

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2019**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum 1. Halbjahr 2019 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2019 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung ist erneut über das Recht der privaten Krankenversicherung, das Vergütungsrecht der Heilberufe und das Krankenhausrecht zu berichten. Daneben geht es um die Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts 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 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 vorrangig dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

a)

In einer erst im Verlauf der Berichtsperiode veröffentlichten Entscheidung⁴ ging es um **Keimübertragungen** während eines stationären Aufenthalts und um den maßgeblichen **Hygienestandard**. Gegenstand der Klage war der Vorwurf, im beklagten Krankenhaus hätten Hygienemängel bestanden, 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 Sachverständigen-gutachten berufen.⁵ Während die Klage in den Vorinstanzen erfolglos geblieben war, führte die Nichtzulassungsbeschwerde zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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.⁶

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**

⁴ Beschluss vom 25. Juni 2019 – [VI ZR 12/17](#) – GesR 2019, 569 ff. = NJW-RR 2019, 1360 ff. = VersR 2019, 1372 ff. = ZMGR 2019, 213 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt; zu dem Ganzen vgl. auch Hüwe, jurisPR – MedizinR 11/2019 Anm. 4

⁵ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 8.

Abs. 1 GG die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. 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.⁷

Nach der gefestigten Rechtsprechung des VI. Zivilsenats sind **an die Substantiierungspflicht 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.⁸

Einschränkungen der Darlegungslast des Patienten können sich nach allgemeinen 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.⁹

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

⁷ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

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.¹⁰

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.¹¹

b)

Das **Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht** unter anderem **dazu, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen** und – soweit dieser Kern eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft – in den Gründen zu bescheiden.¹² Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung des Gerichts nur den Schluss zulässt, dass sie auf eine allenfalls den äußeren

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹² Beschluss vom 26. November 2019 – [VI ZR 84/18](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Wortlaut, und nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmung beruht.¹³

In der Sache ging es darum, dass die Klägerin die Beklagte wegen **fehlerhafter ärztlicher Behandlung im Anschluss an eine Geburt** auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch nahm. Das Landgericht hatte die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und Anhörung des Sachverständigen abgewiesen; die dagegen anhängig gemachte Berufung blieb erfolglos. Nach Auffassung des Berufungsgerichts war es den Beklagten nicht als Behandlungsfehler vorzuwerfen, dass bei der nach Ende der Geburt vorgenommenen rektalen Untersuchung der Klägerin eine Verletzung des Schließmuskels und des Darms nicht festgestellt worden war. Die unterlassene Feststellung war nach Auffassung des Berufungsgerichts **nicht als vorwerfbarer Behandlungsfehler, sondern nur als Diagnoseirrtum** zu bewerten. Diese Ausführungen erwiesen sich als verfahrensfehlerhaft. Im Zusammenhang mit einer vorhandenen Adipositas hatte die Klägerin sich unter Hinweis auf erschwerte Untersuchungsbedingungen hilfsweise auf einen **Befunderhebungsfehler** berufen und vorgetragen, eine Schließmuskel- bzw. Darmverletzung habe bereits im Rahmen der Geburtsverletzungsversorgung bzw. bei der Abschlussuntersuchung durch eine intensivere Untersuchung gegebenenfalls in Narkose festgestellt werden können.¹⁴

c)

Ein Verstoß gegen die **Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde** und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung der Befundträger lässt im Wege der **Beweiserleichterung** für den Patienten zwar auf ein **reaktionspflichtiges positives Befundergebnis** schließen.¹⁵ Dies ist jedoch **nur** dann der Fall, **wenn ein solches Ergebnis hinreichend wahrscheinlich** ist. Es geht zu weit, als Folge der Unterlassung medizini-

¹³ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 8, 9 und 11.

¹⁵ Urteil vom 22. Oktober 2019 – [VI ZR 71/17](#) – ArztR 2020, 18 ff. = GesR 2020, 49 ff. = VersR 2020, 233 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

nisch gebotener Befunderhebung oder Befundsicherung unabhängig von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Befundergebnisses eine Vermutung dahingehend vorzunehmen, dass zugunsten des Patienten der von diesem vorgetragene Sachverhalt für den Befund als bestätigt gilt.¹⁶

In der Sache ging es darum, ob ein eingetretener Morbus Sudeck auf einem groben Behandlungsfehler des Beklagten beruhte. Der Beklagte hatte dem Kläger zunächst zur Ruhigstellung und Entlastung des Fußes einen sog. OPED-Stiefel angepasst. Dieser OPED-Stiefel war dann in der weiteren Folge anlässlich einer Kontrolluntersuchung wegen Druckbeschwerden des Klägers abgenommen und durch einen **Gipsverband** ersetzt worden, der vom Fuß bis auf die Höhe des Knöchels reichte und bei dem die Zehen frei waren. Ob der Gipsverband ansonsten aufgeschnitten ("gespalten") war, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger hatte dem Beklagten zum Vorwurf gemacht, gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen zu haben, indem er einen zirkulären, nicht aufgeschnittenen Gipsverband verwandt und damit die Entwicklung eines Morbus Sudeck herbeigeführt habe.¹⁷

Grundsätzlich ist es Sache des klagenden Patienten, einen von ihm behaupteten Behandlungsfehler des Arztes nachzuweisen. Allerdings kommen nach der Rechtsprechung zugunsten eines Patienten **Beweiserleichterungen** in Betracht. Dies gilt **etwa für den Fall, dass die gebotene ärztliche Dokumentation lückenhaft bzw. unzulänglich** ist. Nach gefestigter Rechtsprechung **begründet das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme die Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben ist**. Der Behandlungsseite obliegt es dann, die Vermutung zu widerlegen.¹⁸

Weiter reicht die **Beweiserleichterung** in der Regel aber nicht. Sie **führt grundsätzlich weder unmittelbar zu einer Beweislastumkehr hinsicht-**

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 3.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 9 sowie Laumen, VersR 2020, 233 ff.

lich des Ursachenzusammenhanges noch rechtfertigt sie den Schluss auf ein für den Patienten positives Befundergebnis.¹⁹ Es geht danach zu weit, als Folge der Unterlassung medizinisch gebotener Befunderhebung oder Befundsicherung unabhängig von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Befundergebnisses eine Vermutung dahingehend anzunehmen, dass zugunsten des Patienten der von diesem vorgetragene Sachverhalt für den Befund als bestätigt gilt.²⁰ Gemessen daran hätte das Berufungsgericht hinsichtlich der – hier (wahlweise) offengelassenen – fehlenden Befunderhebung oder fehlenden Befundsicherung in Bezug auf die Weichteilverhältnisse bei Abnahme des OPED-Stiefels und vor Anpassung des Gipses Feststellungen dazu treffen müssen, ob der zugrunde gelegte Befund, wonach der Kläger über diffuse Schmerzen im Fuß geklagt und sich dort ein diffuses Schwellungsbild gezeigt habe, (objektiv) hinreichend wahrscheinlich war.²¹

d)

In einem weiteren Revisionsverfahren ging es um die Beurteilung einer **Außenseitermethode**.²² Die Klägerin nahm die Beklagten wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlungen und unzureichende Aufklärung im Zusammenhang mit einer Bandscheibenoperation auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch und beanstandete, dass bei ihr ein nicht allgemein anerkanntes Behandlungskonzept angewandt worden sei.²³

Die Anwendung eines **nicht allgemein anerkannten**, den Korridor des medizinischen Standards verlassenden **Behandlungskonzepts** stellt nicht ohne weiteres einen Behandlungsfehler dar.²⁴ Allerdings darf eine nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode bei einer Bandschei-

19 a.a.O., juris, Rn. 10.

20 a.a.O., juris, Rn 12.

21 a.a.O., juris, Rn. 13.

22 Urteil vom 15. Oktober 2019 – [VI ZR 105/18](#) – ArztR 2020, 47 ff. = VersR 2020, 168 ff. = ZMGR 2020, 19 ff.

23 a.a.O., juris, Rn. 13.

24 a.a.O., juris, Rn. 14.

benoperation nur nach einer verantwortlichen medizinischen Abwägung dieser Methode mit der standardmäßigen Behandlung unter Berücksichtigung des Wohls des Patienten angewendet werden.²⁵ Darüber hinaus erfordert die Annahme einer nicht allgemein anerkannten Methode **zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten** dessen **Aufklärung** über das Für und Wider dieser Methode. Dem Patienten müssen nicht nur die Risiken und die Gefahren eines Misserfolgs des Eingriffs erläutert werden, sondern er ist **auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist.**²⁶

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Das Recht der privaten Krankenversicherung fällt in den Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats.

Dieser hat in der Berichtsperiode über die medizinische Notwendigkeit einer **In-vitro-Fertilisation mit intracytoplasmatischer Spermieninjektion** entschieden.²⁷

Der Kläger, der an einer Kryptozoospermie litt und auf natürlichem Weg keine Kinder zu zeugen vermochte, verlangte von seinem privaten Krankenversicherer die Erstattung der Kosten für insgesamt vier Behandlungszyklen einer In-vitro-Fertilisation (IVF) mit intracytoplasmatischer Spermieninjektion (ICSI) und anschließendem Embryotransfer. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stand dem Kläger ein (lediglich um die Selbstbeteiligung zu kürzender) auf Erstattung der für die IVF/ICSI-Behandlungen aufgewandten Kosten zu. Es habe sich bei allen vier Behandlungskosten um **medizinisch notwendige Heilbehandlungen im**

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

²⁷ Urteil vom 04. September 2019 – [IV ZR 323/18](#) – NJW 2020, 849 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Sinne von § 1 Abs. 2 MB/KK gehandelt.²⁸ Hierfür sei entscheidend, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jeweils eine **Wahrscheinlichkeit von mindestens 15%** dafür bestanden habe, **dass ein Embryotransfer zur erwünschten Schwangerschaft führe.**

Die Berufungsentscheidung hat der rechtlichen Nachprüfung durch den IV. Zivilsenat Stand gehalten.²⁹ Offenbar hatte das Berufungsgericht angenommen, bei der unstreitigen, auf körperlichen Ursachen beruhenden Unfähigkeit des Klägers, auf natürlichem Wege Kinder zu zeugen, handelte es sich um **Krankheit im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 MB/KK.** Bei der Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit der Heilbehandlung kam es auf die Prüfung der **Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Schwangerschaft** und nicht auf eine Prognose über deren mutmaßlichen weiteren Verlauf und damit auch **nicht auf** die sogenannte „**baby-take-home-Rate**“ an.³⁰

3. Berufsrecht der Heilberufe

Zum Berufsrecht der Heilberufe hat der Bundesgerichtshof in der Berichtsperiode – soweit ersichtlich – keine Entscheidungen abgesetzt.

4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

In Bezug auf diesen Themenkreis fehlt es für das zweite Halbjahr 2019 ebenfalls an einschlägigen Judikaten.

28 a.a.O., juris, Rn. 6.

29 a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

30 a.a.O., juris, Rn. 13.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Zum Vergütungsrecht der Heilberufe verhalten sich Entscheidungen des III. sowie des IX. Zivilsenats.

a)

Der III. Zivilsenat hatte in einer erst in der Berichtsperiode veröffentlichten Entscheidung über die Frage der **Befangenheit** eines zur Klärung der medizinischen Notwendigkeit einer intensitätsmodulierten Radio- und Strahlentherapie eingeschalteten – gerichtlichen Sachverständigen – zu entscheiden.³¹ 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.³²

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

³¹ Beschluss vom 06. Juni 2019 – [III ZB 98/18](#) – ArztR 2020, 43 ff. = GesR 2019, 523 ff. = NJW 2020, 691 ff. = ZMGR 2019, 173 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³² a.a.O., juris, Rn. 4.

gerechtfertigt sein.³³ 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 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.³⁴ Die gebotene Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände führte im Streitfall dazu, dass kein Ablehnungsgrund vorlag.

b)

Eine weitere erst in dieser Berichtsperiode veröffentlichte Entscheidung des IX. Zivilsenats befasst sich grundsätzlich mit der Abtretbarkeit von Vergütungsforderungen eines Kassenarztes gegen seine Kassenzahnärztliche Vereinigung. Der IX. Zivilsenat hat entschieden, dass **Vergütungsforderungen eines Kassenzahnarztes gegen seine Kassenzahnärztliche Vereinigung wirksam abgetreten werden können, sofern die Informationsrechte des Forderungserwerbers abbedungen sind.**³⁵

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 Bundesgerichtshofes in der Regel wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 StGB gemäß § 134 BGB nichtig.³⁶ 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 befin-

33 a.a.O., juris, Rn. 13.

34 a.a.O., juris, Rn. 21.

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

36 a.a.O., juris, Rn. 11.

den, auszuliefern, ohne Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht erfüllen.³⁷

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.³⁸ 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.³⁹

c)

Um **hinterlegte Honorarforderungen eines in Insolvenz geratenen Zahnarztes gegen die Kassenzahnärztliche Vereinigung (KZV)** ging es in einem beim IX. Zivilsenat anhängigen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.⁴⁰ Der Zahnarzt hatte schon Jahre vor der Insolvenz alle Honorarforderungen gegen die KZV an seine Ehefrau abgetreten. Trotz der Abtretung hatte sich die KZV geweigert, bestimmte Honorare an die Ehefrau zu überweisen. Grund dafür war eine Satzungsänderung, welche die Abtretung an andere Personen als Banken verbot.⁴¹

Das Berufungsgericht hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, es sei nicht ausreichend dargelegt, dass der von der KZV hinterlegte Betrag auf Honorarforderungen beruhe, die entweder vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach der Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners entstanden waren. Dabei hatte das Berufungsgericht das Instanzvorbringen des Klägers nur unzureichend berücksichtigt und verkannt, dass **§ 91 Abs. 1 InsO keine Anwendung findet**, wenn die

37 a.a.O., juris, Rn. 11.

38 a.a.O., juris, Rn. 21.

39 a.a.O., juris, Rn. 22.

40 Beschluss vom 31. Oktober 2019 – [IX ZR 65/19](#) – InsbürO 2020, 136.

41 a.a.O., juris, Rn. 1.

streitgegenständlichen Beträge, deren Erstattung der Kläger verlangte, **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinterlegt** worden waren.⁴²

6. Krankenhausrecht

Der III. Zivilsenat hat in der Berichtsperiode in einer zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung BGHZ bestimmten Revisionsentscheidung den Umfang der **Obhutspflicht eines Heimträgers zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Heimbewohner** näher beleuchtet.⁴³ Die geistig behinderte Klägerin, die in einem von der Beklagten betreuten Wohnheim lebte, hatte sich anlässlich eines Bades hochgradig mit zu heißem Badewasser verbrüht.⁴⁴ Während das Landgericht die Klage abgewiesen und die Berufung der Klägerin keinen Erfolg gehabt hatte, führte die vom III. Zivilsenat zugelassene Revision zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.⁴⁵ Ein Heimbewohner, der dem Heimträger zum Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit anvertraut ist, kann erwarten, dass der Heimträger ihn vor einer – jedenfalls in einer DIN-Norm beschriebenen – Gefahrenlage schützt, wenn er selbst aufgrund körperlicher und geistiger Einschränkungen nicht in der Lage ist, die Gefahr eigenverantwortlich zu erkennen.⁴⁶ Um die daraus folgende Obhutspflicht zu erfüllen, muss der Heimträger, soweit dies mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand und für die Heimbewohner sowie das Pflege- und Betreuungspersonal zumutbar ist, nach seinem Ermessen entweder die Empfehlungen der DIN-Norm umsetzen oder aber die erforderliche Sicherheit gegenüber der dieser Norm zugrundeliegenden

42 a.a.O., juris, Rn. 7.

43 Urteil vom 22. August 2019 – [III ZR 113/18](#) – Arztr 2020, 10 ff. = GesR 2019, 721 ff. = NJW 2019, 3560 ff. = VersR 2019, 1983 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

44 a.a.O., juris, Rn. 3.

45 a.a.O., juris, Rn. 6 und 7.

46 a.a.O., juris, Rn. 12.

Gefahr auf andere Weise gewährleisten, um Schäden der Heimbewohner zu vermeiden.⁴⁷

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Unter diesem Schwerpunkt ist über Entscheidungen des 3. Strafsenats sowie des I. und X. Zivilsenats zu berichten.

a)

Fragen des Inverkehrbringens von bedenklichen Arzneimitteln insbesondere zu Dopingzwecken im Sport sowie das Herstellen und Inverkehrbringen von minderwertigen Arzneimitteln und Wirkstoffen haben im Rahmen eines Strafverfahrens den 3. Strafsenat beschäftigt.⁴⁸ In diesem Zusammenhang kam es u.a. darauf an, ob es sich bei den maßgeblichen Produkten um **Arzneimittel im Sinne des § 2 AMG** handelt.

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 2 AMG die **Definition des Arzneimittels** nach der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in deutsches Recht überführt und dabei insbesondere für „Funktionsarzneimittel“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG den Wortlaut von Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie übernommen. Die Entscheidung des 3. Strafsenats hält fest, dass in Bezug auf das für alle Tatbestandsvarianten maßgebliche Tatbestandsmerkmal des Arzneimittels nach §§ 2, 95 AMG kein Anlass besteht, das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Beantwortung bestimmter Fragen zum Arzneimittelbegriff vorzulegen.⁴⁹ Die **Auslegung des Arzneimittelbegriffs** im unionsrechtlichen Sinne ist vielmehr durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁴⁸ Urteil vom 27. November 2019 – [3 StR 233/19](#) – NStZ-RR 2020, 84 ff. = PharmR 2020, 152 ff.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 9.

bereits in einer Weise **geklärt**, die keinen vernünftigen Zweifel offen lässt („acte éclairé“).

b)

Um Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit der **Werbung für Nahrungsergänzungsmittel** und um die Frage der Zulässigkeit allgemeiner, nicht spezifischer gesundheitsbezogener Angaben ging es in einer Entscheidung des I. Zivilsenats.⁵⁰ Hier ist über eine **Änderung der Rechtsprechung** zu berichten. In der Vergangenheit hatte der I. Zivilsenat angenommen, dass Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nicht durch die Verordnung reglementiert sind, solange die Listen nach Art. 13 und 14 der Verordnung nicht erstellt sind.⁵¹ **An dieser Auffassung hält der I. Zivilsenat nicht mehr fest.** Er schließt sich vielmehr obergerichtlicher Rechtsprechung an, und argumentiert, dass die **bisherige Auffassung mit dem Wortlaut** von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 **sowie dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht vereinbar** ist und außerdem nicht durchgehend zu sachgerechten Ergebnissen führt.⁵²

c)

In einem weiteren Wettbewerbsverfahren, in der die Revisionsentscheidung erst im Verlauf dieser Berichtsperiode veröffentlicht worden ist, ging es um die Zulässigkeit der **Abgabe eines Brötchen-Gutscheins beim Erwerb eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels.**⁵³ Die Beklagte betrieb in Darmstadt eine Apotheke. Sie handigte 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

⁵⁰ Urteil vom 19. September 2019 – [I ZR 91/18](#) – GRUR 2019, 1299 f. = MDR 2019, 1518 f. = WRP 2019, 1570 ff.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 18.

⁵³ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 206/17](#) – GesR 2019, 736 ff. = ZMGR 2020, 40 ff.

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.⁵⁴

d)

Der X. Zivilsenat hatte sich mit diversen **Patentstreitigkeiten** zu befassen. So ging es u.a. um ein Schutzrecht betreffend die Verwendung von Dexmedetomidin zur Sedierung von Patienten mit kritischer Erkrankung in Intensivbehandlung⁵⁵ sowie um Streitpatente, die Kathetervorrichtungen betrafen⁵⁶ bzw. ein Patent, welches sich auf den Nachweis von Autoantikörpern gegen antigene Moleküle von Pankreasinseln bezog.⁵⁷

8. Grundzüge des Apothekenrechts

In der Berichtsperiode haben sich der I. Zivilsenat sowie der XIII. Zivilsenat mit Rechtsfragen des Apothekenrechts befasst.

a)

Eine ebenfalls erst im Verlauf dieser Berichtsperiode abgesetzte Entscheidung des I. Zivilsenats betraf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Euro-Gutscheins.⁵⁸ Im Einklang mit dem Berufungsgericht ging auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass es sich bei dem mit der Rezept-einlösung ausgehändigten Gutschein über einen Euro um eine nach § 7

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 59.

⁵⁵ Urteil vom 17. September 2019 – [X ZR 71/17](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁵⁶ Urteile vom 03. September 2019 – [X ZR 103/17](#) – sowie – [X ZR 106/17](#) – jeweils veröffentlicht nur bei juris.

⁵⁷ Urteil vom 17. Dezember 2019 – [X ZR 115/17](#) – ebenfalls nur veröffentlicht bei juris.

⁵⁸ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 60/18](#) – GRUR 2019, 1078 ff. = PharmR 2019, 532 ff.

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG i.V.m. § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 Abs. 3 Satz 1 AMG unzulässige Werbegabe handele.⁵⁹ Dieses Verhalten des Apothekenbetreibers war auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern im Sinne des UWG spürbar zu beeinträchtigen.⁶⁰

b)

Der neu gegründete XIII. Zivilsenat war im Zusammenhang mit einer zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und verschiedenen Apothekerverbänden getroffenen Vereinbarung über die Abrechnung von **Grippeimpfstoffen** mit der Frage des Rechtswegs zu den Vergabenachprüfungsinstanzen befasst.⁶¹ Auf die Rechtsbeschwerde hat der Senat einen Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf insoweit aufgehoben, als der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen für nicht eröffnet erklärt und das Verfahren an das Sozialgericht München verwiesen worden war.⁶²

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit den Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts befassen sich verschiedene Entscheidungen des VI., VII., X. sowie XII. Zivilsenats.

a)

Das **Gebot rechtlichen Gehörs** verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, den **wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und** – soweit es eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft – in den Gründen **zu bescheiden**.⁶³ Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung des Gerichts nur

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 43 ff.

⁶¹ Beschluss vom 10. Dezember 2019 – [XIII ZB 119/19](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

⁶³ Beschluss vom 27. August 2019 – [VI ZR 460/17](#) – MDR 2020, 56 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmung beruht.⁶⁴

Im konkreten Fall hatte die Nichtzulassungsbeschwerde gerügt, die Klägerin habe sowohl erstinstanzlich als auch mit der Berufungsbegründung geltend gemacht, dass die vorliegenden **Bandscheibenvorfälle** in den Segmenten HWK 4/5, 5/6 und 6/7 **auf konventionellen MRT-Aufnahmen nicht zu erkennen** gewesen seien. Sie **hätten nur durch** – mittels unterschiedlicher Aufnahmetechnik erstellter – **Funktionsaufnahmen nachgewiesen werden können**. Dem Umstand, dass die konventionell erstellte MRT-Aufnahme lediglich Bandscheibenvorwölbungen, hingegen keinen Bandscheibenvorfall erkennen lasse, habe der Sachverständige deshalb nicht entnehmen dürfen, dass der später diagnostizierte und von der Sachverständigen anhand einer Funktionsaufnahme auch bestätigte Bandscheibenvorfall erst im Nachhinein eingetreten sei. Der Sachverständige habe sich insoweit nicht ausreichend mit den technischen Feinheiten der funktionellen gegenüber der konventionellen Kernspintomografie auseinandergesetzt.⁶⁵ Da sich die Klägerin für den vorstehenden Sachvortrag **ergänzend zum Beweis auf die Einholung eines Sachverständigen berufen** hatte, welches von den Vorinstanzen nicht eingeholt worden war, hat der Bundesgerichtshof das **Berufungsurteil aufgehoben und beanstandet, das Berufungsgericht habe wesentliche Ausführungen gehörswidrig nicht erfasst und bei seinen Entscheidungen nicht erwogen**. Andernfalls hätte es nicht zu der Beurteilung gelangen können, die Äußerungen der Klägerin seien nicht geeignet, Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der auf den Angaben der Sachverständigen beruhenden Feststellungen des Landgerichts zu erwecken.⁶⁶

64 a.a.O., juris, Rn. 12.

65 a.a.O., juris, Rn. 14.

66 a.a.O., juris, Rn. 15.

b)

Der VII. Zivilsenat hatte sich mit einem **Wiedereinsetzungsgesuch eines Einzelanwalts** zu befassen, der infolge **Erkrankung** eine Berufungsbeurkundungsfrist nicht eingehalten hatte.⁶⁷ Während das Wiedereinsetzungsverlangen in den Vorinstanzen erfolglos geblieben war, hat der Bundesgerichtshof dem Kläger **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung **gewährt**.

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.⁶⁸ Diese Grundsätze gelten auch, wenn ein Rechtsanwalt die Frist zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels bis zum letzten Tag ausschöpft und daher wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos erhöhte Sorgfalt aufzuwenden hat, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen.⁶⁹

Der **Einzelanwalt, der am Tage des Ablauf der Berufungsbegründungsfrist unvorhergesehen erkrankt** und deshalb nicht mehr in der Lage ist, die Berufungsbegründung rechtzeitig fertigzustellen, **genügt seinen Sorgfaltspflichten regelmäßig dann, wenn er einen Vertreter beauftragt, der einen Fristverlängerungsantrag stellt**. Erteilt die Gegenseite in diesem Fall die zur Fristverlängerung gemäß § 520 Abs. 2 ZPO erforderliche Einwilligung nicht und wird die Frist deshalb nicht verlängert, ist dem Berufungsführer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren.⁷⁰

⁶⁷ Beschluss vom 08. August 2019 – [VII ZB 35/17](#) – NJW 2020, 157 ff.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 13.

c)

Auf einen krankheitsbedingten Ausfall muss sich der Rechtsanwalt aber nur dann **durch konkrete Maßnahmen vorbereiten**, wenn er eine solche Situation vorhersehen kann⁷¹. Wird er dagegen unvorhergesehen krank, gereicht ihm eine unterbleibende Einschaltung eines Vertreters nicht zum Verschulden, wenn ihm diese weder möglich noch zumutbar war.⁷²

Für den Fall, dass die **Krankheit von Anfang an so schwer** sein sollte, **dass** die zur Fristwahrung erforderliche **Einschaltung eines Vertreters** durch den erkrankten Rechtsanwalt selbst oder eine Anordnung an das Büropersonal betreffend die Unterrichtung eines Vertreters **nicht möglich oder zumutbar** sein sollte, **muss der Rechtsanwalt seine Kanzlei allgemein anweisen, zwecks Erledigung fristgebundener Geschäfte den Vertretungsanwalt zu informieren oder erforderlichenfalls einen Antrag nach § 53 Abs. 2 BRAO zu stellen**. Die Verpflichtung, im Krankheitsfall des Verfahrensbevollmächtigten für einen Vertreter zu sorgen, besteht erst recht, wenn der Gesundheitszustand derart ist, dass mit wiederholt auftretenden Krankheitsfolgen zu rechnen ist, die den Anwalt außerstande setzen, seinen Berufspflichten in dem erforderlichen Umfang nachzukommen.⁷³

d)

Der Rechtsmittelführer darf eine **Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung erwarten, wenn es sich um den ersten Verlängerungsantrag handelt und** er in dem Antrag **erhebliche Gründe für die beantragte Verlängerung darlegt**.⁷⁴ Wird der Antrag nicht begründet, muss der Rechtsmittelführer hingegen damit rechnen, dass der Antrag deshalb abgelehnt wird. An die **Darlegung eines erheblichen Grundes** für die

71 Beschluss vom 21. August 2019 – [XII ZB 93/19](#) – NJW-RR 2019, 1395 ff.

72 a.a.O., juris, Rn. 6.

73 a.a.O., juris, Rn. 7.

74 Beschluss vom 20. August 2019 – [X ZB 13/18](#) – NJW-RR 2019, 1392 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Notwendigkeit der Fristverlängerung sind **bei einem ersten Antrag keine hohen Anforderungen** zu stellen. Grundsätzlich reicht der Hinweis auf das Vorliegen eines solchen Grundes – etwa Urlaubsabwesenheit, Arbeitsüberlastung oder das Erfordernis weiterer Abstimmung zwischen Prozessbevollmächtigtem und Partei – aus, ohne dass es einer weiteren Substantiierung bedarf.

Im vorliegenden Fall waren im Fristverlängerungsantrag jedoch keine konkreten Gründe dargetan. Der Einwendung, der **Antrag** werde „**vorsorglich**“ gestellt, ließ sich nicht entnehmen, aus welchen Gründen eine Verlängerung begehrt wurde.⁷⁵

Karlsruhe, den 01. April 2020



Dr. Mennemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.