenntnisnahme des Vorbringens durch den Tatrichter – dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet. Das ist u.a. dann der Fall, wenn die Nichtberücksichtigung des Beweisangebots darauf beruht, dass das Gericht verfahrensfehlerhaft überspannte Anforderungen an den Vortrag einer Partei gestellt hat.²⁵

Nach der gefestigten Rechtsprechung des VI. Zivilsenats sind **an die Substantierungspflicht des Patienten im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen zu stellen**. Vom Patienten kann keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden. Ihm fehlt die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs. Er ist nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen.²⁶

Einschränkungen der Darlegungslast des Patienten können sich nach allgemein zivilprozessualen Grundsätzen insoweit ergeben, als der Patient außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihm eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.²⁷

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 9.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

In der Kombination der genannten Grundsätze wird die **erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der Behandlerseite** im Arzthaftungsprozess ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den aufgezeigten maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite gestattet, während es der Behandlerseite möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären. Letzteres wird **bei der Behauptung eines Hygieneverstoßes regelmäßig der Fall** sein, entziehen sich doch sowohl die Existenz möglicher Infektionsquellen etwa in Gestalt weiterer Patienten oder verunreinigter Instrumente als auch die Maßnahmen, welche die Behandlungsseite im Allgemeinen und – bei Vorliegen konkreter Gefahrenquellen – im Besonderen zur Einhaltung der Hygienebestimmungen und zur Infektionsprävention unternommen hat, in aller Regel der Kenntnis des Patienten, während die Behandlungsseite ohne Weiteres über die entsprechenden Informationen verfügt.²⁸

Gemessen an diesen Grundsätzen reichte der Vortrag der Klägerin im Streitfall aus, eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auszulösen. Die Klägerin hatte geltend gemacht, der in der Folge verstorbene Patient habe sich die durch Laboruntersuchungen nachgewiesenen, auch nosokomialen Erreger, die für das Entzündungsgeschehen ursächlich seien, aufgrund von Hygienemängeln in der Klinik zugezogen. Nach diesem Vortrag hätte es den Beklagten obliegen, konkret zu den von ihnen ergriffenen Maßnahmen zur Sicherstellung der Hygiene und zum Infektionsschutz bei der Behandlung des Patienten, insbesondere auf der Intensivstation, vorzutragen, etwa durch Vorlage von Desinfektions- und Reinigungsplänen sowie der einschlägigen Hausanordnungen und Bestimmungen des Hygieneplanes.²⁹

d)

In einer Revisionsentscheidung ging es u.a. ebenfalls um von der Klägerin behauptete **Hygienemängel sowie** um die Frage eines groben Behandlungsfehlers in Bezug auf eine **unterlassene perioperative Antibiotikaprophylaxe**.³⁰

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 12.

³⁰ Urteil vom 19. Februar 2019 – [VI ZR 505/17](#) – GesR 2019, 226 ff. = MedR 2019, 649 ff. = ZMGR 2019, 141 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Die Klägerin hatte sich im Krankenhaus der Beklagten einer Hysterektomie und zugleich einer Labienkorrektur unterzogen; in der Folge war bei der Klägerin eine Revisionsoperation durchgeführt worden, bei welcher eine geöffnete Naht des Scheidendes und eine intraabdominale Blutungsquelle gefunden wurden.³¹ Nach Öffnung der Bauchhöhle (Laparotomie) fand sich ein entzündliches Geschehen mit Verwachsungen im Unterbauch; die Adnexe (Eierstock und Eileiter) und der Blinddarm wurden entfernt. Zudem zeigte sich eine Infektion mit dem Darmbakterium *Enterococcus faecalis*.³² Die Revision hatte sich mit Erfolg dagegen gewandt, dass das Berufungsgericht das Unterbleiben der Antibiotikaphylaxe nicht als groben, sondern als einfachen Behandlungsfehler eingestuft und deshalb eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Ursächlichkeit dieses Fehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden der Klägerin verneint hatte.³³ Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen war davon auszugehen, dass im Streitfall von den behandelnden Ärzten in diesem Zusammenhang nicht eine falsche Entscheidung getroffen, sondern die – bereits getroffene – **richtige Entscheidung zur Durchführung der Antibiotikaphylaxe nicht umgesetzt** worden war.³⁴

Das Berufungsgericht hatte es jedoch versäumt, die **unterlassene Antibiotikaphylaxe** auch unter dem **Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens** zu würdigen. Hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten Hygienemängel in ihrem Krankenzimmer hatte das Berufungsgericht zudem die Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten im Arzthaftungsprozess überspannt.³⁵ In diesem Zusammenhang hat der VI. Zivilsenat betont, dass es auch und gerade **bei der Behauptung von Hygieneverstößen** bei den allgemein für das Arzthaftungsrecht geltenden **maßvollen Anforderungen an die primäre Darlegungslast des Patienten** bleibt; es genügt, wenn der beweisbelastete Patient Vortrag hält, der die **Vermutung eines Hygienefehlers der Behandlungsseite aufgrund der Folgen** für ihn gestattet.³⁶ Vor diesem Hintergrund reichte der Vortrag der Klägerin im Streitfall schon deshalb aus, eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auszulösen, weil die Klägerin – wie von der Revision aufgezeigt – geltend gemacht hatte, sie habe sich die Infektion auf-

³¹ a.a.O., juris, Rn. 2.

³² a.a.O., juris, Rn. 2.

³³ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 19; vgl. dazu auch unsere vorstehenden Ausführungen unter 1. c).

grund unterdurchschnittlicher hygienischer Zustände in ihrem Krankenzimmer zugezogen.³⁷

e)

Mit Fragen der **Erforderlichkeit einer ärztlichen Grundaufklärung** beschäftigt sich eine weitere Revisionsentscheidung des VI. Zivilsenats.³⁸

Haben sich bei einem mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrigen ärztlichen Eingriff nur Risiken verwirklicht, über die nicht aufzuklären war, kommt ein Wegfall der Haftung des Arztes für Aufklärungsversäumnisse lediglich dann in Betracht, wenn der Patient wenigstens eine Grundaufklärung über die Art und den Schweregrad des Eingriffs erhalten hat; das gilt auch dann, wenn das realisierte – nicht aufklärungspflichtige – Risiko mit den nicht realisierten – aufklärungspflichtigen – Risiken nach Bedeutung und Auswirkung für den Patienten nicht vergleichbar ist.³⁹

In der Sache ging es um die Durchführung einer Spritzen Therapie, wobei die Klägerin nach den drittinstanzlich bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts vor der Durchführung der Spritzen Therapie **nicht über die Risiken des Eingriffs aufgeklärt** worden war. Insbesondere war ihr kein Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt worden, die für ihre Lebensführung auf sie zukommen konnten; ebenso wenig war ihr das schwerste der in Betracht kommenden spezifischen Risiken der Spritzen Therapie – das Risiko einer Meningitis – mitgeteilt worden. Nach den weiteren drittinstanzlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts war die damit rechtswidrige Spritzen Therapie kausal für die bei der Klägerin eingetretenen psychoreaktiven Folgen in Form der Myoklonien geworden. Im Weiteren hatte das Berufungsgericht aber den Zurechnungszusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Eingriff und den bei der Klägerin aufgetretenen Myoklonien aus Schutzzweckerwägungen verneint.⁴⁰

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

³⁸ Urteil vom 28. Mai 2019 – [VI ZR 27/17](#) – ArztR 2019, 237 ff. = GesR 2019, 512 ff. = NJW 2019, 2320 f.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 10.

Die Einwilligung in den ärztlichen Eingriff kann nur insgesamt erteilt oder verweigert werden. Aus diesem Grund machen Aufklärungsdefizite, unabhängig davon, ob sich ein aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht oder nicht, den ärztlichen Eingriff insgesamt wegen der fehlenden Einwilligung des Patienten rechtswidrig und führen bei einem Verschulden des Arztes im Grundsatz zu einer Haftung für alle Schadensfolgen.⁴¹

Im Einzelfall kann die Haftung trotz fehlender Aufklärung unter Schutzzweckgesichtspunkten entfallen. Hat sich nur ein Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so kann aus dem Eingriff regelmäßig keine Haftung abgeleitet werden; dies gilt auch dann, wenn der Patient über andere aufklärungspflichtige Risiken nicht aufgeklärt worden ist, die sich aber nicht verwirklicht haben.⁴² Denn in einem solchen Fall hat der Patient das verwirklichte Risiko bei seiner Einwilligung in Kauf genommen, so dass er bei einer wertenden Betrachtungsweise nach dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht aus der Verwirklichung dieses Risikos keine Haftung herleiten kann.

Haben sich dagegen – wie im Streitfall – nur Risiken verwirklicht, über die nicht aufzuklären war, kommt ein Wegfall der Haftung des Arztes für Aufklärungsversäumnisse lediglich dann in Betracht, wenn der Patient wenigstens eine Grundaufklärung über die Art und Schwere des Eingriffs erhalten hat.⁴³ Die Grundaufklärung ist nur dann erteilt, wenn dem Patienten ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt wird, die für seine körperliche Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen können. Dazu gehört in aller Regel auch ein Hinweis auf das schwerste in Betracht kommende Risiko, welches dem Eingriff spezifisch anhaftet.⁴⁴

Fehlt es an der Grundaufklärung, dann hat der Arzt dem Patienten die Möglichkeit genommen, sich auch gegen den Eingriff zu entscheiden und dessen Folgen zu vermeiden. Da die Klägerin nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts eine Grundaufklärung nicht erhalten hatte, konnte die klageabweisen-

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 12.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

de Berufungsentscheidung keinen Bestand haben. Die Sache war deshalb zur weiteren erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.⁴⁵

f)

Wahrscheinlichkeitsangaben im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung vor einer ärztlichen Behandlung **haben sich grundsätzlich nicht an den im Beipackzettel für Medikamente verwendeten Häufigkeitsdefinitionen** des Medical Dictionary for Regulatory Activities (im Folgenden: MedDRA) **zu orientieren**.⁴⁶ Das gilt auch, wenn die Wahrscheinlichkeitsangaben in einem (schriftlichen) Aufklärungsbogen enthalten sind.⁴⁷

In der Rechtsprechung wurde teilweise die Auffassung vertreten, Wahrscheinlichkeitsangaben in Aufklärungsbögen hätten sich an den für Beipackzettel für Medikamente gebräuchlichen Häufigkeitsdefinitionen des MedDRA zu orientieren, die unter „gelegentlich“ eine Wahrscheinlichkeit von nur 0,1 bis 1 % fassen. Dies wurde mit der Erwägung begründet, es würden weitaus häufiger Medikamente verordnet und eingenommen, als Operationen durchgeführt, mit der Folge, dass die in den Beipackzetteln verwendeten Häufigkeitsdefinitionen daher weitgehend bekannt seien.⁴⁸

Statt der bei der Verwendung von Medikamenten maßgeblichen Wahrscheinlichkeit von nur 0,1 bis 1,0 %, war der im Streitfall verwendete Begriff „gelegentlich“ im Rahmen der endoprothetischen Versorgung (Einbringung einer Knieprothese) mit einer Komplikationsrate von 8,71 % verbunden.⁴⁹

Der VI. Zivilsenat hat sich im Rahmen der Aufklärung von Patienten vor ärztlichen Eingriffen in Bezug auf die **Verwendung des Begriffs „gelegentlich“ auf den normalen Sprachgebrauch bezogen**⁵⁰ und ausgeführt, dass gelegentlich danach eine gewisse Häufigkeit, die größer als „selten“, aber kleiner als „häufig“ ist, bezeichnet. Eine konkrete (mathematische) Häufigkeitszahl ist dem Begriff im allgemeinen

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

⁴⁶ Urteil vom 29. Januar 2019 – [VI ZR 117/18](#) – GesR 2019, 230 ff. = NJW 2019, 1283 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 14, 17 und 23.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

Sprachgebrauch nicht zugeordnet. Der Bundesgerichtshof hat vor diesem Hintergrund die Auffassung des Berufungsgerichts geteilt, dass sich eine **statistische Häufigkeit im – wie hier – einstelligen Prozentbereich nach allgemeinem Sprachgebrauch noch unter den Begriff „gelegentlich“ fassen lässt.**⁵¹ Im Ergebnis führte dies zur Bestätigung der Berufungsentscheidung und zur Zurückweisung der Revision.

g)

Ein weiteres Judikat des VI. Zivilsenats hat Fragen der **hypothetischen Einwilligung** sowie auch der **mutmaßlichen Einwilligung** zum Gegenstand.⁵² Die Klägerin hatte die Beklagten wegen der Entfernung ihrer Gebärmutter auf Schmerzensgeld und Feststellung in Anspruch genommen. Während die Beklagten behauptet hatten, die Klägerin ordnungsgemäß über die ursprünglich geplante laparoskopische suprazervikale Hysterektomie und auch über die eventuelle Notwendigkeit des intraoperativen Wechsels des Operationsregimes in Richtung auf eine Entfernung der Gebärmutter aufgeklärt zu haben, hatte die Klägerin dies in Abrede gestellt. Ergänzend hatten sich die Beklagten auf eine hypothetische Einwilligung, hilfsweise auf eine mutmaßliche Einwilligung gestützt.⁵³

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin führte zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.⁵⁴ Mit der Begründung des Berufungsgerichts konnten die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht verneint werden.

Das Berufungsgericht hatte die Frage, ob eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin vor dem Eingriff erfolgt war, ausdrücklich offengelassen. Es war deshalb im Revisionsverfahren zu Gunsten der Klägerin zu unterstellen, dass die Beklagten die ihnen gegenüber der Klägerin obliegenden Pflichten verletzt hatten. Soweit das Beru-

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵² Urteil vom 21. Mai 2019 – [VI ZR 119/18](#) – GesR 2019, 566 ff. = NJW 2019, 3072 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

fungungsgericht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen war, fand dies nicht die Zustimmung des VI. Zivilsenats.⁵⁵

Genügt die Aufklärung nicht den an sie zu stellenden Anforderungen (§ 630e BGB), kann sich der Behandelnde darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). An einen dahingehenden Nachweis, der dem Behandelnden obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen wird. **Den Arzt trifft für seine Behauptung, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, die Beweislast aber erst dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er – wären ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden – vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.** An dieser Rechtsprechung hält der VI. Zivilsenat auch unter Geltung der Vorschrift des § 630h Abs. 2 BGB fest.⁵⁶

Gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung ist stets die Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung. Den Inhalt dieser Aufklärung hatte das Berufungsgericht vorliegend unrichtig bestimmt, weil es rechtsfehlerhaft nicht von der Sachlage vor der streitgegenständlichen Operation ausgegangen war. Es hatte keine Feststellungen dazu getroffen, welche Aufklärung der Klägerin vor dem streitgegenständlichen Eingriff hätte zu teil werden müssen (§ 630e Abs. 1 und 2 BGB). Das Berufungsgericht war bei der der Klägerin mitgeteilten Aufklärung und damit auch bei seiner tatrichterlichen Bewertung, ob die Klägerin einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hatte, rechtsfehlerhaft nicht von einer ordnungsgemäßen Aufklärung ausgegangen, sondern hatte zu Lasten der Klägerin Risiken berücksichtigt, die es nur bei der ursprünglich geplanten, tatsächlich nicht durchgeführten laparoskopischen suprazervikalen Hysterektomie gegeben hätte.⁵⁷

Das Urteil war auch nicht deshalb richtig (§ 561 ZPO), weil der Eingriff ohne Einwilligung der Klägerin hätte durchgeführt werden dürfen. Kann eine Einwilligung für eine

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 16 ff.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht (§ 630d Abs. 1 Satz 4 BGB). In diesem Fall ist auch eine Aufklärung entbehrlich (§ 630e Abs. 3 BGB). Eine **mutmaßliche Einwilligung** kam vorliegend aber schon deshalb **nicht in Betracht, weil der Eingriff (ohne Weiteres) hätte unterbleiben können.**⁵⁸ Da es nach alledem an ausreichenden Feststellungen im Blick auf eine hypothetische Einwilligung fehlte und eine mutmaßliche Einwilligung ausschied, war die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen, um zu prüfen, ob ansonsten eine ordnungsgemäße, insbesondere vollständige Aufklärung vorlag.⁵⁹

h)

Im Rahmen einer weiteren Revisionsentscheidung hatte der Bundesgerichtshof die Gelegenheit, sich mit den Anforderungen an die **Aufklärung eines Lebendorgan-spenders** über die gesundheitlichen Folgen des Eingriffs zu befassen.⁶⁰ In der Sache ging es um eine Nierenlebenspende des Klägers an seine Ehefrau, zu der der Kläger geltend gemacht hatte, die Spende sei kontraindiziert gewesen und er sei vor allem nicht im erforderlichen Maße über die Risiken einer Nierenspende für seine Gesundheit aufgeklärt worden. Bei der Aufklärung seien zudem die Anforderungen des § 8 Abs. 2 TPG nicht eingehalten worden.⁶¹

Die vom VI. Zivilsenat zugelassene Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Revisionsentscheidung hält fest, dass zwar die Ausführungen des Berufungsgerichts zur gesundheitlichen Eignung des Klägers i.S.v. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1c TPG sowie zur Einordnung von § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 TPG frei von Rechtsfehlern waren.⁶² **Die Klage war jedoch dem Grunde nach wegen der inhaltlich unzureichenden Aufklärung des Klägers über die Risiken seiner Lebenspende begründet.** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war für den insoweit von

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 21 f.

⁶⁰ Urteil vom 29. Januar 2019 – [VI ZR 318/17](#) – Rechtsmedizin 29, 435 ff.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 9, 10 und 11 f.

den Beklagten erhobenen Einwand einer hypothetischen Einwilligung kein Raum.⁶³

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Kläger unter Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TPG nicht hinreichend über die möglichen, auch mittelbaren Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organentnahme für seine Gesundheit aufgeklärt worden. Soweit die Beklagten diesem Aufklärungsdefizit mit der Begründung entgegengetreten waren, der Kläger hätte sich doch in jedem Fall für die Lebendorganspende an seine Ehefrau entschieden, war das Berufungsgericht dem zwar gefolgt. Den Beklagten war jedoch der Einwand, der Kläger hätte auch bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung in die Organentnahme eingewilligt (**Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens**), verwehrt, weil dies dem **Schutzzweck der erhöhten Aufklärungsanforderungen bei Lebendspenden** (§ 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 TPG) widerspräche.⁶⁴

Entsprechendes hat der VI. Zivilsenat auch noch in einer weiteren Revisionsentscheidung vom gleichen Tage entschieden.⁶⁵

i)

In der Berichtsperiode war der VI. Zivilsenat noch mit einer Fallgestaltung befasst, in der die **Ehefrau eines grob fehlerhaft behandelten und verstorbenen Patienten das Krankenhaus aufgrund der selbst erlittenen massiven psychischen Beeinträchtigungen** in Form eines depressiven Syndroms mit ausgeprägten psychosomatischen Beschwerden und Angstzuständen **auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch genommen** hatte.⁶⁶

Während das Landgericht die Klage abgewiesen hatte und auch die Berufung erfolglos geblieben war, führte die vom VI. Zivilsenat zugelassene Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.⁶⁷ Dabei war das Berufungsgericht im Ausgangspunkt noch zutreffend davon ausgegangen, dass die zum

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 15 ff.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶⁵ Urteil vom 29. Januar 2019 – [VI ZR 495/16](#) – GesR 2019, 233 ff. = MedR 2019, 594 ff. = NJW 2019, 1076 ff. = juris, Rn. 40 ff.

⁶⁶ Urteil vom 21. Mai 2019 – [VI ZR 299/17](#) – ArztR 2019, 265 ff. = GesR 2019, 514 ff. = NJW 2019, 2387 ff.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 3.

„**Schockschaden**“ entwickelten Grundsätze auch in dem Fall anwendbar sind, in dem das schadensbegründende Ereignis kein Unfallgeschehen im eigentlichen Sinne, sondern eine fehlerhafte ärztliche Behandlung ist.⁶⁸

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung können **psychische Störungen von Krankheitswert** eine **Gesundheitsverletzung** i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellen. Insoweit ist kein Grund erkennbar, diejenigen, der eine (psychische) Gesundheitsverletzung in Folge einer behandlungsfehlerbedingten Schädigung eines Angehörigen erleidet, anders zu behandeln, als diejenigen, den die (psychische) Gesundheitsverletzung in Folge einer auf einem Unfallereignis beruhenden Schädigung des Angehörigen trifft.⁶⁹

Rechtsfehlerhaft war allerdings die **Annahme des Berufungsgerichts**, ein **Anspruch** der Klägerin gegen die Beklagte sei **deshalb zu verneinen, weil** die Erkrankung der Klägerin – auch bei unterstellter Kausalität der behandlungsfehlerbedingten Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten für die von der Klägerin behauptete (psychische) Gesundheitsverletzung – **nicht vom Schutzzweck der verletzten Normen umfasst werde** und sich in der Erkrankung der Klägerin deshalb **lediglich das allgemeine Lebensrisiko** verwirklicht habe.⁷⁰ Nach dem Vortrag der Klägerin, hinsichtlich dessen das Berufungsgericht keine entgegenstehenden Feststellungen getroffen hatte und der deshalb der revisionsrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen war, waren die Peritonitis und der mit ihr einhergehende akut lebensbedrohliche Zustand des Patienten – jedenfalls auch – Folge eines ärztlichen Behandlungsfehlers im Hause der Beklagten. Der Behandlungsfehler war damit nicht nur adäquat kausal für die Lebensgefahr des Patienten; vielmehr realisierte sich für den Patienten in seiner lebensbedrohlichen Erkrankung auch das dem Behandlungsfehler innewohnende Risiko.⁷¹ Für die Gesundheitsverletzung der Klägerin gilt im Ergebnis nichts anderes. Ob der behandlungsfehlerbedingte, akut lebensgefährliche Zustand des Patienten für die (psychische) Gesundheitsverletzung der Klägerin kausal war, hat das Berufungsgericht – trotz geäußerter Zweifel – offengelassen. Im Revisionsverfahren war die von der Klägerin behauptete Kausalität deshalb zu unterstellen.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 6 ff.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

Auf dieser Grundlage war dann aber auch der für eine Haftung der Beklagten gegenüber der Klägerin erforderliche Zurechnungszusammenhang zu bejahen.⁷²

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Im Bereich der privaten Krankheitskostenversicherung war der IV. Zivilsenat mit der Beurteilung der **Wirksamkeit einer formularmäßigen Kostenbegrenzung** auf die Höchstsätze der ärztlichen Gebührenordnung bzw. der Verordnung über Krankenhauspflegesätze bei der Erstattung von Behandlungskosten befasst.⁷³ Gegenstand des Rechtsstreits war das Begehren des Klägers auf Erstattung von Kosten für physiotherapeutische Behandlungen aus einer privaten Krankenversicherung. Dem Vertrag lagen Allgemeine Versicherungsbedingungen zugrunde, in denen es in § 4 zum Umfang der Leistungspflicht in Teil II (TB/KK) u.a. hieß:

„1. Zu § 4 (1) MB-KK:

a) Gebühren und Kosten sind im tariflichen Umfang bis zu den Höchstsätzen der jeweils gültigen amtlichen ärztlichen Gebührenordnungen sowie den Verordnungen über Krankenhauspflegesätze in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin-West erstattungsfähig. Keine Leistungspflicht besteht für die Teile einer Liquidation, die diese Höchstsätze überschreiten oder nicht den Vorschriften der Gebührenordnungen bzw. Verordnungen über Krankenhauspflegesätze entsprechen. Das gilt auch, wenn durch Vereinbarung eine von diesen Verordnungen abweichende Regelung getroffen wurde. ...

...“

Der Bundesgerichtshof hat ausgesprochen, dass **keine überraschende Klausel** i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB vorliegt, wenn der Versicherer in seinen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für eine Krankheitskostenversicherung regelt, dass die Kos-

⁷² a.a.O., juris, Rn. 15.

⁷³ Beschluss vom 06. März 2019 – [IV ZR 108/18](#) – NJW-RR 2019, 605 f. = VersR 2019, 806 ff. = zfs 2019, 338 f.

tenerstattung bis zu den Höchstsätzen der jeweils gültigen amtlichen ärztlichen Gebührenordnungen sowie den Verordnungen über Krankenhauspflegesätze begrenzt ist.⁷⁴ Der Versicherungsnehmer wird davon ausgehen, dass die **Bezeichnung „100%“** nur den in diesem Tarif grundsätzlich **erstattungsfähigen Prozentsatz** der Aufwendungen **angibt**, aber **nicht** zugleich annehmen, dass damit **jedes beliebige mit einem Behandler vereinbarte Honorar** erstattungspflichtig ist, sondern damit rechnen, dass diesbezügliche Einzelheiten, insbesondere etwaige Begrenzungen in Allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt sind.⁷⁵ Der Umstand, dass der Versicherer im Rahmen der früheren Erstattungspraxis keine Abzüge an den Rechnungen vorgenommen hat, lässt aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nicht auf einen Willen zur Abänderung der vertraglichen Regelung schließen.⁷⁶ Mit dieser Maßgabe hat der IV. Zivilsenat eine Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt, welches ebenfalls davon ausgegangen war, dass die Erstattung der Heilbehandlungskosten in § 4 Teil II 1 a AVB wirksam auf die Höchstsätze der GOÄ beschränkt worden war.

3. Berufsrecht der Heilberufe

Nicht mit dem Berufsrecht der Heilberufe, sondern mit den Möglichkeiten der **Anzeigenwerbung von Rechtsanwälten im medizinischen Bereich** befasst sich eine Entscheidung des I. Zivilsenats.⁷⁷

Im Impressum der Internetseite www.anwaltsforum-patientenanwaelte.de war der Beklagte als „Anbieter nach § 5 TMG/MDStV“ aufgetreten. Er hatte Google-Adwords-Anzeigen mit der Überschrift „Fachanwälte Medizinrecht – anwaltsforum-patientenanwaelte.de“ geschaltet. Soweit das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt war, die Angaben zum „Anwaltsforum-Patientenanwaelte“ seien irreführend, hat der Bundesgerichtshof die darauf gestützte Unterlassungsverurteilung aufgehoben

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁷⁷ Beschluss vom 14. März 2019 – [I ZR 167/18](#) – K&R 2019, 401 f.

und die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Die Annahme, die Angaben zum „Anwaltsforum-Patientenanwälte“ seien irreführend, da der angesprochene Verkehr – von einem Geburtsschadenfall betroffene Personen – diesen Angaben entnehmen würde, dass es sich um einen aktiven, der Ebene von Sozietäten oder Partnerschaften übergeordneten Zusammenschluss von Rechtsanwälten handele, deren Gemeinsamkeit in der Vertretung von Patienten im Geburtsschadensrecht bestehe und die Patienteninteressen in besonderer Weise zur Durchsetzung verhelfen wollten, beruhte auf einer Verletzung des Beklagten auf sein rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).⁷⁸

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

In diesem Zusammenhang ist über eine Entscheidung des I. Zivilsenats in einem Verfahren auf **Aufhebung eines inländischen Schiedsspruchs** zu berichten.⁷⁹

Der Antragsteller und die Gesellschafter der Antragsgegnerin waren Radiologen, wobei die Antragsgegnerin in einem Schiedsverfahren gegen den Antragsteller eine Vielzahl von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Beendigung der Gemeinschaftspraxis geltend machte. Das Schiedsgericht hatte in der weiteren Folge durch **Teilschiedsspruch** entschieden, gegen dessen Wirksamkeit sich der Antragsteller gewandt hatte. Seine Rüge, der Teil- und Grundschiedsspruch verstoße gegen § 301 ZPO, drang nicht durch und führte nicht dazu, dass der Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d ZPO wegen Mängeln des schiedsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben worden wäre.⁸⁰

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

⁷⁹ Beschluss vom 14. Februar 2019 – [I ZB 33/18](#) – MDR 2019, 627 f. = WM 2019, 1856 ff.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Der IX. Zivilsenat hat entschieden, dass **Vergütungsforderungen eines Kassenzahnarztes gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung wirksam abgetreten werden können, sofern die Informationsrechte des Forderungserwerbers abbedungen sind.**⁸¹

Die Revisionsentscheidung befasst sich umfänglich mit dem Thema der ärztlichen Schweigepflicht und führt hierzu aus: Wegen der aus § 402 BGB folgenden umfassenden Informationspflicht gegenüber dem neuen Gläubiger hat die Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten gleichermaßen wie die von Rechtsanwälten in aller Regel die Preisgabe von anvertrauten Geheimnissen zur Folge und ist deshalb bei fehlender Einwilligung der Patienten oder Mandanten nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in der Regel wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 StGB gemäß § 134 BGB nichtig.⁸² Der Schuldner kann seine Verpflichtung, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern, ohne Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht erfüllen.⁸³

Im Streitfall schied ein Verstoß gegen § 134 BGB; § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB indes aus, weil die Informationsrechte des Klägers aus § 402 BGB im Rahmen einer Abtretungsvereinbarung stillschweigend auf Dauer außer Kraft gesetzt wurden.⁸⁴ Der Verbotstatbestand des § 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB greift nicht ein, wenn die Informationspflichten des § 402 BGB ausdrücklich abbedungen wurden und folglich die Offenbarung sensibler Patientendaten ausgeschlossen ist.⁸⁵

⁸¹ Urteil vom 06. Juni 2019 – [IX ZR 272/17](#) – GesR 2019, 505 ff. = NJW 2019, 2156 ff.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 22.

6. Krankenhausrecht

Um das Krankenhausrecht ranken sich Entscheidungen des III., des VIII. sowie des XII. Zivilsenats.

a)

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG legt den **Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte** abschließend fest und schließt wahlärztliche Leistungen durch Honorarärzte aus.⁸⁶

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hatte der Beklagte seine ärztlichen Leistungen im Krankenhaus als sog. **Honorararzt** erbracht. Darunter ist ein (Fach-)Arzt zu verstehen, der aufgrund eines Dienstvertrags im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Beleg- oder Konsiliararzt tätig zu sein. Für diese Leistung erhält er eine Honorierung vom Krankenhausträger, deren Höhe das Ergebnis freier Vertragsverhandlungen ist, unabhängig von den Vorgaben der Gebührenordnung für Ärzte vereinbart wird und mangels Anstellung des Honorararztes keinen tarifvertraglichen Bindungen unterliegt.⁸⁷ Soweit der Beklagte als **Honorararzt in** die bei der Krankenhausträgerin übliche **Wahlleistungsvereinbarung einbezogen** worden war, **konnte** dies **kein eigenes Liquidationsrecht** des Beklagten begründen. Seine Benennung als Wahlarzt war mit § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG unvereinbar und deshalb gemäß § 134 BGB nichtig.⁸⁸ Als zwingende preisrechtliche Schutzvorschrift zu Gunsten des Patienten steht § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nicht nur einer Honorarvereinbarung entgegen, die der Honorararzt unmittelbar mit dem Patienten abschließt, sondern verbietet auch, den Honorararzt in der Wahlleistungsvereinbarung als „originären“ Wahlarzt zu benennen.⁸⁹

⁸⁶ Urteil vom 10. Januar 2019 – [III ZR 325/17](#) – ArztR 2019, 101 ff. = GesR 2019, 179 ff. = MedR 2019, 654 ff. = NJW 2019, 1519 ff. = ZMGR 2019, 97 ff.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 25.

b)

Im Rahmen eines weiteren Revisionsverfahrens hatte sich der III. Zivilsenat mit der **Transparenzkontrolle** vorformulierter **Klauseln in Verträgen nach dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz** über die Verpflichtung des Pflegebedürftigen zur Tragung der Unterkunfts- und Verpflegungskosten sowie der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen zu befassen.⁹⁰ Während das Berufungsgericht die erstinstanzlich erfolgreiche Klage auf Zahlung von Unterkunfts- und Verpflegungskosten sowie Investitionsaufwendungen im Zusammenhang mit einer stationären Kurzzeitpflege abgewiesen hatte, führte die Revision der Klägerin zum Erfolg. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die **Zahlungspflicht** des Beklagten nach Auffassung des III. Zivilsenats **klar und verständlich** in den Nrn. 5.3. und 5.5 des Heimvertrags i.V.m. § 7 Abs. 2 Satz 1 WVBG und § 4 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2, § 42 Abs. 2 Satz 2, § 82 Abs. 1 Satz 4 SGB XI **geregelt**. Die formularmäßigen Klauseln waren nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.⁹¹

c)

Stellt ein Krankenhaus in seiner **hauseigenen Apotheke** individuell **Zytostatika für eine ambulante Behandlung des Patienten** her, kommt regelmäßig (stillschweigend) eine Bruttopreisabrede zustande, bei der der darin enthaltene Umsatzsteueranteil lediglich einen unselbständigen Preisbestandteil bildet.⁹² Dabei kommt dem Krankenhaus ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach §§ 316; 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht zu. Denn gegenüber der nur im Zweifel eingreifenden Auslegungsregel des § 316 BGB hat die (ergänzende) Vertragsauslegung den Vorrang. Entspricht ein solches Preisbestimmungsrecht typischerweise nicht dem Interesse der Parteien und ihrer wirklichen oder mutmaßlichen Willensrichtung, ist es geboten, die bestehende Lücke durch Auslegung oder durch **Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung** zu schließen.⁹³

⁹⁰ Urteil vom 07. Februar 2019 – [III ZR 38/18](#) – NJW-RR 2019, 242 ff. = PfIR 2019, 464 ff.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 17 und 19 ff.

⁹² Urteil vom 20. Februar 2019 – [VIII ZR 7/18](#) – GesR 2019, 257 ff. = NJW 2019, 2298 ff.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

Hintergrund der diversen beim Bundesgericht anhängigen Verfahren⁹⁴ war eine am 24. September 2014 ergangene Entscheidung des Bundesfinanzhofs⁹⁵, wonach die im Rahmen einer ambulant in einem Krankenhaus durchgeführten Heilbehandlung erfolgte Verabreichung individuell für den einzelnen Patienten von einer Krankenhausapotheke hergestellter Zytostatika als ein mit der ärztlichen Heilbehandlung eng verbundener Umsatz gemäß § 4 Nr. 16 Buchst. b UStG a.F. (seit dem 01. Januar 2009: § 4 Nr. 14 Buchst. b UStG) steuerfrei ist. Diese Entscheidung hatte zur Folge, dass das Bundesministerium der Finanzen auf die Möglichkeit einer Berechtigung der wegen unrichtigen Ausweises der steuergeschuldeten Beträge nach dem UStG und auf einen dann eintretenden (rückwirkenden) Ausschuss der hierauf bezogenen Vorsteuerabzüge hinwies. Die Klägerin des anhängigen Verfahrens forderte daraufhin die Beklagte zur **Rückerstattung der vereinnahmten Umsatzsteuerbeträge** auf.⁹⁶

Die insgesamt vier beim IV. Zivilsenat anhängigen Verfahren unterscheiden sich in Bezug auf die Rechnungsgestaltung im Blick auf die im Nachhinein weggefallene Umsatzsteuer. Teilweise wurde die Umsatzsteuer gesondert und im Einklang mit den Anforderungen der § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8 sowie 14c Abs. 1 UStG ausgewiesen;⁹⁷ teilweise wurde diesen Vorgaben auch nicht gefolgt.⁹⁸

d)

Ansonsten ist noch über eine Entscheidung des XII. Zivilsenats zu berichten, der das **Auskunftsbegehren** der im Dezember 1990 ehelich geborenen Klägerin gegenüber einem in den neuen Bundesländern ansässigen Klinikum über die Identität ihres **biologischen Vaters durch Angabe der Personalien des Samenspenders** zugrunde liegt.⁹⁹

⁹⁴ weitere Urteile vom 20. Februar 2019 sind in den Rechtsstreiten – [VIII ZR 66/18](#), [VIII ZR 115/18](#) sowie [VIII ZR 189/18](#) – ergangen.

⁹⁵ – V ZR 19/11 – BFHE 274, 369.

⁹⁶ Urteil vom 20. Februar 2019 – [VIII ZR 7/18](#) – juris, Rn. 4.

⁹⁷ Urteil vom 20. Februar 2019 – [VIII ZR 115/18](#) – ZMGR 2019, 169 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹⁸ Urteil vom 20. Februar 2019 – [VIII ZR 66/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁹⁹ Urteil vom 23. Januar 2019 – [XII ZR 71/18](#) – FamRZ 2019, 537 ff. = NJW 2019, 848 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Dem vor der deutschen Wiedervereinigung auf dem Gebiet der ehemaligen DDR **mittels künstlicher heterologer Insemination gezeugten Kind** kann gegen die Reproduktionsklinik ein aus den Grundsätzen von Treu und Glauben folgender **Anspruch auf Auskunft über die Identität des Samenspenders** zustehen. Dass unter Geltung des DDR-Rechts dem Samenspender wirksame Anonymität zugesichert werden konnte, steht dem nicht entgegen.¹⁰⁰ Ob es der Reproduktionsklinik zumutbar ist, Auskunft über die Identität des Samenspenders zu erteilen, ist durch eine auf den konkreten Einzelfall bezogene, umfassende Abwägung der durch die Auskunftserteilung berührten rechtlichen, insbesondere grundrechtlichen, Belange zu klären. Dabei können auch die durch die ärztliche Schweigepflicht geschützten rechtlichen Belange des Samenspenders Berücksichtigung finden; gegenüber diesen wird der Rechtsposition des Kindes allerdings regelmäßig ein erhebliches Gewicht zukommen.¹⁰¹

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterecht

Mit dieser Problematik haben sich im Berichtszeitraum der I., VI., sowie X. Zivilsenat sowie ein Strafsenat befasst.

a)

Der 4. Strafsenat hat im Zusammenhang mit einem Strafverfahren wegen des **unerlaubten Handeltreibens mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln** die Notwendigkeit einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG geprüft.¹⁰² Im Rahmen der vorgenommenen Prüfung hat sich der Strafsenat allerdings **nicht von der Verfassungswidrigkeit** der in § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 und Abs. 2 AMG in der Fassung vom 07. August 2013 **geregelt dynamischen Verweisung** auf einen jährlich aktualisierten Anhang zum Übereinkommen gegen Doping überzeugen können.¹⁰³

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 19 und 34.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 27 und 30.

¹⁰² Beschluss vom 14. Februar 2019 – [4 StR 283/18](#) – PharmR 2019, 393 f. = SpuRt 2019, 132 f.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 4.

b)

Der I. Zivilsenat hatte über die Zulässigkeit der **Abgabe eines Brötchen-Gutscheins beim Erwerb eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels** zu entscheiden.¹⁰⁴ Die Beklagte betrieb in Darmstadt eine Apotheke. Sie händigte Kunden anlässlich des Erwerbs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einen Brötchen-Gutschein über „2 Wasserweck oder 1 Ofenkrusti“ aus, wobei der Gutschein bei einer in der Nähe der Apotheke gelegenen Bäckerei eingelöst werden konnte. Der Bundesgerichtshof hat dieses Vorgehen im Einklang mit den Instanzenscheidungen als **wettbewerbswidrig** beurteilt und ausgeführt, dass im Blick auf die Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG mit Wirkung vom 13. August 2013 die Spürbarkeit eines Verstoßes gegen die Arzneimittelpreisbindung nicht wegen des geringen Wertes der Werbeabgabe verneint werden kann.¹⁰⁵

c)

In einem weiteren Wettbewerbsverfahren ging es um einen Streit zwischen Wettbewerbern auf dem Gebiet des **Vertriebs von Knochenzement**.¹⁰⁶ Gegenstand des Rechtsstreits war eine **Pressemitteilung**, die die Beklagte veranlasst hatte und in der sich eine von der Klägerin beanstandete Behauptung einer widerrechtlichen Verwendung von Betriebsgeheimnissen fand. Die in den Vorinstanzen erfolgreiche Klage wurde auf die vom I. Zivilsenat zugelassene Revision abgewiesen.¹⁰⁷

d)

Im Rahmen eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens hatte sich der VI. Zivilsenat um Fragen der **Produkthaftung aus §§ 1 Abs. 1; 8 ProdHaftG** zu befassen. Der Kläger hatte geltend gemacht, die im Jahr 2006 implantierte **Hüftprothese** sei produktfehlerhaft und führe konstruktionsbedingt zu einem erhöhten Metallabrieb. Während die Klage in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg blieb, führte die Nichtzulas-

¹⁰⁴ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 206/17](#) – GRUR 2019, 1071 ff. = WRP 2019, 1296 ff.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 59.

¹⁰⁶ Urteil vom 07. März 2019 – [I ZR 254/16](#) – GRUR 2019, 644 ff. = NJW-RR 2019, 933 ff. = WRP 2019, 743 ff.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 11 f.

sungsbeschwerde zur Aufhebung der angegriffenen Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.¹⁰⁸

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat zu Recht beanstandet, dass das Berufungsgericht den Kernvortrag des Klägers übergangen hatte, nach dem vor der Produkteinführung **Tests zum Ausmaß des Metallabriebs nicht stattgefunden** hätten, was angesichts der von Metallabrieb und Metallionen bereits vor der Zulassung der streitgegenständlichen Prothese bekannten Gefahren inakzeptabel und vom Sachverständigen auch beanstandet worden war.¹⁰⁹

e)

Um die Erteilung einer **Zwangslizenz im Pharmasektor** bei öffentlichem Interesse rankt sich eine Beschwerdeentscheidung des X. Zivilsenats.¹¹⁰ Da die Erteilung einer Zwangslizenz tief in das grundsätzliche Recht des Patentinhabers eingreift, frei zu entscheiden, ob und ggf. unter welchen Bedingungen er einem Dritten die Benutzung der erfindungsgemäßen technischen Lehre gestatten möchte (§ 9 PatG), setzt § 24 PatG nicht nur voraus, dass das **öffentliche Interesse** sachlich die **Erteilung der Zwangslizenz** gebietet. Der hoheitliche Eingriff in das dem Patentinhaber verliehene Ausschließlichkeitsrecht durch die staatliche Gewährung der Zwangslizenz muss vielmehr auch deswegen erforderlich sein, weil sich der Patentinhaber dem „milderen Mittel“ der vertraglichen Einräumung einer Benutzungsgestattung zu angemessenen Bedingungen verweigert hat.¹¹¹ In der Sache ging es um die Teilhabe an einem Patent, welches antigenbindende Proteine gegen PCSK9 betraf, wobei die Klage auf Erteilung einer Zwangslizenz am Streitpatent letztlich daran scheiterte, dass kein hinreichendes öffentliche Interesse bestand.¹¹²

¹⁰⁸ Beschluss vom 16. April 2019 – [VI ZR 157/18](#) – GesR 2019, 522 f. = VersR 2019, 1105.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹¹⁰ Urteil vom 04. Juni 2019 – [X ZB 2/19](#) – GRUR 2019, 1038 ff.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 51 ff.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

In der Berichtsperiode ist ein auf **Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union** gerichteter Beschluss des I. Zivilsenats zugestellt worden.¹¹³

In der Vorlage wird der EuGH gebeten, zur Auslegung der Richtlinie zur Schaffung eines Gemeinschaftscodexes für Humanarzneimittel über die Zulässigkeit der Abgabe kostenloser Fertigarzneimittel an Apotheker zu Demonstrationszwecken zu entscheiden. Der Vorlagebeschluss lautet:

Ist Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dahin auszulegen, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel auch an Apotheker abgeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ versehen sind, die Arzneimittel der Erprobung des Arzneimittels durch den Apotheker dienen, keine Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an den Endverbraucher besteht und die Art. 96 Abs. 1 Buchst. a bis d und f bis g dieser Richtlinie geregelten weiteren Voraussetzung einer Abgabe vorliegen?¹¹⁴

Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Erlaubt **Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG** eine nationale Vorschrift wie **§ 47 Abs. 3 AMG**, wenn diese so ausgelegt wird, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel nicht an Apotheker abgegeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ versehen sind, die Arzneimittel der Erprobung des Arzneimittels durch den Apotheker dienen, keine Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an Endverbraucher besteht und die in Art. 96 Abs. 1 Buchst. a bis d und f bis g dieser Richtlinie und die in § 47 Abs. 4 AMG geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen?¹¹⁵

¹¹³ EuGH-Vorlage vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 235/16](#) – GRUR 2019, 97 ff. = PharmaR 2019, 16 ff. = WRP 2019, 58 ff.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 33.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit verfahrens- und prozessrechtlichen Besonderheiten hatten sich der III. sowie VI. Zivilsenat zu befassen.

a)

Der III. Zivilsenat hatte betreffend Ansprüche aus einem privaten Krankenversicherungsverhältnis im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer intensitätsmodulierten Radio- und Strahlentherapie (IMRT) über die Frage der **Befangenheit** eines zur Klärung der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung eingeschalteten **gerichtlichen Sachverständigen** zu tun.¹¹⁶ Konkret war die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit darauf gestützt worden, dass der Sachverständige in den Jahren 2015 und 2016 als behandelnder Arzt vergleichbare IMRT-Behandlungen durchgeführt und diese in der streitgegenständlichen Weise nach Nr. 5855 GOÄ analog in unbeschränktem Umfang abgerechnet hatte.¹¹⁷

Die Rechtsbeschwerde blieb erfolglos. Der **Umstand, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige im Rahmen der von ihm ausgeübten ärztlichen Tätigkeit gegenüber Versicherungsnehmern an einer privaten Krankenversicherung Behandlungsleistungen der im Prozess streitigen Art erbracht und abgerechnet hatte, begründete für sich allein nicht die Besorgnis der Befangenheit**, wenn im Rechtsstreit zwischen einem anderen Versicherungsnehmer der Krankenversicherung die medizinische Notwendigkeit und Abrechenbarkeit entsprechender Behandlungsleistungen beurteilt werden muss. Nur bei Hinzutreten weiterer, die Unvoreingenommenheit des Sachverständigen in Frage stellender Umstände kann die Annahme eines Ablehnungsgesuchs gerechtfertigt sein.¹¹⁸ Bei einem eigenen – sei es auch nur mittelbaren – wirtschaftlichen Interesse am Ausgang des Rechtsstreits kann Anlass zu der Befürchtung bestehen, der Sachverständige stehe der Sache nicht

¹¹⁶ Beschluss vom 06. Juni 2019 – [III ZB 98/18](#) – GesR 2019, 523 ff. = ZMGR 2019, 173 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 4.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

unvoreingenommen und unparteiisch gegenüber. Ob dies anzunehmen ist, entzieht sich einer schematischen Betrachtungsweise und kann nur auf Grund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden.¹¹⁹ Die gebotene Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände führte im Streitfall dazu, dass kein Ablehnungsgrund vorlag.

b)

Um die Verletzung rechtlichen Gehörs durch Übergehen von Parteivortrag in einem zum Zwecke der Beweiswürdigung **nach Beweisaufnahme nachgelassenen Schriftsatz** ging es in einem beim VI. Zivilsenat anhängigen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.¹²⁰

Nach der Beweisaufnahme mit Anhörung des Sachverständigen war den Parteien ausweislich des Protokolls nachgelassen worden, zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme schriftsätzlich vorzutragen. Jedenfalls, wenn das Gericht im Anschluss an eine Beweisaufnahme einen **Schriftsatznachlass** zur Stellungnahme zum Beweisergebnis einräumt, **bringt es zum Ausdruck**, dass es **eine Stellungnahme im Termin nicht erwartet und fristgemäß erfolgten Vortrag zum Beweisergebnis berücksichtigen** wird.¹²¹ Tatsächlich war dies nicht geschehen, mit der Folge, dass das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Anspruchs der Kläger auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG beruhte.

c)

Für die Frage, ob die **Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens** geboten ist, kommt es nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von einer Partei nachvollziehbar dargetan worden ist.¹²²

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹²⁰ Urteil vom 21. Mai 2019 – [VI ZR 54/18](#) – MDR 2019, 1081 = NJW 2019, 2477 ff.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹²² Beschluss vom 07. Mai 2019 – [VI ZR 257/17](#) – MDR 2019, 1013 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Nach ständiger Rechtsprechung hat die Partei zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann. Dieses Antragsrecht besteht unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO. Es **kann** dabei von der Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, **nicht verlangt werden, dass sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus konkret formuliert**. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welche Richtung sie durch entscheidungserhebliche Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.¹²³

d)

Das **Gebot des rechtlichen Gehörs** als Prozessgrundrecht **soll sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern** ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. **Geht ein Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags** einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, **in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war**.¹²⁴

Vorliegend hatte der Kläger vorgetragen, dass es zwar verschiedene Versionen des Operationsberichts gebe und hierzu die Anlagen K 15 und K 16 vorgelegt. Das Berufungsgericht hatte sich demgegenüber maßgeblich auf den Operationsbericht der Beklagten gestützt, ohne den Vortrag des Klägers, der den Beweiswert dieses Berichts in Frage gestellt hatte, zur Kenntnis zu nehmen. Es hatte damit den Anspruch des Klägers aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, indem es auf seinen Vortrag zu den verschiedenen Versionen des Operationsberichts nicht eingegangen war.¹²⁵

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹²⁴ Beschluss vom 12. März 2019 – [VI ZR 435/18](#) – MDR 2019, 758 = NJW 2019, 1774 f.

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 6.

e)

Die **Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet.**¹²⁶

Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. den Grundsätzen der Zivilprozessordnung die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge.¹²⁷ Nach diesen Grundsätzen verletzte die Würdigung des Berufungsgerichts, der Vortrag zur Kausalität – im Streitfall eines Unfalls – sei für weitere Verletzung nicht hinreichend substantiiert, den Kläger in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen wie das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei ggf. die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten.¹²⁸

f)

Das **erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO findet Anwendung**, soweit es um die Frage geht, ob eine haftungsbegründende Primärverletzung weitere vom Kläger geltend gemachte Gesundheitsbeeinträchtigungen zur Folge hatte (**haftungsausfüllende Kausalität**). Werden unabhängig davon aus der zugrundeliegenden Verletzungs-

¹²⁶ Urteil vom 28. Mai 2019 – [VI ZR 328/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

¹²⁷ a.a.O., juris Rn. 6.

¹²⁸ a.a.O., juris Rn. 10.

handlung weitere unfallursächliche Primärverletzungen geltend gemacht, unterfallen diese dem **Beweismaß des § 286 ZPO (haftungsbegründende Kausalität)**.¹²⁹

g)

Letztlich ist noch über zwei **Wiedereinsetzungsverfahren** zu berichten, in denen **Rechtsanwälte unvorhergesehen erkrankt** waren und dadurch Berufungsbegründungsfristen versäumt hatten.¹³⁰

Ein **Rechtsanwalt muss allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt**. Ist er als Einzelanwalt ohne eigenes Personal tätig, muss er ihm zumutbare Vorkehrungen für einen Verhinderungsfall, z.B. durch Absprache mit einem vertretungsbereiten Kollegen treffen. Durch konkrete Maßnahmen im Einzelfall muss sich der Rechtsanwalt allerdings nur dann vorbereiten, wenn er einen solchen konkreten Ausfall vorhersehen kann.¹³¹

Ein Rechtsanwalt muss – wenn er unvorhergesehen erkrankt – nur das, aber auch alles zur Fristwahrung unternehmen, was ihm dann möglich und zumutbar ist. Die fristwahrenden **Maßnahmen eines unvorhergesehen erkrankten Einzelanwalts** ohne eigenes Personal **können sich darin erschöpfen, die Vertretung, für die er zuvor im Rahmen der ihm obliegenden allgemeinen Vorkehrungen für Verhinderungsfälle Vorsorge zu treffen hatte, zu kontaktieren und um die Beantragung einer Fristverlängerung zu bitten**. Für die Begründung eines Wiedereinsetzungsantrags ist deshalb die Darlegung und Glaubhaftmachung notwendig, dass aufgrund der Erkrankung selbst diese Maßnahme nicht möglich oder zumutbar war bzw. – bei pflichtgemäßem Treffen der allgemeinen Vorkehrungen – gewesen wäre.¹³²

¹²⁹ Urteil vom 29. Januar 2019 – [VI ZR 113/17](#) – NJW 2019, 2092 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹³⁰ Beschlüsse vom 19. Februar 2019 – [VI ZB 43/18](#) – MDR 2019, 691 f. = NJW-RR 2019, 691 f. sowie – [VI ZB 44/18](#) – MDR 2019, 955 f. = NJW-RR 2019, 1207 ff.

¹³¹ – [VI ZB 43/18](#) – juris, Rn. 7 sowie – [VI ZB 44/18](#) – juris, Rn. 11.

¹³² – [VI ZB 43/18](#) – juris, Rn. 10.

h)

Letztlich ist noch über einen Streit der Parteien über die **Berücksichtigungsfähigkeit von Gutachterkosten im Rahmen eines Kostenfestsetzungsverfahrens** zu berichten.¹³³

Nach § 91 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteilung notwendig waren. Dazu können nach der ständigen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats auch die Kosten für die Einholung eines Privatsachverständigengutachtens gehören, wenn sie unmittelbar prozessbezogen sind.¹³⁴ **Zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig ist die Einholung eines Privatgutachtens dann, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte.** Dabei darf die Partei die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen.¹³⁵ Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Bundesgerichtshof vom Beschwerdegericht akzeptierte Aufwendungen für ein Privatgutachten i.H.v. 8.350,73 € grundsätzlich akzeptiert, die Sache aber deshalb an die Beschwerdeinstanz zurückverwiesen, weil auf der Grundlage der vom Beschwerdegericht festgestellten Tatsachen nicht abschließend beurteilt werden konnte, ob der Beklagte zur Geltendmachung des die Privatgutachterkosten betreffenden Teils des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs (noch oder wieder) befugt war.¹³⁶

Karlsruhe, den 04. November 2019



Dr. Menemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

¹³³ Beschluss vom 30. April 2019 – [VI ZB 41/17](#) – GesR 2019, 516 ff. = RPfleger 2019, 545 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹³⁵ a.a.O. juris, Rn. 9.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 11 ff. sowie 16 f.