

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2020**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis zum ersten Halbjahr 2020 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2020 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs 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 Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie 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 2020 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. Dieser war in der Berichtsperiode allerdings maßgeblich mit Fallgestaltungen aus dem Umfeld des sog. Dieselskandals befasst, so dass für das vergangene Halbjahr 2020 nur über verhältnismäßig wenige Entscheidungen zum Recht der medizinischen Behandlung berichtet werden kann.

a)

Nicht zuletzt in Corona-Zeiten kommt der rechtlichen Beurteilung von Sachverhalten, in denen es nach der Behauptung des klagenden Patienten zu **Hygieneverstößen** gekommen sein soll, eine große Rolle zu.

In Bezug auf die im Verlauf einer Behandlung einzuhaltenden Hygienebestimmungen kann bekanntlich eine **erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der Behandlungsseite** ausgelöst werden. Zwar muss grundsätzlich der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Dieser Grundsatz bedarf aber einer Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihr 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.⁴ Der VI. Zivilsenat hat diese **Rechtsprechung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast** in der Berichtsperiode wieder **bestätigt**.⁵

Dieses Mal war eine **Infektion mit MRSA** (Methicillin-resistenter Staphylococcus aureus) streitgegenständlich. **Der Kläger hatte vorgetragen, bei**

⁴ Urteil vom 19. Februar 2019 – [VI ZR 505/17](#) – GesR 2019, 226 ff. = MedR 2019, 649 ff. = ZMGR 2019, 141 ff. = juris, Rn, 14; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ Urteil vom 24. November 2020 – [VI ZR 415/19](#) – ZMGR 2021, 22 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

einer Injektion habe der Arzt keine Handschuhe getragen, keine Handreinigung durchgeführt und eine Spritze verwendet, die dem Arzt zuvor auf den Boden gefallen sei. Dadurch sei es zu einer Infektion gekommen.

Das Berufungsgericht hatte zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, zutreffend habe das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der Beweis für einen Behandlungsfehler nicht geführt worden sei. Die **Revision des Klägers hatte Erfolg.**

Zwar ging das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass der **Kläger für den behaupteten Behandlungsfehler (§ 630a Abs. 2 BGB) nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trägt.**⁶ Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts **kein** für die Beklagte **voll beherrschbares Risiko** vorlag, wird ein Behandlungsfehler nicht gemäß § 630h Abs. 1 BGB zugunsten des Klägers vermutet.⁷

Die **Beklagte hatte vorgetragen**, es sei nicht zu den von dem Kläger behaupteten Geschehnissen gekommen, sondern der **notwendige Hygienestandard sei korrekt eingehalten worden.** Hierfür hatte sich die Beklagte **auf einen namentlich benannten Zeugen berufen**, der den venösen Zugang gelegt habe. **Im Zuge der Beweisaufnahme stellte sich dann aber heraus**, dass **nicht der von der Beklagten namentlich benannte Zeuge, sondern eine andere Person die Infusion vorgenommen** hatte. Das **Berufungsgericht war** nach Vernehmung des von der Beklagten benannten Zeugen **von einem wirksamen Bestreiten ausgegangen** und hatte angenommen, dass der Kläger den ihm obliegenden Beweis für einen Behandlungsfehler nicht erbracht habe. **Dies griff zu kurz.**⁸

Der Beschluss des Berufungsgerichts wurde aufgehoben und mangels Entscheidungsreife wurde die **Sache zur neuen Verhandlung an das**

⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 12

Berufungsgericht zurückverwiesen. Dort wird die Beklagte im Rahmen der sie treffenden sekundären Darlegungslast zu den Maßnahmen vortragen müssen, die sie ergriffen hat, um sicherzustellen, dass die für ein behandlungsfehlerfreies Vorgehen maßgeblichen Hygienebestimmungen eingehalten wurden.⁹

b)

In Arzthaftungsprozessen spielt regelmäßig eine große Rolle, ob es in den Tatsacheninstanzen zu einem **Gehörsverstoß** gekommen ist. Lässt sich ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG aufdecken, kommt es zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an die Berufungsinstanz.¹⁰ So war es auch in der nachfolgend behandelten Sache, in der das **Berufungsgericht unter entscheidungserheblichem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu der Annahme gelangt war, es sei gänzlich unwahrscheinlich, dass eine – zu unterstellende – grob fehlerhafte Verzögerung der Befunderhebung und Behandlung eines akuten Koronarsyndroms der Klägerin für die in der Folge festgestellte diastolische Herzschwäche (Schwächung der Entspannungsfunktion des Herzens) mitursächlich sein könne.**

In den Vorinstanzen **waren mehrere Behandlungsfehler** in Form von Befunderhebungsfehlern festgestellt worden, deren **Ursächlichkeit für die von der Klägerin vorgetragene gesundheitlichen Beeinträchtigungen indes verneint** wurden.¹¹ Nach Auffassung des Berufungsgerichts hatte die Beklagte in einer vor dem Berufungsgericht nachgeholtten Beweisaufnahme bewiesen, dass der Ursachenzusammenhang zwischen dem Unterlassen und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin gänzlich unwahrscheinlich sei. Soweit sich die Klägerin auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berufen hatte, nach der eine grob fehlerhafte ärztliche Behandlung hinsichtlich der Kausalität für den Gesundheitsschaden des

⁹ a.a.O., juris, Rn. 15

¹⁰ Beschluss vom 13. Oktober 2020 – [VI ZR 348/20](#) – MDR 2021, 98 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 6.

Patienten auch dann in vollem Umfang zu einer Beweislastumkehr der Arztseite zu führen vermöge, wenn eine Mitursächlichkeit gänzlich unwahrscheinlich sei, liege ein derartiger Fall nicht vor.¹² Vielmehr habe der **Sachverständige** überzeugend **erklärt, dass es gänzlich unwahrscheinlich sei, dass die geltend gemachten Folgen auf den Behandlungsfehlern beruhten**, weil sich auch bei den gebotenen früheren Befunderhebungen kein anderer Verlauf ergeben hätte.

Die **Nichtzulassungsbeschwerde führte zum Erfolg**, da das Berufungsgericht bei diesen Ausführungen den **Kern des Vorbringens der Klägerin**, bei richtiger Behandlung hätte der Gefäßverschluss schneller geöffnet und die Folgen für sie hätten dadurch abgemildert werden können, **übergangen** hatte. Gerichte sind zwar nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen einer Partei ausdrücklich auseinanderzusetzen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann aber dann festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles deutlich ergibt, dass das Gericht Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen, oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat.¹³ So war es im vorliegenden Fall.

c)

Um die **Auslegung** einer **Verjährungsverzichtserklärung** im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Arzthaftungsansprüchen rankt sich eine weitere Revisionsentscheidung.¹⁴

Das Berufungsgericht hatte seine verjährungsrechtliche Beurteilung auf eine Erklärung der Beklagten gestützt, die wie folgt lautete:

„In vorbezeichneter Angelegenheit versichern wir Ihnen, auch namens und in Vollmacht des hier versicherten Personenkreises, uns **bis einschließlich**

¹² a.a.O., juris, Rn. 11.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁴ Urteil vom 10. November 2020 – [VI ZR 285/19](#) – NJW 2021, 461 ff., GesR 2021, 92 = NJW 2021, 461 ff. sowie VersR 2021, 265 ff.

31.12.2007 nicht auf die Einrede der Verjährung zu berufen.¹⁵

Die **vorzitierte Erklärung war vom Berufungsgericht dahin ausgelegt worden**, dass die **Verjährungsfrist** im Ergebnis ab Beendigung des Schlichtungsverfahrens im November 2007 **neu beginnen** sollte. **Dies hielt revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird **durch** einen vom Schuldner erklärten **befristeten Verjährungsverzicht** der **Ablauf der Verjährung nicht beeinflusst**; die Verjährungsvollendung wird nicht hinausgeschoben. Der Verjährungsverzicht hat regelmäßig nur zum Inhalt, dass die Befugnis des Schuldners, die Einrede der Verjährung zu erheben, bis zum Ende des vereinbarten Zeitraums ausgeschlossen wird.¹⁶

Der Verzicht soll den Gläubiger von der Notwendigkeit der alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs entheben. Erhebt der Gläubiger nicht innerhalb der Frist Klage (wobei Einreichung der Klage mit Zustimmung „demnächst“ genügt (§ 167 ZPO analog)), kann sich der Schuldner direkt nach Ablauf der Frist wieder auf Verjährung berufen und damit die Leistung verweigern.¹⁷

Erst **seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts** vom 26. November 2001 ist ein **Verzicht** auf die Einrede der Verjährung grundsätzlich **auch vor Eintritt der Verjährung zulässig** (vgl. § 202 Abs. 1 BGB). **Nach** Eintritt der Verjährung **konnte und kann ein Verzicht dagegen sowohl nach altem als auch nach neuem Recht wirksam erklärt werden**. Er hat zur **Folge, dass der Gläubiger vor Ablauf der Verzichtsfrist Klage erheben muss, soll der Verzicht über das Fristende**

15 a.a.O., juris, Rn. 9

16 a.a.O., juris, Rn. 15.

17 a.a.O., juris, Rn. 15.

hinaus wirksam bleiben.¹⁸ Ein neues Anlaufen einer Verjährungsfrist ist mit einem Verzicht auf die Einrede der Verjährung nicht verbunden.

Nach alledem ließ sich die anfangs zitierte Erklärung, „sich **weiterhin** bis einschließlich 31.12.2007 nicht auf die Einrede der Verjährung zu berufen“ nicht dahin auslegen, dass die Verjährungsfrist im Ergebnis ab Beendigung des Schlichtungsverfahrens im November 2007 neu zu laufen beginnen sollte.

2.

Recht der privaten Krankenversicherung

Mit dem Recht der privaten Krankenversicherung befassen sich zwei am 16. Dezember 2020 zum selben Versicherungsnehmer ergangene Entscheidungen des IV. Zivilsenats. Daneben ist ein Revisionsurteil zur privaten Unfallversicherung erwähnenswert.

a)

Die **Begründung einer Prämienanpassung in der privaten Krankenkasse erfordert nach § 203 Abs. 5 VVG die Angabe der Rechnungsgrundlage** (Versicherungsleistungen oder Sterbewahrscheinlichkeit), **deren nicht nur vorübergehende Veränderung die Prämienanpassung nach § 203 Abs. 2 Satz 1 VVG veranlasst hat.**¹⁹ Der **Versicherer muss jedoch nicht mitteilen, in welcher Höhe sich diese Rechnungsgrundlage verändert hat**; er hat auch nicht die Veränderung weiterer Faktoren, welche die Prämienhöhe beeinflusst haben, wie z.B. des Rechnungszinses, anzugeben.²⁰

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁹ Urteile vom 16. Dezember 2020 – [IV ZR 294/19](#) – NJW 2021, 378 ff. = VersR 2021, 240 ff. sowie – [IV ZR 314/19](#) – RuS 2021, 95 ff.

²⁰ Urteil vom 16. Dezember 2020 – [IV ZR 294/19](#) – Leitsatz und juris, Rn. 26.

Der Gesetzeswortlaut sieht im Fall der Prämienanpassung die Angabe der „hierfür“ maßgeblichen Gründe vor und macht damit deutlich, dass sich diese auf die konkret in Rede stehende Prämienanpassung beziehen müssen; eine **allgemeine Mitteilung, die nur die gesetzlichen Voraussetzungen der Beitragserhöhung wiedergibt, genügt** danach **nicht**. Maßgeblich, d.h. entscheidend für die Prämienanpassung ist gemäß § 203 Abs. 1 Satz 1 und 3 VVG die als nicht nur vorübergehend anzusehende Veränderung der bzw. einer der dort genannten Rechnungsgrundlagen. Dagegen ist die konkrete Höhe der Veränderung dieser Rechnungsgrundlagen ebenso wenig entscheidend wie die Frage, ob der überschrittene Schwellenwert im Gesetz oder davon abweichend in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt ist. Die Mitteilung der maßgeblichen Gründe **soll dem Versicherungsnehmer zeigen, was der Anlass für die konkrete Prämienanpassung war**. Sie erfüllt so den Zweck, dem Versicherungsnehmer zu verdeutlichen, dass weder sein individuelles Verhalten noch eine freie Entscheidung des Versicherers Grund für die Beitragserhöhung war, sondern dass eine bestimmte Veränderung der Umstände dies aufgrund gesetzlicher Regelungen veranlasst hat. Dagegen hat die Mitteilungspflicht nicht den Zweck, dem Versicherungsnehmer eine Plausibilitätskontrolle der Prämienanpassung zu ermöglichen.

Fehlende Angaben zu den Gründen der Prämienanpassung können vom Versicherer nachgeholt werden, setzen aber erst ab Zugang die Frist für das Wirksamwerden der Prämienanpassung in Lauf und führen nicht zu einer rückwirkenden Heilung der unzureichenden Begründung. Erfolgt eine weitere, dieses Mal insgesamt wirksame Prämienanpassung im betreffenden Tarif, hat der Versicherungsnehmer jedenfalls ab dem Wirksamwerden dieser Anpassung die Prämie in der damit festgesetzten neuen Gesamthöhe zu zahlen.

Nach diesem Maßstab war das Berufungsgericht im Verfahren – IV ZR 294/19 – rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die von der Beklagten mitgeteilten Gründe für die Prämienhöhungen die Voraussetzungen der

erforderlichen Mitteilung nicht erfüllen. Da aber durch eine spätere, ausreichend begründete Prämienanpassung in einem der betroffenen Tarife die Prämie ab diesem Zeitpunkt wirksam neu festgesetzt worden war, hat der BGH das Berufungsurteil teilweise abgeändert.

Im Verfahren – IV ZR 314/19 – hatte das Berufungsgericht dagegen die im Streit stehende Prämienanpassung zu Unrecht für nicht ausreichend begründet gehalten. Der BGH hat dieses Berufungsurteil teilweise aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit es die materielle Rechtmäßigkeit dieser Prämienanpassung prüfen kann.

b)

Die umstrittene **Frage, wann in der privaten Unfallversicherung die für den Anspruch auf Tagegeld maßgebliche ärztliche Behandlung endet**, hat der BGH durch ein Revisionsurteil vom 04. November 2020 geklärt.²¹

Nach Ansicht des Berufungsgerichts endet die zur Tagesgeldbezugsberechtigung führende Dauer der ärztlichen Behandlung der Unfallfolgen des Klägers am Tag seiner letzten persönlichen Vorstellung in der Praxis seines behandelnden Arztes; darauf, dass ihm bei diesem Termin ein Rezept über „10x Krankengymnastik“ ausgestellt worden sei, komme es nicht an, weil diese Behandlung weder durch einen Arzt vorgenommen noch von einem solchen habe überwacht werden sollen.²²

Dem hat sich der Versicherungssenat nicht angeschlossen. **Die nach Ziff. 2.5 AUB 2008 für den Anspruch auf Tagegeld maßgebliche Behandlung endet** bei Auslegung der Klausel aus der Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers **nicht stets mit der letzten Vorstellung beim Arzt, sondern umfasst vielmehr regelmäßig die Dauer der von dem Arzt angeordneten Behandlungsmaßnahmen** (z.B. Einnahme eines

²¹ Urteil vom 04. November 2020 – [IV ZR 19/19](#) – NJW-RR 2021, 32 ff. = RuS 2021, 40 ff. = VersR 2021, 21 ff. = ZfS 2021, 39 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²² a.a.O., juris, Rn. 6

verschriebenen Medikaments oder Durchführung einer verordneten Therapie).²³ Der durchschnittliche Versicherungsnehmer wird es als von Zufällen des Einzelfalls abhängig und deshalb unerheblich ansehen, ob nach der Einnahme des verschriebenen Medikaments oder nach Durchführung der verordneten Therapie ein weiterer Arztbesuch zur Erfolgskontrolle stattfindet, bei dem der Arzt den Versicherten ausdrücklich aus seiner Fürsorge entlässt, oder ob die verordnete Behandlung ohne einen solchen Kontrollbesuch endet.²⁴ Sind nach dem ärztlichen Behandlungsplan Medikamente einzunehmen oder Therapien durchzuführen, wird der Versicherungsnehmer diese Maßnahmen regelmäßig als der Wiederherstellung oder Besserung der Arbeitsfähigkeit dienlich und daher auch von dem für ihn erkennbaren Zweck des Tagesgelds umfasst ansehen.²⁵ Dafür spricht auch der Sinnzusammenhang der Klausel; denn nach Ziff. 7.1 AUB 2008 hat der Versicherungsnehmer Anordnungen des behandelnden Arztes zu befolgen, wenn er nicht den Verlust oder die Kürzung der Versicherungsleistung nach Ziff. 8 AUB 2008 riskieren will.²⁶ Zu solchen Anordnungen wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer auch solche Verordnungen des behandelnden Arztes zählen, die er nach dem letzten Arztbesuch befolgen soll.

3., 4. und 5.

Berufsrecht der Heilberufe; Vertragsrecht und Gesellschaftsrecht der Heilberufe; Vergütungsrecht der Heilberufe

Zu den vorbenannten Themenkreisen hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – in der Berichtsperiode keine detailliert begründete Entscheidung abgesetzt.

²³ a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 9.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

6. Krankenhausrecht

Zum Krankenhausrecht ist über zwei Revisionsurteile zu berichten. Zum einen hatte der III. Zivilsenat über Schadensersatzansprüche wegen vorzeitigen Abbruchs einer stationären medizinischen Versorgungsmaßnahme zu befinden, während der XIII. Zivilsenat sich mit einer von einem Kreisklinikum ausgeschriebenen öffentlichen Vergabe zu befassen hatte.

a)

In der vom III. Zivilsenat entschiedenen Sache ging es um **Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Rehaklinik**.²⁷ Die Beklagte hatte bei der Klägerin eine dreiwöchige Mutter-Kind-Kur angetreten die sie jedoch bereits zehn Tage vor dem regulären Ende aus Gründen, die zwischen den Parteien streitig sind, vorzeitig abbrach. Die Klägerin nahm die Beklagte daraufhin auf Schadensersatz in Anspruch und berief sich auf Nr. 5.4 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen es hieß:

„Vorzeitige Abreise (Kündigung), Schadensersatz

5.4.1 Tritt die Patientin, ohne medizinisch nachgewiesene Notwendigkeit, die **Abreise vor Beendigung der Maßnahme** an, so kann der **Einrichtungsträger Ersatz für den erlittenen Schaden verlangen**. Der Ersatzanspruch ist unter Berücksichtigung der gewöhnlich ersparten Aufwendungen und möglichen anderweitigen Verwendungen pauschaliert und beträgt **80% des Tagessatzes für jeden vorzeitig abgereisten Tag**. Es bleibt der Patientin unbenommen, den Nachweis zu führen, dass kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist.

5.4.2. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB bleibt hiervon unberührt.“

Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

²⁷ Urteil vom 08. Oktober 2020 – [III ZR 80/20](#) – MDR 2021, 284 ff.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind bekanntlich **nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn** einheitlich **so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden**.²⁸ Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest **zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar** sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende **Unklarheitenregel** des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung.²⁹

Die Anwendung der vorstehenden Maßstäbe führte im vorliegenden Fall zu der **Auslegung**, dass aus der maßgeblichen Sicht eines Durchschnittspatienten nach dem Wortlaut der Klauseln Nr. 5.4.1 und 5.4.2 die **jederzeitige (sanktionslose) Kündigungsmöglichkeit gemäß § 627 Abs. 1 BGB ausgeschlossen** war.³⁰

Das außerordentliche Kündigungsrecht des § 627 Abs. 1 BGB kann nun aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Die in der Abbedingung des § 627 Abs. 1 BGB liegende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders wird nicht dadurch aufgewogen, dass das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB unberührt bleibt.³¹

Eine **Klausel** in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Rehaklinik (hier: Mutter-Kind-Kur), wonach der Einrichtungsträger bei vorzeitiger Abreise (Kündigung) des Patienten Schadensersatz in Höhe von 80% des Tagessatzes für jeden vorzeitig abgereisten Tag verlangen kann, wenn die vorzeitige Vertragsbeendigung weder auf medizinisch nachgewiesener

28 a.a.O., juris, Rn. 32.

29 a.a.O., juris, Rn. 33.

30 a.a.O., juris, Rn. 34.

31 a.a.O., juris, Rn. 34 und 35.

Notwendigkeit noch auf einem sonstigen wichtigen Grund nach § 626 BGB beruht, ist **gemäß § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam**, weil sie bei objektiver Auslegung das jederzeitige Kündigungsrecht des Patienten nach § 627 Abs. 1 BGB ausschließt und einen pflichtverletzungs- und verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch begründet.³²

b)

In dem vom XIII. Zivilsenat entschiedenen **Vergabeverfahren** waren **öffentlich ausgeschriebene heizungstechnische Sanierungsarbeiten in einem Kreisklinikum** streitgegenständlich.³³ Konkret machte ein Bieter Schadensersatzansprüche gegen das Ortenau-Klinikum geltend, wobei das Revisionsverfahren zur Aufhebung der die Klageabweisung bestätigenden Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führte. Die Entscheidung betrifft **vergaberechtliche Besonderheiten**, auf die hier nicht gesondert eingegangen werden soll. Im Einzelnen ging es um die Beurteilung der erforderlichen Leistungsfähigkeit des Bieters und einen Ausschluss des Bieters wegen Nichterfüllung von in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich verlangten Anforderungen an die Personalausstattung.

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Fragen des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts waren in der Berichtsperiode vom I. Zivilsenat und vom X. Zivilsenat zu entscheiden.

a)

Der **I. Zivilsenat hatte zum Arzneimittel Sinupret zu entscheiden, ob die Behauptung, das Arzneimittel wirke entzündungshemmend und**

³² a.a.O., juris, Rn. 38.

³³ Urteil vom 06. Oktober 2020 – [XIII ZR 21/19](#) – NZBau 2021, 57 ff.

antiviral, irreführend und damit wettbewerbswidrig war.³⁴ Das Berufungsgericht hatte gemeint, die streitgegenständlichen Werbeaussagen seien durch die Fachinformation für das Arzneimittel und die dort zitierten Studien nicht gedeckt. Es hatte deshalb dem gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugten Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung aus § 8 Abs. 1; § 3 Abs. 1; § 3a UWG; § 3 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 HWG gewährt, weil die damit getroffenen Aussagen irreführend seien. Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung bestätigt.

Eine **Werbung**, die einem Arzneimittel aus Sicht eines durchschnittlichen informierten, aufmerksamen und verständigen Werbeadressaten eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen bei einer Anwendung am Menschen beilegt (hier eine entzündungshemmende und antivirale Wirkung bei der Behandlung von Patienten mit akuten, unkomplizierten Entzündungen der Nasennebenhöhlen), ist nach § 3 Satz 1 und 2 Nr. 1 HWG **irreführend und unzulässig, wenn sie nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht**, weil sie allein auf Angaben in der Fachinformation gestützt wird, wonach sich diese Wirkungen zwar bei Tests an tierischen Organismen (hier einer Rattenpfote) und außerhalb lebender Organismen (in vitro) gezeigt haben, aber bisher keine human-pharmakologischen Untersuchungen zur klinischen Relevanz dieser Ergebnisse vorliegen.³⁵

b)

In unserem Newsletter zur medizinrechtlichen Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2018 hatten wir von einer Vorlage an den EuGH berichtet, in der es zur **Zulässigkeit der Abgabe kostenloser Fertigarzneimittel an Apotheker zu Demonstrationszwecken** um die Frage ging, ob Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dahin auszulegen ist, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel auch an Apotheker abgeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift „zu

³⁴ Urteil vom 05. November 2020 – [I ZR 204/19](#) – GRUR 2021, 513 f. = MDR 2021, 311 f. = WRP 2021, 327 ff.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 29.

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 geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen.³⁶ Nachdem der EuGH auf das Vorabentscheidungsersuchen erkannt hat, dass die einschlägigen Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass es pharmazeutischen Unternehmen nicht erlaubt ist, Gratismuster verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker abzugeben,³⁷ hat der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden, dass Gratismuster von Arzneimitteln, die der **ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegen** nur an zur Verschreibung dieser Arzneimittel berechnigte Personen abgegeben werden dürfen.³⁸ Dies hat zur Folge, dass eine **Abgabe an Apotheker nicht zulässig** ist. Dagegen steht Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen.³⁹ Allerdings kann die **Abgabe eines Gratismusters eines nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittels** an einen Apotheker, wie sie im Streitfall in Rede steht, als ein Vorteil im Sinne von Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG angesehen werden,⁴⁰ wobei die im Streitfall vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht ausreichen, um die Voraussetzungen einer **unzulässigen Wertreklame gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG** zu bejahen.⁴¹ Um hierzu die notwendigen Feststellungen zu treffen ist die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen worden.⁴²

c)

Der X. Zivilsenat hatte in einem Berufungsverfahren den **Schutzumfang eines einen Stent betreffenden Streitpatents** zu bestimmen.⁴³ Bei einem

³⁶ EuGH – Vorlage vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 235/16](#) – GRUR 2019, 97 ff. = PharmR 2019, 16 ff.

³⁷ Urteil vom 11. Juni 2020 – [C-786/18](#) – GesR 2020, 740 ff. = GRUR 2020, 764 ff. = NJW 2020, 764 ff. = PharmR 2020, 474 ff. = WRP 2020, 1004 ff.

³⁸ Urteil vom 17. Dezember 2020 – [I ZR 235/16](#) – juris, Rn. 18.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 29

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 28 ff.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 39.

⁴³ Urteil vom 17. Dezember 2020 – [X ZR 168/18](#) – veröffentlicht nur bei juris.

Stent handelt es sich um ein Implantat, das in ein Blutgefäß oder in ein anderes Hohlorgan des Körpers eingebracht und dort aufgeweitet (expandiert) wird, um das Hohlorgan dauerhaft offen zu halten.⁴⁴ **In der Sache ging es um die Auslegung und den Umfang der in einem Beschränkungsverfahren** beim Deutschen Patent- und Markenamt erfolgten Kumulierung des Patents, die von den Klägerinnen mit der Begründung angegriffen worden war, in der beschränkten Fassung gehe der Gegenstand des Streitpatents über den Inhalt der Ursprungsanmeldung hinaus. Ohne dass an dieser Stelle auf Details eingegangen werden soll, hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Schutzbereich des Streitpatentes nicht erweitert worden war.⁴⁵

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Anknüpfend an eine Vielzahl von bereits vorliegenden Entscheidungen hatte der VIII. Zivilsenats erneut über eine Fallkonstellation zu entscheiden, welche die **Rückerstattung von Umsatzsteuern für in der hauseigenen Apotheke** eines Krankenhauses **hergestellte** individuelle **Zytostatika** (Krebsmedikamente zur Anwendung in der Chemotherapie) betraf.⁴⁶

In der Sache ging es – ein weiteres Mal – um die Folgen eines Urteils des Bundesfinanzhofs, der im Jahre 2014 entschieden hatte, dass im Rahmen einer ambulant in einem Krankenhaus durchgeführten Heilbehandlung erfolgte Verabreichungen von individuell hergestellten Zytostatika nicht der Umsatzsteuerpflicht unterfallen. Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass die getroffenen Vergütungsvereinbarungen im Hinblick auf die **später bekannt gewordene Umsatzsteuerfreiheit** der Herstellung und Veräußerung von Zytostatika eine planwidrige

44 a.a.O., juris, Rn. 9.

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

46 Urteil vom 16. Dezember 2020 – [VIII ZR 247/18](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Regelungslücke aufweisen könne, die möglicherweise im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.⁴⁷

Das **Berufungsgericht hatte den vorbeschriebenen Inhalt der – im Ansatzpunkt zu Recht in Betracht gezogenen – ergänzenden Vertragsauslegung nicht in der an sich gebotenen Weise erkannt**, weil es den ineinandergreifenden Mechanismus von Abführung der für die Herstellung und Verabreichung von Zytostatika (insgesamt) angefallenen Umsatzsteuer und Vorsteuern nicht im Blick hatte. Stattdessen hatte es **rechtsfehlerhaft angenommen, dass** nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs aus dem Jahre 2014 **nur die Eigenleistung der Beklagten und nicht der gesamte Vorgang der Verabreichung der Zytostatika umsatzsteuerfrei war**.⁴⁸ Im Ergebnis wirkte sich dies jedoch nicht aus.⁴⁹

9.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Mit Fragen des Verfahrens- bzw. Prozessrechts befassen sich die nachfolgenden Entscheidungen des VI. Zivilsenats.

a)

Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht kommen als **Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens** nach § 485 Abs. 2 BGB in Betracht.⁵⁰

Nach § 485 Abs. 2 ZPO kann eine Partei, solange ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen unter anderem dann beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat, dass der **Zustand einer Person** (Satz 1 Nr. 1) oder die **Ursache eines Personenschadens** (Satz 1 Nr. 2) festgestellt wird. Ein rechtliches

47 a.a.O., juris, Rn. 15.

48 a.a.O., juris, Rn. 40.

49 a.a.O., juris, Rn. 41 ff.

50 Beschluss vom 06. Juli 2020 – [VI ZB 27/19](#) – MDR 2020, 1122 = NJW-RR 2020, 1005 f. = VersR 2020, 1396 f. = ZMGR 2020, 349 f.

Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung zur Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann (Satz 2).⁵¹

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum war bislang **streitig, ob die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens in Arzthaftungssachen nur für Beweisfragen gilt, die sich auf die Feststellung von (groben) Behandlungsfehlern beziehen, oder ob auch für Beweisfragen in Bezug auf das Vorliegen von Aufklärungsmängeln ein vorgezogenes Beweisverfahren in Betracht kommt.** Der **VI. Zivilsenat hat nunmehr entschieden**, dass Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO **auch** Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der **ärztlichen Aufklärungspflicht** sein können.⁵² Fragen an den medizinischen Sachverständigen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht betreffen die Ursache eines Personenschadens und können daher der in § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO genannten Fallgruppe zugeordnet werden. Der medizinische Sachverständige kann zwar im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens in der Regel weder abschließend feststellen, ob ein Aufklärungsmangel vorliegt, noch, ob dieser für den geltend gemachten Personenschaden relevant geworden ist. Denn der Inhalt des für die Frage der Erfüllung der Aufklärungspflicht regelmäßig maßgeblichen Aufklärungsgesprächs (§ 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB) lässt sich – soweit streitig – im Wege des Sachverständigenbeweises nicht ermitteln. Dies ändert aber nichts daran, dass die Frage, welche Aufklärung es im konkreten Fall bedurfte, nicht ohne die Beurteilung eines medizinischen Sachverhalts durch einen Sachverständigen beantwortet werden kann.⁵³ Die Zulässigkeit von Fragen zum Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht im selbständigen Beweisverfahren kann auch nicht mit dem Argument verneint werden, es fehle am erforderlichen rechtlichen Interesse im Sinne des § 485 Abs. 2 ZPO, weil es sich dabei um eine bloße „Vorfrage“ für die Feststellung einer Haftung wegen Aufklärungsmängeln handele.⁵⁴

51 a.a.O., juris, Rn. 8.

52 a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

53 a.a.O., juris, Rn. 14.

54 a.a.O., juris, Rn. 15.

b)

Auch wenn es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts steht, ob und inwieweit eine im ersten Rechtszug durchgeführte Beweisaufnahme zu wiederholen ist, **kann von einer erneuten mündlichen Anhörung des Sachverständigen jedenfalls dann nicht abgesehen werden, wenn das Berufungsgericht dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will.**⁵⁵

Es bedarf insbesondere dann einer erneuten Anhörung des Sachverständigen durch das Berufungsgericht, wenn das Berufungsgericht ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus diesen ziehen will als der Erstrichter. **Insoweit kann nichts anderes gelten als bei der abweichenden Beurteilung von Zeugenaussagen erster Instanz.**⁵⁶

c)

In einem weiteren Judikat des VI. Zivilsenats in einer Arzthaftungssache werden die **Sorgfaltsanforderungen bei der Übermittlung eines fristwährenden Schriftsatzes per Telefax** konkretisiert.⁵⁷

Die Klägerin hatte den Beklagten auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung und unzureichender Aufklärung in Anspruch genommen. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 06. Februar 2019 zugestellte Urteil hatte die Klägerin fristgerecht Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung endete mit Ablauf des 06. Mai 2019.

Am **Abend des 06. Mai 2019** hatte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin **mehrere Versuche** unternommen, die **Berufungsbegründung per Telefax an das Oberlandesgericht zu übermitteln**. Ausweislich des Fax-

⁵⁵ Beschluss vom 14. Juli 2020 – [VI ZR 468/19](#) – MDR 2020, 1269 = NJW-RR 2020, 1259 f.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁵⁷ Beschluss vom 15. September 2020 – [VI ZB 60/19](#) – AnwBl 2020, 684 = MDR 2021, 190 f. = NJW-RR 2021, 54 ff.

Journals des Empfangsgeräts waren die **ersten neuneinhalb Seiten der zwölfseitigen Berufungsbegründung um 23.40 Uhr** von einem Faxgerät der Zweigstelle Darmstadt des Oberlandesgerichts empfangen worden. Eine **anwaltliche Unterschrift war auf diesen Seiten nicht enthalten**. Am 07. Mai 2019 **um 0.13 Uhr** – und damit **nach Fristablauf** – war die **vollständige Berufungsbegründung** per Telefax bei der Hauptstelle des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main **eingegangen**.

Das Berufungsgericht hatte der Klägerin die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung als unzulässig verworfen. Die dagegen geführte Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

Stellt sich heraus, dass eine **Telefaxverbindung aus vom Rechtsanwalt nicht zu vertretenden Gründen wegen einer technischen Störung nicht zustande kommt, muss der Versender alle noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Fristwahrung ergreifen**.⁵⁸ Gelingt es ihm trotz zahlreicher Anwählversuche nicht, einen fristwahrenden Schriftsatz per Telefax zu übermitteln, so hat er aus einer allgemein zugänglichen Quelle – wie etwa der Startseite des Internetauftritts des Berufungsgerichts – eine **weitere Telefaxnummer des Gerichts in Erfahrung zu bringen** und den Schriftsatz an dieses Empfangsgerät zu versenden.⁵⁹ Ein solches Vorgehen ist insbesondere dann geboten, wenn das Gericht aufgrund seiner Struktur – etwa aufgrund seiner Außensenate – über mehrere Faxanschlüsse verfügt.⁶⁰

58 a.a.O., juris, Rn. 10.

59 a.a.O., juris, Rn. 10.

60 a.a.O., juris, Rn. 10.

Diesen Sorgfaltsanforderungen war der Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht gerecht geworden.⁶¹

Karlsruhe, 31. März 2021



Dr. Mennemeyer
Rechtsanwalt
auch Fachanwalt für Medizinrecht

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 11 ff.