

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2008**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2008 bis Anfang Juli 2008 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung. Andere Senate des Bundesgerichtshofs sind mit dem Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe sowie dem Berufsrecht und dem Vergütungsrecht befasst. Daneben sind auch Konstellationen aus dem Krankenhausrecht und Sachverhalte aus dem Bereich des Arzneimittel- und Medizinproduktrechts sowie des Apothekenrechts entschieden worden. Im Rahmen der Geschäftsverteilung² des Bundesgerichtshofs sind den einzelnen Senaten die verschiedensten Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung an den in § 14 b FAO aufgeführten medizinrechtlichen Schwerpunkten orientiert, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

1.

Recht der Medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle³ sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht

² Der Geschäftsverteilungsplan 2008 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter <http://www.Bundesgerichtshof.de> abrufbar. Über die vorstehende Internetadresse können insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext abgerufen werden.

³ Der 5. Leipziger Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich mit einem Mordverfahren gegen eine Intensivkrankenschwester zu befassen, die wegen Mordes in fünf Fällen – vom Strafsenat bestätigt – zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden war (- 5 StR 525/07 -).

a)

Aus Anlass einer abgewiesenen Anhörungsrüge⁴ hat der Senat klargestellt, dass Leitlinien von ärztlichen Fachgremien oder Verbänden (im Gegensatz zu den Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen) nicht unbesehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden können. Derartige Leitlinien können insbesondere kein Sachverständigengutachten ersetzen. Die Feststellung des Standards obliegt der Würdigung des sachverständig beratenen Tatrichters, dessen Ergebnis revisionsrechtlich nur auf Rechts- und Verfahrensfehler überprüft werden kann, also insbesondere darauf, ob ein Verstoß gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze vorliegt, das Gericht den Begriff des medizinischen Standards verkannt oder den ihm unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt hat.

Im konkreten Fall ging es darum, ob Operationen der Schilddrüse unter Darstellung des Nervus recurrens tatsächlich zu weniger Verletzungen dieses Nervs führen als Operationen nach der herkömmlichen „chirurgischen Schule“. Das Berufungsgericht war dem Sachverständigen gefolgt, der die herkömmliche „chirurgische Schule“ zum Zeitpunkt der Operation der Klägerin letztlich nicht als standardwidrig bezeichnet hatte. Diese tatrichterliche Würdigung hat der VI. Zivilsenat hingenommen und die gegen den ablehnenden Zulassungsbeschluss erhobene Anhörungsrüge zurückgewiesen.

b)

Eine für die amtliche Sammlung vorgesehene Entscheidung⁵ befasst sich mit der Haftung eines Arztes bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und der Frage, ob **allein** die Verletzung der Aufklärungspflicht – ohne eingetretenen Gesundheitsschaden – zu einer Haftung des Arztes führt. Ein in der Schweiz ansässiger Arzt hatte dort einem deutschen Patienten Medikamente verschrieben und ihn dort angeblich fehlerhaft aufgeklärt. Das in der Schweiz eingenommene Medikament hatte am Wohnort des Patienten zu schweren Nebenwirkungen geführt.

Aufgrund des Auslandsbezugs stellte sich zunächst die Frage der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für Arzthaftungsklagen. Die internationale Zuständigkeit beurteilt sich insoweit nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zu-

⁴ Beschluss vom 28. März 2008 – VI ZR 57/07 – GesR 2008, 361 f.

⁵ Urteil vom 27. März 2008 – VI R 69/07 – NJW 2008, 2344 f.

ständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels- sachen (LugÜ), das sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als dem Wohnsitz- staat des Klägers als auch in der Schweiz als dem Wohnsitzstaat des Beklagten gilt. Nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ können Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet ei- nes Vertragsstaates haben, grundsätzlich nur vor den Gerichten dieses Staates ver- klagt werden. Hiervon sieht Art. 3 i.V.m. Art. 5 Nr. 3 LugÜ eine Ausnahme vor. Art. 5 Nr. 3 LugÜ bestimmt, dass eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden kann, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. In einem derartigen Fall kann das Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, angerufen werden. Der in der Schweiz an- sässige Beklagte konnte mithin in Deutschland verklagt werden.

In der Sache selbst berührt die Entscheidung den Bereich der Eingriffs-/Risiko- aufklärung und hält fest, dass es eine Haftung aus der bloßen Verletzung einer Auf- klärungspflicht nicht gibt. Ein Anspruch setzt vielmehr den Eintritt eines Gesundheits- schadens voraus, an dem es vorliegend fehlte. Die ärztliche Heilbehandlung, die – mangels ausreichender Aufklärung – ohne wirksame Einwirkung des Patienten er- folgt ist zwar rechtswidrig. Zu einer Haftung des Arztes führt eine solche rechtswidri- ge Behandlung allerdings nur dann, wenn sie einen Gesundheitsschaden des Patien- ten zur Folge hat.

c)

In einer weiteren Entscheidung⁶ ging es um die Folgen eines groben Behandlungs- fehlers. Der Kläger, damals Berufsfußballspieler, hatte wegen einer Erkrankung im linken Kniegelenk eine Mischung verschiedener Medikamente intraartikulär injiziert erhalten. Dabei war gegen grundlegende hygienische Selbstverständlichkeiten ver- stoßen worden. Trotz des groben Behandlungsfehlers hatte das Berufungsgericht eine Beweislastumkehr zum Kausalzusammenhang zwischen dem groben Behand- lungsfehler und den Beschwerden des Klägers verneint. Der VI. Zivilsenat hat das Berufungsurteil deshalb aufgehoben und seine ständige Rechtsprechung⁷ bestätigt

⁶ Urteil vom 08. Januar 2008 – VI ZR 118/06 – NJW 2008, 1304 f. = VersR 2008, 490 ff = GesR 2008, 208 f.

⁷ Vgl. etwa Urteil vom 27. April 2004 – VI ZR 34/03 – BGHZ 159, 48 ff. = NJW 2004, 2011 ff. = MedR 2004, 561 ff. und Urteil vom 16. November 2004 – VI ZR 328/03 – NJW 2005, 427 ff. = VersR 2005, 228 ff. = GesR 2005, 68 ff.

und ausgeführt, dass ein grober Behandlungsfehler regelmäßig zur Umkehr der Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Behandlungsfehler führt, wenn der Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen. Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden hingegen nicht. Eine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite ist nach einem groben Behandlungsfehler nur dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist, sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt, oder der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Handlungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beitragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann. Diese Grundsätze hatte das Berufungsgericht verkannt.

d)

Ein weiteres Urteil⁸ befasst sich mit den Anforderungen an den Nachweis für die Ursächlichkeit eines Sekundärschadens. Konkret ging es um einen Morbus Sudeck und die Frage, ob sich eine Kausalität zwischen der Fehlbehandlung und der Entstehung des Morbus Sudeck feststellen ließ.

Das Berufungsgericht hatte einen Behandlungsfehler des beklagten Arztes bei der Auswertung des Röntgenbildes bejaht, weil dieser eine tatsächlich vorliegende Fraktur verkannt und lediglich eine Prellung diagnostiziert hatte. Insoweit hatte das Berufungsgericht das ärztliche Fehlverhalten nicht als Befunderhebungsfehler, sondern als Diagnosefehler gewertet, wie er im Falle der Fehlinterpretation von erhobenen oder sonst vorliegenden Befunden gegeben ist. Im Unterschied dazu liegt ein Befunderhebungsfehler und damit ein Therapiefehler vor, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird⁹. Vorliegend war dem beklagten Arzt eine Fehlinterpretation des erhobenen Befundes unterlaufen, indem er die Fraktur des linken Zeigefingerendglieds auf dem von ihm angefertigten Röntgenbild nicht erkannt hatte.

⁸ Urteil vom 12. Februar 2008 – VI ZR 221/06 – NJW 2008, 1381 f. = VersR 2008, 644 ff. = GesR 2008, 250 ff.

⁹ Vgl. Urteile vom 08. Juli 2003 – VI ZR 304/02 – NJW 2003, 2827 f. = VersR 2003, 1296 f. = GesR 2003, 332 f.; vom 04. Oktober 1994 – VI ZR 205/93 – NJW 1995, 798 f. = VersR 1995, 46 f. = MedR 1995, 70 ff.; vom 23. März 1993 – VI ZR 26/92 – NJW 1993, 2375 ff. = VersR 1993, 836 ff. = MedR 1993, 430 ff.; sowie vom 10. November 1987 – VI ZR 39/87 – NJW 1988, 513 f. = VersR 1988, 293 f. = MedR 1988, 143 ff.

Das Berufungsgericht hatte die Ursächlichkeit der Fehlbehandlung durch den Beklagten für den Gesundheitsschaden des Klägers verneint. Der VI. Zivilsenat hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache in die Instanz zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hatte die Unterschiede zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität verkannt. Die haftungsbegründende Kausalität betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also den Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit. Insoweit gilt das strenge Beweismaß des § 286 ZPO, das einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit verlangt. Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und damit der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für alle weiteren (Folge-)Schäden einschließlich der Frage einer fehlerbedingten Verschlimmerung von Vorschäden richtet sich hingegen nach § 287 ZPO; hier kann zur Überzeugungsbildung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen¹⁰.

Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei die Fehlbehandlung des Klägers und damit die haftungsbegründende Kausalität festgestellt. Primärschaden des Klägers im Sinne der durch haftungsbegründende Kausalität hervorgerufenen Körperverletzung war die durch die unsachgemäße Behandlung der Fraktur und die unterbliebene Ruhigstellung des Fingergliedes eingetretene gesundheitliche Befindlichkeit. Da der Morbus Sudeck nicht durch den Unfall, sondern durch die ärztliche Fehlbehandlung und die damit hervorgerufene Gesundheitsbeeinträchtigung eingetreten war, ging es um einen Sekundär-Folgeschaden für dessen Kausalität das geringere Beweismaß des § 287 ZPO galt¹¹.

e)

Durch eine Tenorentscheidung¹² hat der VI. Zivilsenat eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen und in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung zu den Anforderungen an die ärztliche Aufklärung bei Behandlungsalternativen verwiesen¹³. In Bestätigung des angegriffenen Berufungsurteils führt der Be-

¹⁰ Urteil vom 12. Februar 2008 – VI ZR 221/06 – aaO, unter II 2.

¹¹ In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Fall von dem dem Senatsurteil vom 04. November 2003 (VI ZR 28/03 – NJW 2004, 777 ff. = VersR 2004, 118 ff.) zugrunde liegenden Sachverhalt, in dem der nach dem Unfall aufgetretene Morbus Sudeck als Primärschaden geltend gemacht wurde, weil es an einer vorausgegangenen Körperverletzung fehlte.

¹² Beschluss vom 04. März 2008 – VI ZR 238/07 – veröffentlicht bei juris.

¹³ Urteil vom 15. März 2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718 ff. = VersR 2005, 836 ff. = MedR 2005, 599 ff.

schluss aus, dass die Ausführungen des Berufungsurteils zur Aufklärung über Behandlungsalternativen in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats dahin zu verstehen sind, dass sie eine Aufklärungspflicht bei mehreren „üblichen“ Behandlungsmethoden betreffen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte auf die Alternative einer „Schmalexzision“ verwiesen, konnte hiermit allerdings keinen Erfolg haben, da kein Vortrag dazu gehalten werden konnte, dass die „Schmalexzision“ im Zeitpunkt des Eingriffs bereits „üblich“ war.

f)

Eine weitere Entscheidung¹⁴ befasst sich mit den Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Tatrichters und die Verpflichtung, zur Aufklärung des medizinischen Sachverhalts in der Regel ein gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen. Die dortige Klägerin hatte im von ihr anhängig gemachten Arzthaftungsprozess unter Vorlage eines Privatgutachtens einen ärztlichen Behandlungsfehler behauptet und unter Sachverständigenbeweis gestellt. Landgericht und Berufungsgesicht hatten dem Klagebegehren nicht entsprochen und auf der Grundlage eines im Schlichtungsverfahren eingeholten und im Wege des Urkundsbeweises verwerteten Sachverständigengutachtens den Nachweis eines Behandlungsfehlers für nicht erbracht angesehen. Der VI. Zivilsenat hat dieses Vorgehen nicht akzeptiert und der Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin stattgegeben.

Im Arzthaftungsprozess hat das Gericht zur Aufklärung des medizinischen Sachverhalts in der Regel einen Sachverständigen einzuschalten. Dabei kann gemäß § 411 a ZPO eine schriftliche Begutachtung auch durch die Verwertung eines gerichtlich oder staatsanwaltschaftlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden. Auch andere außerhalb des Rechtsstreits, etwa in einem anderen Verfahren erstattete Gutachten können im Arzthaftungsprozess im Wege des Urkundsbeweises verwertet werden¹⁵. Nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats gilt dies im Grundsatz auch für medizinische Gutachten aus vorausgegangenen Verfahren ärztlicher Schlichtungsstellen¹⁶. Der Tatrichter muss allerdings

¹⁴ Beschluss vom 06. Mai 2008 – VI ZR 250/07 – GesR 2008, 418 f.

¹⁵ So etwa: Ärztliches Gutachten aus einem Armenrechtsverfahren, Urteil vom 05. Februar 1963 – VI ZR 42/62 – VersR 1963, 463 f.; Mehrere Gutachten aus einem Strafverfahren, Urteil vom 08. November 1994 – VI ZR 207/93 – NJW 1995, 1294 = VersR 1995, 481 f.; Gutachten aus einem sozialgerichtlichem Verfahren, Beschluss vom 22. April 1997 – VI ZR 198/96 – NJW 1997, 3381 ff. = VersR 1997, 1158 ff.; Unfallanalytisches Gutachten aus einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, Urteil vom 23. April 2002 – VI ZR 180/01 – NJW 2002, 2325 f. = VersR 2002, 911 f.

¹⁶ Beschluss vom 06. Mai 2008 – VI ZR 250/07 – aaO, Rn. 6.

ein gerichtliches Sachverständigengutachten dann einholen, wenn ein im Wege des Urkundsbeweises verwertetes Gutachten nicht alle Fragen beantwortet. Ein solcher Fall war nach dem zu beurteilenden Sachverhalt gegeben, mit der Folge, dass die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin Erfolg hatte.

g)

Um die Haftung eines Gynäkologen für den nach einer erfolglosen Tubensterilisation mittels Tubenligatur und streitiger Elektroagulation entstandenen Schaden geht es in einer weiteren Entscheidung des VI. Zivilsenats¹⁷.

Nach ständiger Rechtsprechung des VI. Zivilsenats sind die mit der Geburt eines nicht gewollten Kindes für die Eltern verbundenen wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere die Aufwendungen für dessen Unterhalt, als ersatzpflichtiger Schaden auszugleichen, wenn der Schutz vor solchen Belastungen Gegenstand des Behandlungs- oder Beratungsvertrages war. Die Herbeiführung einer ungewollten Schwangerschaft kann darüber hinaus, selbst wenn sie ohne pathologische Begleiterscheinungen verläuft, einen Schmerzensgeldanspruch der Frau auslösen¹⁸. Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht den Klageanspruch abgewiesen, da es sich nach dem Gutachten der Sachverständigen nicht davon überzeugen konnte, dass die Erfolglosigkeit des Sterilisationseingriffs auf einem Fehler bei dessen Durchführung beruhte. Der VI. Zivilsenat setzt sich kritisch mit der Würdigung der Gutachten durch das Berufungsgericht auseinander und betont, dass es bei dem Nachweis einer nicht ordnungsgemäßen Koagulation nicht um einen medizinisch-naturwissenschaftlichen Nachweis im Sinne einer mathematischen, jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ausschließende, von niemandem anzweifelbare Gewissheit geht. Ausreichend sei vielmehr ein Grad von Gewissheit, der Zweifeln eines besonnenen, gewissenhaften und lebenserfahrenen Beurteilers Schweigen gebiete; Zweifel die sich auf lediglich theoretische Möglichkeiten gründeten, für die tatsächliche Anhaltspunkte nicht bestehen, müssten unberücksichtigt bleiben¹⁹. In Anwendung dieser Grundsätze hätte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs für das Berufungsgericht der Schluss nahe gelegen, dass eine Elektrokoagulation unterblieben und der Eingriff infolge dessen vorwerfbar unvollständig ausgeführt war.

¹⁷ Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – veröffentlicht bei juris.

¹⁸ Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – juris, Rn. 12 und 13.

¹⁹ Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – juris, Rn. 22.

Die Aufhebung des Berufungsurteils wird weiter damit begründet, dass das Berufungsgericht gegen seine Pflicht verstoßen habe, das von den Klägern vorgelegte Privatgutachten zu berücksichtigen. Der Verpflichtung, sich mit dem von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, soweit sich ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergibt, wird der Tatrichter nicht dadurch entoben, dass der Privatsachverständige in der mündlichen Verhandlung anwesend ist²⁰.

Neben den Anforderungen an die dem Tatrichter obliegende Beweiswürdigung befasst sich das Urteil weiter mit den Anforderungen an die vorzunehmende Sicherungsaufklärung und weist darauf hin, dass wegen der auch nach fehlerfreier Ausführung bei jeder der möglichen Sterilisationsmethoden gegebenen – unterschiedlich großen und je nach dem Zeitpunkt der Sterilisation (postpartal oder im Intervall) unterschiedlichen – Versagerquoten ein deutlicher Hinweis auf diese Versagermöglichkeiten geboten ist (sog. therapeutische Aufklärung oder Sicherungsaufklärung)²¹.

h)

Die Darlegungslast eines Patienten, der einen pharmazeutischen Unternehmer gemäß § 84 AMG unter dem Gesichtspunkt der Arzneimittelhaftung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen wollte, ist Gegenstand eines Annahmebeschlusses²² des VI. Zivilsenats. Nach § 84 Abs. 1 Satz 1 AMG besteht die Vermutung, dass der Schaden durch das Arzneimittel verursacht worden ist, wenn das angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich gemäß § 84 Abs. 2 Satz 2 AMG nach der Zusammensetzung und der Dosierung des angewendeten Arzneimittels, nach der Art und Dauer seiner bestimmungsgemäßen Anwendung, nach dem zeitlichen Schadensbild und dem gesundheitlichen Zustand des Geschädigten im Zeitpunkt der Anwendung sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. Die Klägerin hatte arzneimittelbedingte akute Anzeichen einer Tachyarrhythmia absoluta mit den Zeichen einer kardialen Dekompensation behauptet und dieses Vorbringen durch die beantragte Beziehung der Behandlungsunterlagen der behandelnden Ärztin unter Beweis gestellt. Landgericht und Oberlandesgericht waren diesem Beweisanerbieten nicht nachge-

²⁰ Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – juris, Rn. 26.

²¹ Urteil vom 08. Juli 2008 – VI ZR 259/06 – juris, Rn. 29.

²² Beschluss vom 01. Juli 2008 – VI ZR 287/07 – veröffentlicht bei juris.

gangen. Der VI. Zivilsenat hat einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG angenommen und den Vortrag als ausreichend bewertet, da an die Darlegungslast eines Patienten keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen, um ein weitgehendes Leerlaufen der Vorschriften über die Haftung für Arzneimittelschäden zu vermeiden.²³

Ergänzend hatte die Nichtzulassungsbeschwerde auch insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht gemeint hatte, ein Schmerzensgeldanspruch scheitere an den unzureichenden Darlegungen der Klägerin zur Frage der Vertretbarkeit (§ 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AMG) der durch die Einnahme des Medikaments ausgelösten schädlichen (Neben-)Wirkungen. Der VI. Zivilsenat hat die Entscheidung des Berufungsgerichts auch deshalb aufgehoben und den Rechtsstreit in die Instanz zurückverwiesen, weil die Klägerin unter Hinweis auf eine Veröffentlichung im Deutschen Ärzteblatt unter Sachverständigenbeweis gestellt hatte, dass nach einer weiteren Meta-Analyse das Risiko, einen Herzanfall oder Schlaganfall zu erleiden bereits im ersten Monat der Einnahme des Medikaments gesteigert worden sei.

2.

Recht der privaten Krankenversicherung

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

a)

Durch Revisionsurteil vom 23. Januar 2008²⁴ hat der BGH die mit den Musterbedingungen MB/KK 94 übereinstimmenden Klauseln eines Krankenversicherungsvertrages teilweise für unwirksam erklärt. Nach den streitgegenständlichen Klauseln (§ 18 Abs. 1 d und Abs. 4 MB/KK 94) war dem Versicherer erlaubt, mit Zustimmung eines Treuhänders „unter hinreichender Wahrung der Interessen des Versicherten“ die Bedingungen zu ändern, wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung ändert oder Auslegungszweifel beseitigt werden sollen. Der BGH hat sich der Ansicht des Berufungsgerichts angeschlossen, dass die in den AVB vorgesehene Möglichkeit zur Anpassung der Bedingungen an die höchstrichterliche Rechtsprechung von § 178g

²³ Urteil vom 01. Juli 2008 – VI ZR 287/07 – juris, Rn. 3 m.w.N.

²⁴ IV ZR 169/06 – VersR 2008, 482 = r+s 2008, 157.

Abs. 3 VVG a.F.²⁵ nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn nach abweichend und daher mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Bedeutung der streitigen Klausel erschöpft sich aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers nicht darin, die unter lit. a der Regelung als Grund für eine Veränderung der Versicherungsbedingungen genannte Veränderung der Verhältnisse im Gesundheitswesen zu konkretisieren. Sie räumt dem Versicherer vielmehr eine von den in § 178g Abs. 3 VVG a.F. umschriebenen Voraussetzungen unabhängige Änderungsbefugnis ein, was gegen § 178g VVG a.F.²⁶ verstößt.

Darüber hinaus benachteiligt die Regelung den Versicherungsnehmer aber auch ihrem Inhalt nach unangemessen, da es abweichend von § 178g Abs. 3 Satz 1 VVG a.F. nicht darauf ankommt, ob eine Änderung *zur* hinreichenden Wahrung der Belange der Versicherten erforderlich erscheint; vielmehr sollte ausreichen *dass* deren Belange hinreichend gewahrt sind, was eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle gegenüber der gesetzlichen Regelung zur Folge hat. § 18 Abs. 2 MB/KK 94 erlaubt zudem die Ersetzung unwirksamer Bedingungen durch neue Bedingungen bis zur Grenze einer unzumutbaren Benachteiligung des Versicherungsnehmers, mutet diesem also „einfache“ Benachteiligungen gegenüber dem bisher Vereinbarten zu. Unwirksam ist schließlich auch die Bestimmung des § 18 Abs. 4 MB/KK 94 (Änderung zur Beseitigung von Auslegungszweifeln), da sie nicht dem Leitbild entspricht, welches der Gesetzgeber in § 305c Abs. 2 BGB für Zweifelsfragen bei der Auslegung von AGB aufstellt, so dass die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen.

b)

Die mit den Musterbedingungen MB/KT 94 übereinstimmenden Bedingungen einer Krankentagegeldversicherung hat der BGH in einem umfangreichen Urteil vom 27. Februar 2008²⁷ wegen einer Gefährdung des Vertragszwecks für teilweise unwirksam erklärt (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und die entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen. Der Kläger war aufgrund einer Kündigung seines Arbeitgebers arbeitslos und während der Zeit der Arbeitslosigkeit infolge eines Skiunfalls arbeitsunfähig geworden. Er machte gegen die Beklagte Ansprüche

²⁵ Das Treuhänderverfahren in der Krankenversicherung ist jetzt in § 203 VVG geregelt.

²⁶ Jetzt § 208 VVG.

²⁷ IV ZR 219/06 – NJW 2008, 1820 = VersR 2008, 628 = r+s 2008, 201.

aus seiner Krankentagegeldversicherung geltend. In beiden Vorinstanzen blieb die Klage ohne Erfolg. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

3.

Berufsrecht der Heilberufe

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

Er hat entschieden²⁸, dass ein Arzt, der in den Räumen seiner Praxis eine gewerbliche Ernährungsberatung durchführt, weder berufsrechtswidrig noch wettbewerbswidrig handelt, wenn er diese Tätigkeit im Übrigen von seiner freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in zeitlicher, organisatorischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht trennt hält.

Nach § 3 Abs. 2 BOÄ ist es dem Arzt unter anderem untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit diese nicht wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind. Bei der Auslegung des für den Anwendungsbereich dieser Norm maßgeblichen Begriffs des Zusammenhangs ist neben der hinter der Regelung stehenden Gemeinwohlerwägung auch die Reichweite des Grundrechts der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG zu berücksichtigen. Eine hieran ausgerichtete Auslegung ergab im vorliegenden Fall, dass eine Berufsrechtswidrigkeit des Verhaltens der Ärzte nur dann zu bejahen gewesen wäre, wenn von der Abhaltung der Informationsveranstaltungen in den Praxisräumen eine nicht gänzlich unerhebliche Wirkung in Richtung auf eine gesundheitspolitisch unerwünschte Kommerzialisierung des Arztberufs ausgegangen wäre. Eine derartige Wirkung ließ sich jedoch im maßgeblichen Fall nicht feststellen.

²⁸ Urteil vom 29. Mai 2008 – I ZR 75/=5 – veröffentlicht bei juris

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Das Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe fällt in den Zuständigkeitsbereich des II. Zivilsenats. Im Berichtszeitraum sind keine Entscheidungen veröffentlicht worden.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

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

In einem zur Veröffentlichung in der öffentlichen Sammlung bestimmten Urteil²⁹ ging es um die Reichweite des Zielleistungsprinzips und die Annahme nicht abrechenbarer methodisch notwendiger Bestandteile der Zielleistung der Leistungsbeschreibung. Konkret stand die Vergütung eines auf der Grundlage einer Wahlleistungsvereinbarung durchgeführten operativen Eingriffs wegen eines Bronchial-Karzinoms im Streit, die vom Arzt mit 4.582,41 € abgerechnet und von dem Beklagten – in Abstimmung mit dem hinter ihm stehenden privaten Krankenversicherer – lediglich im Umfang von 2.623,94 € bezahlt worden war. Hintergrund der Kürzungen war die Auffassung des Krankenversicherers, bestimmte in Rechnung gestellte Gebührenpositionen seien nicht selbständig abrechenbar, weil es sich insoweit nur um methodisch notwendige operative Einzelschritte handele, die erforderlich gewesen seien, um die Zielleistungen nach den Nummern 2997 (Lobektomie und Lungensegmentresektionen) und 3013 (Intrathorakaler Eingriff am Lymphgefäßsystem) des Gebührenverzeichnisses der Gebührenordnung der Ärzte (GOÄ) vornehmen zu können. Das Berufungsgericht hatte eine gesonderte Abrechenbarkeit der in Rede stehenden, vom Kläger erbrachten Leistungen auf der Grundlage des § 4 Abs. 2 a GOÄ verneint.

²⁹ Urteil vom 05. Juni 2008 – III ZR 239/07 – veröffentlicht bei juris.

Der Senat bestätigt seine bisherige Rechtsprechung³⁰, dass für die Frage, welche von mehreren gleichzeitig oder im Zusammenhang erbrachten Leistungen selbständig berechnungsfähig sind, neben Berechnungsbestimmungen im Gebührenverzeichnis selbst vor allem § 4 Abs. 2 a GOÄ in den Blick zu nehmen ist. Nach dieser Bestimmung kann der Arzt für eine Leistung, die Bestandteil oder eine besondere Ausführung einer anderen Leistung nach dem Gebührenverzeichnis ist, eine Gebühr nicht berechnen, wenn er für die andere Leistung eine Gebühr berechnet. Dies gilt nach § 4 Abs. 2 a Satz 2 GOÄ auch für die zur Erbringung der im Gebührenverzeichnis aufgeführten operativen Leistungen methodisch notwendigen operativen Einzelschritte. Gemessen an diesen Grundsätzen befürwortet der III. Zivilsenat die besondere Berechnungsfähigkeit der Leistungen nach der Nr. 2975 des Gebührenverzeichnisses. Ein Ansatz der Nr. 3126 des Gebührenverzeichnisses wird ebenso wie die zweimalige Berechnung der Neurolyse des Nervus vagus und des Nervus recurrens nach Nr. 2583 verneint. Auch die Freilegung und/oder Unterbindung eines Blutgefäßes in der Brust- oder Bauchhöhle (Nr. 2802) ist nur als selbständige Leistung abrechenbar³¹.

Im Ergebnis konnte der Kläger von den noch streitigen Positionen mithin lediglich für seine Leistung nach der Nr. 2975 ein Honorar beanspruchen. Dieses Honorar hatte er – insoweit unbeanstandet – in Höhe des 3 ½ fachen Gebührensatzes unter Berücksichtigung des Abschlags von 25 % gemäß § 6a Abs. 1 GOÄ in Rechnung gestellt.

6.

Krankenhausrecht

a)

Um die Amtshaftung eines beklagten Landkreises im Zusammenhang mit der Verweigerung einer nicht übertragbaren Genehmigung zum Krankentransport nach dem Nordrhein-Westfälischen Rettungsgesetz (§§ 18 f., 22 NRW RettG) ging es in einer

³⁰ Urteil vom 16. März 2006 – III ZR 217/05 – VersR 2006, 933 f. = GesR 2006, 311 f. = MedR 2006, 655 ff. zur Abrechnung einer Hallux-Valgus-Operation; Urteil vom 13. Mai 2004 – III ZR 344/03 – BGHZ 159, 142 ff. = VersR 2004, 1135 ff. = MedR 2005, 228 ff. = GesR 2004, 341 ff. zur Anwendung des Zielleistungsprinzips bei Durchführung einer Operation nach der Nr. 2757 des Gebührenverzeichnisses.

³¹ Urteil vom 05. Juni 2008 – III ZR 239/07 – juris, Rn. 10 ff.

Entscheidung des III. Zivilsenats³². Der Kläger hatte seinen Schaden auf 2.209.037,00 € beziffert und geltend gemacht, die Bediensteten des Beklagten hätten die ihm gegenüber bestehenden Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzt, dass sie die Entscheidung über den Genehmigungsantrag unverhältnismäßig verzögert hätten, als auch dadurch, dass sie später zu einer fehlerhaften Ablehnungsentscheidung gelangt seien. Insoweit hatte das Verwaltungsgericht Köln festgestellt, dass die Ablehnung des Genehmigungsantrags rechtswidrig war. Da die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess an eine rechtskräftige Entscheidung von Verwaltungsgerichten im Rahmen ihrer Rechtskraftwirkung (§ 121 VwGO) gebunden sind, hat der Bundesgerichtshof die durch Grundurteil in den Instanzen festgestellte Schadensersatzpflicht des beklagten Kreises bestätigt und die Revision zurückgewiesen.

b)

In einem weiteren Beschluss³³ hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung bestätigt, nach der die Behandlung eines Patienten in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Landeskrankenhauses auch dann öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn sie im Einverständnis des Patienten und seines Betreuers und nicht etwa aufgrund einer hoheitlichen Unterbringung erfolgt. Grundlage für Schadensersatzansprüche aus Behandlungsfehlern ist daher die Amtshaftung und nicht etwa eine privatrechtliche Haftung. Die vom Senat abgewiesene Nichtzulassungsbeschwerde hatte darauf hingewiesen, dass diese Grundsätze durch ein Senatsurteil³⁴, in dem es um eine Haftung für die Verletzung der Beaufsichtigung von Patienten gegangen war, die sich freiwillig bzw. im Einverständnis ihrer gesetzlichen Vertreter in eine von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts getragenen **offenen** psychiatrischen Klinik befunden hatten, modifiziert worden seien. Der Senat ist dem entgegengetreten und hat hervorgehoben, dass es bei **geschlossenen** Anstalten in vollem Umfang bei den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung³⁵ bleibe.

c)

Um den Zusammenschluss von Krankenhäusern und die Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35 – 43 GWB ging es in einer Entscheidung des Kartellsenats³⁶. Kon-

³² Urteil vom 12. Juni 2008 – III ZR 38/07 – veröffentlicht bei juris.

³³ Beschluss vom 31. Januar 2008 – III ZR 186/06 – NJW 2008, 1444 f. = VersR 2008, 778 f. = GesR 2008, 254 f.

³⁴ Urteil vom 19. Januar 1984 – III ZR 172/82 – NJW 1985, 677 ff. = VersR 1984, 460 ff.

³⁵ Urteil vom 24. September 1962 – III ZR 201/81 – BGHZ 38, 49 ff. = NJW 1963, 40 ff. = VersR 1962, 1173 ff.

³⁶ Beschluss vom 16. Januar 2008 – KVR 26/07 – WRP 2008, 1242 ff.

kret stand der Erwerb des Kreiskrankenhauses Bad Neustadt an der Saale durch die Rhön-Klinikum AG im Streit. Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde der Zusammenschlussbeteiligten, mit der diese die Freigabe des Zusammenschlusses erreichen wollten, zurückgewiesen und zunächst klargestellt, dass weder die Regelungen des Sozialrechts über die gesetzliche Krankenversicherung noch die Bestimmungen zur Krankenhausfinanzierung die Fusionskontrolle ausschließen. Insbesondere § 69 SGB V unterstellt nach Auffassung des Kartellsenats nur die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern abschließend dem Sozialrecht, verdränge aber nicht die Fusionskontrolle beim Zusammenschluss von Krankenhäusern.

Der Kartellsenat hat die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Beschwerdegerichts zurückgewiesen und letztlich dessen Erwartung sowie die Erwartung des Bundeskartellamtes geteilt, dass der Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Rhön-Klinikum AG auf dem Markt für akut stationäre Krankenhausdienstleistungen im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen führen würde.

7.

Gründzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Mit Gründzügen des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts befassen sich Entscheidungen des I. und X. Zivilsenats.³⁷

a)

Der I. Zivilsenat hatte sich mit einer Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zwischen dem Arzneimittel (Widerspruchsmarke) „PANTO“ und der jüngeren Marke „Pantohexal“³⁸ zu befassen³⁹. Das Bundespatentgericht war von einer teilweisen Warenidentität ausgegangen und hatte angenommen, dass die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eingeschränkt sei; es hatte allerdings letzt-

³⁷ Mit den strafrechtlichen Folgen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln haben sich die Strafsenate wiederholt beschäftigt, vgl. nur BGH, Urteil vom 04. Juni 2008 – 2 StR 577/07 – zur Substitutionsverhandlung von Drogenabhängigen und einer darin liegenden unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1, var. 7 BTMG.

³⁸ Zur Verwechslungsgefahr zwischen der Widerspruchsmarke „PANTO“ und der jüngeren Marke „Pantogast“ vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2008 – I ZB 55/05 – veröffentlicht bei juris.

³⁹ Beschluss vom 29. Mai 2008 – I ZB 54/05 – veröffentlicht bei juris.

lich für eine Verwechslungsgefahr die Übereinstimmung der Widerspruchsmarke „PANTO“ mit den gleichlautenden ersten beiden Silben der jüngeren Marke „Pantohexal“ nicht genügen lassen. Dem ist der Bundesgerichtshof insoweit nicht gefolgt, als er eine Verwechslungsgefahr i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG unter dem Gesichtspunkt des gedanklichen Inverbindungbringens der kollidierenden Marken und damit eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne für möglich erachtet hat. Um den Grad der wahren Ähnlichkeit abschließend zu beurteilen, hat der Bundesgerichtshof die Sache an das Bundespatentgericht zurückverwiesen.

b)

Um den Schutz der Wortmarke „Melissengeist“ ging es in einem weiteren Rechtsbeschwerdeverfahren⁴⁰. Die Wortmarke „Melissengeist“ war für „Arzneimittel, nämlich Destillat aus Melisse und mindestens Angelikawurzel, Zimtrinde sowie Muskatnussamen und mit einem Äthanolgehalt von mindestens 65% (V/V)“ als durchgesetzte Marke eingetragen worden. Unter Hinweis darauf, dass die Angabe „Melissengeist“ eine Gattungsbezeichnung sei, ist die Löschung der Marke beantragt und mit Beschluss der Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes antragsgemäß angeordnet worden. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Markeninhaberin „Melissengeist“ ist im Ergebnis ohne Erfolg geblieben.

c)

Auf ein Vertriebsverbot eines Fertigdrinks war ein weiteres beim Bundesgerichtshof anhängiges Revisionsverfahren gerichtet. Konkret ging es um den Vertrieb eines Fertiggetränks, welches nach den Werbeaussagen die Energiefreisetzung im Fettstoffwechsel und die Ausdauer im Training fördern sollte. Der klagende Verband hielt das Produkt für ein Arzneimittel, welches mangels Zulassung weder beworben noch vertrieben werden dürfe. Die Beklagte vertrat demgegenüber die Ansicht, dass es sich bei den von ihr vertriebenen und beworbenen Produkten um Lebensmittel handle, für die keine Zulassung als Arzneimittel erforderlich sei. Der Bundesgerichtshof⁴¹ hat entschieden, dass ein Erzeugnis, welches einen Stoff enthält, der auch mit der normalen Nahrung aufgenommen wird, nicht als Arzneimittel anzusehen ist, wenn durch das Erzeugnis keine gegenüber den Wirkungen bei normaler Nahrungsaufnahme nennenswerte Einflussnahme auf den Stoffwechsel erzielt wird. Ergänzend wird der Begriff des Funktionsarzneimittels dahin definiert, dass dieser Begriff allein diejeni-

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2008 – I ZB 70/07 – MarkenR 2008, 176 ff.

⁴¹ Urteil vom 26. Juni 2008 – I ZR 61/05 – WRP 2008, 1213 ff.

gen Erzeugnisse erfasst, deren pharmakologische Eigenschaften wissenschaftlich festgestellt wurden und die tatsächlich dazu bestimmt sind, eine ärztliche Diagnose zu erstellen oder physiologische Funktionen wiederherzustellen, zu bessern oder zu beeinflussen⁴².

d)

In einem weiteren beim I. Zivilsenat anhängigen Wettbewerbsprozess hatte die Klägerin der dortigen Beklagten einen Verstoß gegen § 3 a HWG und hier konkret vorgeworfen, das Mittel der Beklagten (Amlodipin) sei entgegen der Aufschrift auf der Verpackung nicht für sämtliche Formen der Angina pectoris zugelassen. Von daher sei die Werbung der Beklagten auch irreführend im Sinne von § 3 HWG und verstoße zudem gegen § 10 Abs. 1 Satz 4 AMG sowie § 11 a AMG. Der Bundesgerichtshof hat die in den Tatsacheninstanzen erfolgte Verurteilung bestätigt⁴³. Der Entscheidung sind drei Leitsätze vorangestellt. Der erste Leitsatz befasst sich mit § 10 Abs. 1 Satz 4 AMG (2005) und hält fest, dass für die gesundheitliche Aufklärung im Sinne dieser Vorschrift Angaben nur dann wichtig sein können, wenn sie vollständig sind und die Anwendungsgebiete des Mittels daher auch so wiedergeben, wie sie im Zulassungsbescheid ausgewiesen sind. Zu § 3 a HWG wird ausgeführt, dass die Bestimmung auch schon vor der Anfügung von Satz 2 die Fälle erfasste, in denen sich die Werbung für ein zugelassenes Arzneimittel auf von der Zulassung nicht umfasste Anwendungsgebiete bezog. Der dritte Leitsatz hält fest, dass aus dem Umstand, dass das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte die dem Zulassungsantrag gemäß § 22 Abs. 7 Satz 1 AMG (2005) beigefügten Unterlagen weder beanstandet noch zum Anlass für eine Auflage i.S. von § 28 AMG genommen hatte, der pharmazeutische Unternehmer grundsätzlich nicht schließen kann, dass die Behörde diese Unterlagen für in heilmittelwerblicher Hinsicht unbedenklich erachtet hat.

e)

Der mit Patentsachen befasst X. Zivilsenat hatte im Zusammenhang mit einem Anti-Helicobacter-Präparat über die Erteilung eines Schutzzertifikats zu urteilen, welches von der Patentabteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes zurückgewiesen worden war. Die gegen diese Entscheidung zugelassene Rechtsbeschwerde ist vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen worden⁴⁴. Zur Begründung wird darauf hingewie-

⁴² Vgl. hierzu auch EuGH, Urteil vom 15. November 2007 – C-319/05 – GRUR 2008, 271.

⁴³ Urteil vom 13. März 2008 – I ZR 95/05 – veröffentlicht bei juris.

⁴⁴ Beschluss vom 08. Juli 2008 – IX ZB 1/08 – veröffentlicht bei juris.

sen, dass in Fällen, in denen die Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels nur einen Einzelwirkstoff betrifft und sei es auch zur Anwendung in Kombination mit den übrigen Wirkstoffen einer Wirkstoffkombination, ein ergänzendes Schutzzertifikat für die Wirkstoffkombination auch dann nicht erteilt werden kann, wenn das Grundpatent die Wirkstoffkombination schützt.

f)

Vergaberechtliche Auswirkungen von Arzneimittel-Rabattverträgen (§ 130a Abs. 8 SGB V) und grundsätzliche Meinungsstreitigkeiten über die Kompetenzen der Sozialgerichtsbarkeit und der Zivilgerichtsbarkeit sind Gegenstand einer Entscheidung des Kartellsenats⁴⁵. Ob und in welchem Umfang die Träger der Sozialversicherung Verträge mit Leistungserbringern unter den formellen Voraussetzungen der §§ 97 ff. GWB ausschreiben müssen und sie nur unter den Bedingungen des dort geregelten Vergaberechts abschließen dürfen, ist höchst streitig und derzeit Gegenstand eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof⁴⁶. Das Bundessozialgericht⁴⁷ hat für Arzneimittel-Rabattverträge den Rechtsweg zu den Sozialgerichten bejaht. Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber die ausschließliche Zuständigkeit der Zivilgerichte bejaht und dies – wohl zutreffend – mit dem vom Gesetzgeber betonten „Interesse der Öffentlichkeit an einem raschen Abschluss der Vergabeverfahren“ begründet⁴⁸.

Mit den kontroversen Entscheidungen von Bundessozialgericht und Bundesgerichtshof hat der Zuständigkeitsstreit seinen Höhepunkt erreicht. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber im Verlauf des augenblicklichen Gesetzgebungsvorhabens zur Modernisierung des Vergaberechts⁴⁹ die notwendigen Klarstellungen vornimmt.

⁴⁵ Beschluss vom 15. Juli 2008 – X ZB 17/08 – veröffentlicht bei juris.

⁴⁶ Konkret geht es um die Frage, ob und inwieweit die §§ 69 SGB V und 51 SGB der Sozialgerichtsbarkeit eine ausschließliche Zuständigkeit auch dann zuordnen, wenn Krankenkassen Ausschreibungen vornehmen.

⁴⁷ Beschluss vom 22. April 2008 – B 1 SF 1/08 R – SGB 2008, 251 ff. (Kurzwidergabe), vollständig veröffentlicht bei juris.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 15. Juli 2008 – X ZB 17/08 – juris, Rn. 13.

⁴⁹ BT-Drs.16/10117 zur Rechtswegzuständigkeit und zur Anwendung des Vergaberechts gemäß §§ 97 ff. GWB.

8.

Grundzüge des Apothekenrechts

Um die Abgrenzung zwischen Sozial- und Zivilrechtsweg ging es ebenfalls bei einem Streit über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Sonderzahlungen eines Apothekers an privat- und gesetzlich Krankenversicherte anlässlich der Einlösung von Rezepten (Bonus in Höhe der Hälfte der gesetzlichen Zuzahlung bei gesetzlich Krankenversicherten bzw. 3,00 € bei privat Krankenversicherten)⁵⁰. Das Beschwerdegericht hatte nach § 13 GVG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für eröffnet angesehen und ausgeführt, dass eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung im Sinne des § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG nur dann vorliege, wenn der Rechtsstreit einen Leistungsträger oder Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenversicherung unmittelbar in dieser Funktion betreffe. Dies müsse im konkreten Fall verneint werden.

Der Bundesgerichtshof ist dem beigetreten. Von einer Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung ist nur dann auszugehen, wenn durch den Gegenstand des Streits Maßnahmen betroffen sind, die unmittelbar der Erfüllung des den Krankenkassen nach dem fünften Buch des Sozialgesetzbuchs obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben dienen⁵¹. Werden wettbewerbsrechtliche Ansprüche indes nicht auf einen Verstoß gegen Vorschriften des SGB V gestützt, sondern ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Normen, deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegen, handelt es sich nicht um eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung i.S. von § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGG⁵².

⁵⁰ BGH, Beschluss vom 30. Januar 2008 – I ZB 8/07 – NJW 2008, 1389 ff = GRUR 2008, 477 f = ABR 2008, 78 f.

⁵¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2002 – I ZB 24/02 – NJW 2003, 1194: Arzneimittelversandhandel; Rechtsweg zu den Sozialgerichten bejaht.

⁵² Ebenso BGH, Beschluss vom 09. November 2006 – I ZB 28/06 – NJW 2007, 1819 f.= GRUR 2007, 535 f. = VersR 2007, 1246, zur Klage einer gesetzlichen Krankenkasse, die mit einem in einer Studie in der Kategorie "Gesamtzufriedenheit" erreichten 1. Platz geworben hatte sowie BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 – I ZR 164/03 – NJW-RR 2006, 1046 ff. = VersR 2006, 1279 ff. für die Werbung mit einem Gutschein für eine kostenlose Blutdruck- und Blutzuckermessung.

9.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Die Anzahl der Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof aufgrund zugelassener Revisionen ist auch im ersten Halbjahr 2008 weiter rückläufig. Das Aufkommen an Nichtzulassungs- bzw. Rechtsbeschwerden zieht etwas an. Insoweit spielen weiterhin vermehrt Beschwerden eine Rolle, die Verletzungen des Verfahrensgrundrechts der Beschwerdeführer aus Art. 103 Abs. 1 GG oder symptomatisch rechtsfehlerhafte Rechtsanwendungen des Berufungsgerichts rügen.

a)

Der III. Zivilsenat hat den Antrag eines Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgen auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Rechtsbeschwerde gegen einen nach § 522 Abs. 2 ZPO ergangenen Zurückweisungsbeschluss zurückgewiesen⁵³. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass gegen einen einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO kein Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof eröffnet ist, da derartige Beschlüsse nach § 522 Abs. 3 ZPO nicht anfechtbar sind⁵⁴.

Angreifbar sind allein Beschlüsse von Berufungsgerichten, mit denen eine Berufung nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen wird; gegen einen derartigen Beschluss findet nach §§ 522 Abs. 1 Satz 3; 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auch ohne Zulassung die Rechtsbeschwerde statt.

b)

In Arzthaftungsfällen geht es regelmäßig um den Umfang der maßgeblichen Beweislast und im Rahmen von Nichtzulassungsbeschwerden häufig um Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Eine erfolgversprechende Gehörsrüge setzt allerdings hinreichend konkreten instanzlichen Sachvortrag voraus. So hat der VI. Zivilsenat⁵⁵ einer auf eine Gehörsrüge gestützten Nichtzulassungsbeschwerde den Erfolg versagt, da im Berufungsverfahren nicht im Einzelnen dargelegt war, aus welchen Gründen das angefochtene erstinstanzliche Urteil aufzuheben sein sollte (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO). Der Senat hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin als Berufungsführerin gehalten war, die Beurteilung des Streitfalls durch den

⁵³ Beschluss vom 03. Juli 2008 – III ZA 8/08 – veröffentlicht bei juris.

⁵⁴ Dazu – mit Recht – kritisch, Krüger, NJW 2008, 945 ff.

⁵⁵ Beschluss vom 10. Juli 2008 – VI ZR 266/07 – veröffentlicht bei juris.

Erstrichter zu überprüfen und darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchen Gründen sie das angefochtene Urteil für unrichtig hielt. Mit den im entscheidenden Fall erfolgten pauschalen Bezugnahmen auf erstinstanzlichen Vortrag und „die dem zugrunde liegenden Gutachten der privaten Sachverständigen“ war es nicht getan. Diesem Vorbringen ließ sich nämlich nicht entnehmen, was der gerichtliche Sachverständige außer Acht gelassen hatte. Insbesondere war die vom Privatsachverständigen bemängelte fehlende Diagnostik auf bereits vor den Eingriffen durch die Beklagte angeblich vorliegenden Morton-Neurome mit keinem Wort erwähnt. Die Berufungsbegründung hatte auch nicht ansatzweise bemängelt, dass der gerichtliche Sachverständige ohne hinreichendes eigenes Fachwissen an die Problematik des Morton'schen Neuroms herangegangen sei, wie dies im ersten Rechtszug behauptet worden war.

c)

Eine ähnliche Argumentation findet sich in einem weiteren Zurückweisungsbeschluss⁵⁶. Dort ging es um einen histologischen Befund, der nach den nicht substantiiert angegriffenen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen keinen Einfluss auf die bei der Klägerin schon klinisch fehlerfrei gestellte Indikation zur operativen Exzision hatte. In gleicher Weise ließen sich auch die Ausführungen zur Aufklärung über Behandlungsalternativen nicht angreifen, da in der Instanz kein Vortrag dazu gehalten worden war, dass die „Schmalexzision“ im Zeitpunkt des Eingriffs bereits „üblich“ war. Wie oben bereits dargelegt⁵⁷ geht die ständige Rechtsprechung des VI. Zivilsenats dahin, dass im Rahmen der Aufklärung nur auf „übliche“ Behandlungsalternativen hingewiesen werden muss.

⁵⁶ Beschluss vom 04. März 2008 – VI ZR 238/07 – veröffentlicht bei juris.

⁵⁷ Vgl. oben bei Fußnote 12 und 13.