

Medizinrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2010

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 – 2009 betreffenden Übersichten² der medizinrechtlichen Rechtsprechung fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2010 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammen. Dabei geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung, sondern auch um das Recht der privaten Krankenversicherung, das Berufs-, Vertrags-, Gesellschafts- und Vergütungsrecht der Heilberufe, das Krankenhausrecht sowie Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts und um Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. Im Rahmen der Geschäftsverteilung³ des Bundesgerichtshofs sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

1.

Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen. Daneben sind aber auch die Strafsenate des BGH mit medizinrechtlichen Fragestellungen befasst.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

² Abrufbar unter www.bgh-anwalt.de unter Aktuelles.

³ Der Geschäftsverteilungsplan 2010 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter www.bundesgerichtshof.de abrufbar. Über die vorstehende Internetadresse können insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext abgerufen werden.

a)

So hatte der V. Strafsenat in einer Strafsache wegen **fahrlässiger Tötung** über die Verantwortlichkeit eines im Beweissicherungsdienst tätigen Arztes für einen tödlich verlaufenden Brecheinsatz gegen einen Drogen-Kleindealer zu entscheiden.⁴ Das Landgericht hatte den Angeklagten von dem Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen. Der BGH hat dieses Urteil auf die Revisionen der Nebenkläger mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Inhaltlich führt der erkennende Senat aus, dass ein Verstoß gegen berufliche Sorgfaltspflichten nicht darin bestand, dass der Angeklagte es unterlassen hatte, die Zulässigkeit der von den Polizeibeamten unter Inanspruchnahme der Eilkompetenz gemäß § 81 a Abs. 1 StPO angeordneten Exkorporation unter Anwendung von Zwang entsprechend zahlreichen Veröffentlichungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum in Zweifel zu ziehen.⁵ Es sei dem Angeklagten jedoch anzulasten, dass er den Betroffenen nicht hinreichend über die medizinischen **Risiken der Zwangsexkorporation** aufgeklärt und dadurch in die Lage versetzt habe, den hinzunehmenden Eingriff schonender zu gestalten. Zudem habe das Landgericht es unterlassen, die Umstände des Eingriffs des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt eines Übernahmerverschuldens zu würdigen,⁶ wobei ergänzend ein Verbot der Fortsetzung der Exkorporation nach erfolgreicher Bergung des ersten Kokainkügelchens wegen Verstoßes des Angeklagten gegen das Gebot der Wahrung der Menschenwürde in Betracht zu ziehen sei.⁷

b)

Um die Strafbarkeit einer **Präimplantationsdiagnostik** (im Folgenden: PID) ging es in einem weiteren Urteil des V. Strafsenats.⁸ Der Angeklagte war als Frauenarzt mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung in Berlin tätig. Bei einer im Jahr 2005 durchgeführten extrakorporalen Befruchtung ergab sich die Besonderheit, dass bei

⁴ Urteil vom 29. April 2010 – 5 StR 18/10 – GesR 2010, 383 ff.

⁵ Urteil vom 29. April 2010 – 5 StR 18/10 – juris, Rn. 25.

⁶ Urteil vom 29. April 2010 – 5 StR 18/10 – juris, Rn. 27 f. und 29 ff.

⁷ Urteil vom 29. April 2010 – 5 StR 18/10 – juris, Rn. 34 f.

⁸ Urteil vom 06. Juli 2010 – 5 StR 386/09 – veröffentlicht bei juris.

einem der Ehepartner eine Translokation (Vertauschung einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen) vorlag. Daraus resultierte die hohe Wahrscheinlichkeit einer genetisch auffälligen Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder 14. Im Hinblick auf diese Gefahrenlage und dem Wunsch seiner Patienten entsprechend wollte der Angeklagte eine PID durchführen. Am Tag 5 nach der Befruchtung sollte eine Blastozystenbiopsie (sachgleich: „Trophectodermbiopsie“) erfolgen, bei der dem Blastozysten (Embryo im Stadium einige Tage nach der Befruchtung) pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Trophoblastzellen entnommen werden. Die entnommenen Zellen werden anschließend mittels Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH) auf Chromosomenaberrationen hin untersucht. Die Untersuchung dient dem Zweck, nur Embryonen ohne genetische Anomalien übertragen zu können.

Der Angeklagte hatte Bedenken, ob er sich mit der Durchführung eines PID strafbar machen würde. Er hatte deshalb ein Rechtsgutachten eingeholt, welches zu dem Ergebnis kam, dass jedenfalls die **§§ 2 und 6 des Gesetzes zum Schutz von Embryonen (ESchG) nicht verletzt** seien. Auf eine Selbstanzeige des Angeklagten kam es dann zur Eröffnung eines Strafverfahrens und nach Freispruch durch das Landgericht Berlin zur von der Staatsanwaltschaft erhobenen Revision. Der V. Strafsenat führt aus, dass die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte PID mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden hin keine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG begründet. Deren Durchführung ist keine nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen.⁹

c)

Die Abgrenzung der Handlung eines Durchgangsarztes als öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlicher war Gegenstand eines vom VI. Zivilsenat entschiedenen Revisionsverfahrens.¹⁰ Insbesondere dann, wenn der **Durchgangsarzt mehrfach an der Behandlung eines Patienten beteiligt** wird, kann fraglich sein, ob die jeweilige Tätig-

⁹ Urteil vom 06. Juli 2010 – 5 StR 386/09 – juris, Rn. 14, 21, 26, 33, 35 und 38.

¹⁰ Urteil vom 09. März 2010 – VI ZR 131/09 – GesR 2010, 251 ff. = MDR 2010, 623 ff. = VersR 2010, 768 ff.; dazu Jorzig, juris PR-MedizinR 6/2010 Anm. 2.

keit des Durchgangsarztes (noch) der klassischen Tätigkeit des Durchgangsarztes zuzurechnen ist und somit die Berufsgenossenschaft haftet, oder ob der Durchgangsarzt schon privatärztlich tätig wird und somit persönlich einstehen muss.

Nach einem Arbeitsunfall hatte der Beklagte als Durchgangsarzt eine Distorsion des rechten Sprunggelenks diagnostiziert und eine konservative Therapie mit einem Heparin-Salbenverband verordnet. Die Klägerin hatte sich in der weiteren Folge nochmals beim Durchgangsarzt vorgestellt und machte insbesondere auch aus dieser Nachschau und der dort bestätigten Entscheidung, die eingeleitete konservative Behandlung durch- und fortzuführen, Ansprüche gegen den persönlich verklagten Durchgangsarzt geltend. Diese Klage war auf Rüge der Passivlegitimation in der Berufungsinstanz erfolglos geblieben. Die hiergegen von der Klägerin anhängig gemachte Revision wurde zurückgewiesen, weil der Beklagte durchgängig in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt und somit in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden war (Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB).¹¹ Der Leitsatz der BGH-Entscheidung hält fest, dass ein Durchgangsarzt, der sich im Rahmen der **Nachschau** auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die bei der Erstversorgung des Verletzten getroffene Entscheidung zugunsten einer allgemeinen Heilbehandlung aufrechtzuerhalten ist, weiterhin **in Ausübung eines öffentlichen Amtes** tätig wird.

d)

Bei privat versicherten Patienten entspricht es der Regel, dass diese ihre **Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff auf einen bestimmten Arzt beschränken**. Der BGH hatte sich nunmehr damit zu befassen, unter welchen Voraussetzungen derartige Beschränkung bei gesetzlich versicherten Patienten im Rahmen eines zustande gekommenen totalen Krankenhausaufnahmevertrages zu Einwilligungsdefiziten führen können.¹²

Der VI. Zivilsenat stellt fest, dass es dem Patienten grundsätzlich auch beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag unbenommen bleibt, zu erklären, er wolle sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen. In einem derartigen Fall dürfe ein anderer

¹¹ Urteil vom 09. März 2010 – VI ZR 131/09 – juris, Rn. 6 ff.

¹² Urteil vom 11. Mai 2010 – VI ZR 252/08 – GesR 2010, 407 ff. = VersR 2010, 1038 ff.

Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Einen Anspruch darauf, dass der gewünschte Operateur tätig wird, habe der Patient jedoch nicht; er müsse sich, wenn er nicht doch noch darin einwilligt, dass ein anderer Arzt den Eingriff vornimmt, ggf. damit abfinden, unbehandelt entlassen zu werden.¹³ Eine **Beschränkung der Einwilligung** auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt kann allerdings **nicht schon aus einer bloß unverbindlichen Absprache** über die Person des Operateurs abgeleitet werden. Ein derartiger Ansatz wäre rechtsfehlerhaft, weil der Patient beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag grundsätzlich nicht erwarten kann, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden.¹⁴ Der vom BGH formulierte Leitsatz lautet deshalb dahin, dass ein Patient, der abweichend von den Grundsätzen des totalen Krankenhausaufnahmevertrages seine Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff auf einen bestimmten Arzt beschränken will, seinen dahingehenden **Willen eindeutig zum Ausdruck bringen** muss.

e)

Nach gefestigter Rechtsprechung bedarf es bei einem **minderjährigen Kind** in den Fällen, in denen die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zusteht, zu einem ärztlichen Heileingriff der **Einwilligung** beider Elternteile. **In Routinefällen** ist davon auszugehen, dass der mit dem Kind beim Arzt erscheinende **Elternteil ermächtigt** ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung für den abwesenden Elternteil mitzuerteilen, worauf der Arzt in Grenzen vertrauen darf, **solange** ihm **keine entgegenstehenden Umstände bekannt** sind.¹⁵ In Fällen, in denen es um ärztliche **Eingriffe schwerer Art mit nicht unbedeutenden Risiken** geht, wird sich der Arzt darüber hinaus **vergewissern** müssen, **ob** der **erschienene Elternteil die Ermächtigung des anderen hat** und wie weit diese reicht; er wird aber, solange dem nichts entgegensteht, auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen. Geht es um **schwierige und weitreichende Entscheidungen** über die Behandlung des Kindes, **etwa** eine **Herzoperation**, die mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden sind, **dann liegt** eine **Ermächtigung des einen Elternteils** zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei dem Kind durch den anderen **nicht von vornher-**

¹³ Urteil vom 11. Mai 2010 – VI ZR 242/06 – juris, Rn. 6.

¹⁴ Urteil vom 11. Mai 2010 – VI ZR 252/08 – juris, Rn. 9.

¹⁵ Urteil vom 15. Juni 2010 – VI ZR 204/09 – juris, Rn. 15.

ein nahe. In solchen Fällen muss sich der Arzt die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist.¹⁶

In der beim BGH anhängigen Fallkonstellation ging es um eine Leistenhernien - Operation und damit an sich um einen Routinefall. Bei der Operation kam es indes zu einem Narkosezwischenfall und dadurch ausgelösten atemwegsbezogenen Komplikationen mit der Folge schwerer zentralmotorischer Störungen, die die Eltern des operierten Kindes veranlassten, den Operateur und den Anästhesisten auf Schmerzensgeld und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch zu nehmen. Da grundsätzlich **jeder Arzt nur für diejenigen Eingriffs- und Behandlungsmaßnahmen aufklärungspflichtig ist, die er selbst durchführt,**¹⁷ ging es in der Sache um zwei unterschiedliche Aufklärungsgeschehen.

Zur **Aufklärung** durch den Operateur durfte der Operateur nach dem mit der Mutter des dreiwöchigen Kindes persönlich geführten Aufklärungsgesprächs davon ausgehen, dass auch der Vater mit der Operation einverstanden war. Mit dem Anästhesisten hatte kein persönliches Gespräch mit einem Elternteil, sondern lediglich zwei Tage vor der Operation ein etwa 15 minütiges Telefonat mit dem Vater stattgefunden, wobei das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung zu der Überzeugung gelangt war, dass der Anästhesist den Vater der Klägerin in gebotenem Umfang vollständig und zutreffend über die Risiken der Anästhesie aufgeklärt hatte.¹⁸ Anknüpfend an dieses Aufklärungsgespräch hält der Leitsatz der BGH-Entscheidung fest, dass **in einfach gelagerten Fällen** der Arzt den Patienten **grundsätzlich auch in einem telefonischen Gespräch** über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs aufklären kann, wenn der Patient damit einverstanden ist.¹⁹

f)

Auf **welche Risiken** im Rahmen der gebotenen Aufklärung hingewiesen werden muss, ist vorrangig eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Im rechtlichen Aus-

¹⁶ Urteil vom 15. Juni 2010 – VI ZR 204/09 – juris, Rn. 15.

¹⁷ Urteil vom 15. Juni 2010 – VI ZR 204/09 – juris, Rn. 13.

¹⁸ Urteil vom 15. Juni 2010 – VI ZR 204/09 – juris, Rn. 19.

¹⁹ Urteil vom 15. Juni 2010 – VI ZR 204/09 – juris, Rn. 20.

gangspunkt ist davon auszugehen, dass der Patient „im Großen und Ganzen“ wissen muss, worin er einwilligt. Dazu muss er über die **Art des Eingriffs und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken** informiert werden, soweit diese sich für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohnehin ergeben und für seine Entscheidung von Bedeutung sein können. Dem Patienten muss eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern.²⁰ Probleme über den Umfang der Aufklärung ergeben sich immer dann, wenn ein sich konkret verwirklichendes Risiko bis dahin – soweit bekannt – noch nicht aufgetreten war.

So lag es auch in dem vom VI. Zivilsenat entschiedenen Fall, in dem es bei einer ambulant in der orthopädischen Praxis des Beklagten durchgeführten CT-gestützten periradikulären Therapie (PRT) im Bereich der Nervenwurzel C 7 links zu Komplikationen gekommen war, in deren Folge sich eine irreversible Tetraplegie ergeben hatte, so dass der Kläger schwerstbehindert und zu 100 % erwerbsunfähig geworden war.

Zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Eingriffs war **weltweit erst einmal** in der amerikanischen Schmerztherapie-Zeitschrift „Pain“ **über Querschnittslähmungen bei diagnostischer oder therapeutischer Wurzelinfiltration berichtet** worden. Das Berufungsgericht hatte die Schadensersatzanklage deshalb abgewiesen und gemeint, die Haftung aus verletzter Aufklärungspflicht setze voraus, dass das Risiko nach damaliger medizinischer Erfahrung bekannt war bzw. den behandelnden Ärzten hätte bekannt gewesen sein müssen.

Der VI. Zivilsenat hat die Berufungsentscheidung aufgehoben, da die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausreichten, um im Streitfall eine schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung deshalb zu verneinen, weil das Risiko einer Querschnittslähmung als lediglich theoretisch bestehende Möglichkeit einzustufen war.²¹ Die insoweit vom Berufungsgericht vorgenommene Verkürzung auf eine lediglich theoretisch

²⁰ Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 11.

²¹ Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 13 ff.

bestehende Möglichkeit wurde den Ausführungen des Sachverständigen und den zu beachtenden anatomischen Verhältnissen nicht gerecht. Von daher ließ sich die grundsätzliche Bindung des Revisionsgerichts an die Beweiswürdigung des Tatrichters (§ 559 ZPO) überwinden. Im Revisionsverfahren kann bekanntlich nur nachgeprüft werden, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Eine derartige Verletzung liegt vor, wenn der Tatrichter nicht allen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen im Rahmen einer Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens von Amts wegen nachgeht,²² was im konkreten Fall vom BGH angenommen wurde.

2. **Recht der privaten Krankenversicherung**

Das Recht der privaten Krankenversicherung gehört zum Zuständigkeitsbereich des IV. Zivilsenats. Insoweit sei auf unseren regelmäßigen Newsletter zum Versicherungsrecht verwiesen.²³ Dort werden die nachfolgend aufgezeigten Fälle noch näher erläutert.

a)

Nicht jede von den Berufungsgerichten zugelassene Revision wird vom Bundesgerichtshof auch in der Sache entschieden. Eine von dem Berufungsgericht zugelassene Revision kann nach § 552 a ZPO durch einstimmigen Beschluss des Revisionsgerichts zurückgewiesen werden, wenn das Revisionsgericht davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat. Diesen Weg ist der IV. Zivilsenat im Falle einer zur Auslegung eines Teilungsabkommens zugelassenen Revision gegangen.

²² Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 14.

²³ Den Newsletter Versicherungsrecht können Sie über unsere Homepage www.bgh-anwalt.de unter Aktuelles abrufen. Dort können Sie sich auch für unseren Newsletter Versicherungsrecht anmelden.

In dem **Teilungsabkommen zwischen dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung** des Geschädigten **und dem privaten Haftpflichtversicherer** des Schädigers ging es um eine Bestimmung, die das Heilwesenrisiko vom Anwendungsbereich des Abkommens ausnahm und die Abgrenzung zur Haftung aus allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, die ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Abkommens eingeschlossen war.²⁴ Konkret war die Frage zu beantworten, inwieweit die Umsetzung einer von Ärzten und Psychologen vorgegebenen Pflegetherapeutik die tägliche Versorgung unter Einschluss dieses Konzeptes zu einer medizinischen Heilbehandlung und damit zu einem **Heilwesenrisiko** werden lässt, welches **vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgenommen** war. Der Hinweisbeschluss hält fest, dass der durch ärztliche, therapeutische Verhaltensvorgaben geprägte Umgang mit Heimbewohnern ihre Pflege und Versorgung nicht zu einer medizinischen Heilbehandlung werden lässt.²⁵

b)

In einer für die anwaltliche Sammlung bestimmten Entscheidung hat der VI. Zivilsenat grundlegend zum Anspruch des gesetzlichen Krankenversicherers auf **Herausgabe von Kopien der Pflegedokumentation** aus übergegangenem Recht des Heimbewohners Stellung genommen.²⁶ Die unter Betreuung stehende Versicherte hatte sich bei einem Sturz in dem vom Beklagten betriebenen Pflegeheim erhebliche Verletzungen zugezogen. Die dadurch ausgelösten Kosten wurden von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen, die sich daraufhin an die Beklagte zwecks Einsichtnahme in die Pflegedokumentation gewandt hatte, um die Berechtigung eventuell auf sie gemäß § 116 SGB X übergegangener Schadensersatzansprüche prüfen zu können.

Der BGH hat entschieden, dass dem Krankenversicherer – soweit eine Einwilligung des Heimbewohners oder seines gesetzlichen Betreuers vorliegt – **aus übergegangenem Recht gemäß § 116 Abs. 1 SGB X i.V.m. §§ 401 Abs. 1 analog, 412 BGB**

²⁴ Beschluss vom 28. April 2010 – IV ZR 205/09 – juris, Rn. 4.

²⁵ Beschluss vom 28. April 2010 – IV ZR 205/09 – juris, Rn. 9.

²⁶ Urteil vom 23. März 2010 – VI ZR 249/08 – GesR 2010, 315 ff. = FamRZ 2010, 969 ff. = VersR 2010, 969 ff.

ein Anspruch auf Herausgabe von Kopien der Pflegedokumentation gegen Kostenerstattung zustehen kann.²⁷

c)

Die vorzitierte Rechtsprechung, mit der **im Ergebnis ein Anspruch** des Krankenversicherers auf Herausgabe von Kopien der Pflegedokumentation geschaffen wird, **der so im Sozialrecht nicht existiert**, hat der VI. Zivilsenat in einem weiteren Urteil bestätigt.²⁸ In dieser Parallelentscheidung hält der VI. Zivilsenat fest, dass § 294 a SGB V nicht entsprechend auf die Einsicht in Pflegedokumentationen anwendbar ist.²⁹

d)

Eine ebenfalls für die amtliche Sammlung bestimmte Entscheidung zur Krankentagegeldversicherung nimmt näher zur **Beweislast** des Versicherungsnehmers **für Eintritt und Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit** und zur **Beweislast** des Versicherers **für das Ende der Leistungspflicht wegen Berufsunfähigkeit** sowie zu den Anforderungen an die Prognose einer mehr als 50 %igen Erwerbsunfähigkeit Stellung.³⁰

Bei einer Krankentagegeldversicherung ist es grundsätzlich der Versicherungsnehmer, der Eintritt und Fortdauer bedingungsgemäßer Arbeitsunfähigkeit darzulegen und zu beweisen hat. Die **Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** nach § 4 (7) MB/KT 1978 **reicht** dafür **nicht aus**.³¹ Hingegen ist es Aufgabe des Versicherers, darzulegen und zu beweisen, dass seine Leistungspflicht zu dem von ihm behaupteten Zeitpunkt wegen Berufsunfähigkeit der versicherten Person geendet hat.³² Die Prognose ist – ggf. rückschauend – für den Zeitpunkt zu stellen, für den der Versicherer das Ende seiner Leistungspflicht behauptet; für die sachverständige Beurteilung bedingungsgemäßer Berufsunfähigkeit sind die „medizinischen Befunde“ – d.h. alle ärztlichen Berichte und sonstigen Untersuchungsergebnisse –

²⁷ Urteil vom 23. März 2010 – VI ZR 249/08 – juris, Rn. 10, 15 und 17.

²⁸ Urteil vom 23. März 2010 – VI ZR 327/08 – PflR 2010, 257 ff. = VersR 2010, 971 ff.

²⁹ Urteil vom 23. März 2010 – VI ZR 327/08 – juris, Rn. 20.

³⁰ Urteil vom 30. Juni 2010 – IV ZR 163/09 – veröffentlicht bei juris.

³¹ Urteil vom 30. Juni 2010 – IV ZR 163/09 – juris, Rn. 20.

³² Urteil vom 30. Juni 2010 – IV ZR 163/09 – juris, Rn. 29 und 31.

heranzuziehen und auszuwerten, die der darlegungs- und beweisbelastete Versicherer für die maßgeblichen Zeitpunkte vorlegen kann. Dabei ist es **gleich, wann und zu welchem Zeitpunkt die medizinischen Befunde erhoben wurden**; auch müssen die Befunde keine – ausdrückliche oder wenigstens stillschweigende – ärztliche Feststellung der Berufsunfähigkeit enthalten.³³ Der weitere Krankheitsverlauf, wie er sich für die Zeit nach dem behaupteten Ende der Leistungspflicht des Versicherers ergibt, kann indes grundsätzlich keine Berücksichtigung finden, da es dem Wesen einer – rückschauend auf ihre Richtigkeit überprüften – Prognoseentscheidung widerspräche, die Entwicklung nach dem entscheidenden Stichtag und damit einen späteren Erkenntnisstand in die Bewertung einzubeziehen; der weitere Krankheitsverlauf kann deshalb auch nicht – wie dies zum Teil angenommen wurde³⁴ – als Indiz für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der zum maßgeblichen Zeitpunkt gestellten Prognose herangezogen werden.³⁵

3. Berufsrecht der Heilberufe

In der Berichtsperiode hat sich der I. Zivilsenat mit einer das Berufsrecht betreffenden Wettbewerbsproblematik befasst. Klägerin war die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, die sich gegen eine Werbung der Beklagten für den **Vertrieb von Brillen** der Beklagten **durch Augenärzte** gewandt hatte (Brillenversorgung II³⁶).

Bei der Entscheidung Brillenversorgung I³⁷ hatte die rechtliche Zulässigkeit der Vermittlung von Brillenlieferverträgen mit bestimmten Optikern auf dem Prüfstand gestanden. Der dort beklagte Augenarzt hatte Patienten, die nach seinem Untersuchungsbefund eine Brille benötigten, angeboten, sich in seiner Praxis unter ca. 60 Musterbrillen eines Optikers eine Fassung auszusuchen. Seinerzeit hatte der I. Zivilsenat entschieden, dass die Brillenanpassung und die Abgabe von Brillen durch Au-

³³ Urteil vom 30. Juni 2010 – IV ZR 163/09 – juris, Rn. 31.

³⁴ vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 26. Januar 1990 – 1 U 60/89 – VersR 1991, 292 f.

³⁵ Urteil vom 30. Juni 2010 – IV ZR 163/09 – juris, Rn. 33.

³⁶ Urteil vom 24. Juni 2010 – I ZR 182/08 – veröffentlicht bei juris; vgl. auch Urteil vom 09. Juli 2009 – I ZR 13/07 – GesR 2009, 549 ff. = NJW 2009, 3582 ff. = MedR 2009, 728 ff. – Brillenversorgung I –.

³⁷ Urteil vom 09. Juni 2009 – I ZR 13/07 – juris, Rn. 31.

genärzte regelmäßig nicht ohne Weiteres zu den notwendigen Bestandteilen ärztlicher Therapie gehört und festgestellt, dass ein hinreichender Grund für die Verweisung des Patienten an einen bestimmten Anbieter i.S.v. § 35 Abs. 5 MBO-Ä nicht bereits darin gesehen werden kann, dass Augenoptiker in vielen Fällen die Sehschärfebestimmung des Augenarztes wiederholen und im Falle einer Abweichung das nach ihrer Ansicht richtige Brillenglas auswählen, das hinter der für den Patienten aus ärztlicher Sicht optimalen Therapie der Fehlsichtigkeit zurückbleibt.

In der neuen Entscheidung Brillenversorgung II hatten die beklagten Augenärzte ein System zur Verfügung gestellt, welches aus einem Brillensortiment und einem Computersystem zur individuellen Brillenanpassung bestand. Nach Eingabe der Patientendaten und Auswahl eines bestimmten Brillengestells in der Augenarztpraxis wurden der dortigen Beklagten bestimmte Informationen übermittelt, wobei der Augenarzt im Falle einer Brillenbestellung bei der Beklagten eine Vergütung von 80,00 €, bei Mehrstärkenbrillen von 160,00 € erhielt. Der I. Zivilsenat hat dieses Vorgehen als wettbewerbswidrig beurteilt und ausgesprochen, es stelle eine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die ärztliche Behandlungstätigkeit dar, wenn durch das Gewähren oder in Aussicht stellen eines finanziellen Vorteils darauf hingewirkt wird, dass Ärzte entgegen ihren Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und dem Berufsrecht nicht allein anhand des Patienteninteresses entscheiden, ob sie einen Patienten an bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen verweisen.³⁸

4. **Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe**

Der II. Zivilsenat³⁹ hatte im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde über den **Auseinandersetzungsanspruch** eines Arztes **anlässlich** seines **Ausscheidens aus einer Gemeinschaftspraxis** und über die **Reichweite einer vereinbarten Konkurrenzschutzklausel** zu entscheiden. Das Berufungsgericht hatte den Auseinandersetzungsanspruch des Klägers gegen die Beklagten zu 1 und 2 und den An-

³⁸ Urteil vom 25. Juni 2010 – I ZR 182/08 – juris, Rn. 16.

³⁹ Beschluss vom 14. Juni 2010 – II ZR 135/09 – ZIP 2010, 1442 f. = DB 2010, 1583 f.

spruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 auf Karenzentschädigung jeweils um 1/3 wegen angeblich in diesem Umfang „mitgenommener“ Patienten gekürzt.

Nach ständiger Rechtsprechung des II. Zivilsenats wird eine Freiberuflerpraxis vorrangig durch Realteilung in Form der Mitnahme von Patienten auseinandergesetzt. Allerdings sind auch abweichende Vereinbarungen, bei denen die Parteien den „Mitnahme“ - Vorteil des Ausscheidenden bewusst in Kauf genommen haben, grundsätzlich in den durch § 138 BGB gezogenen Grenzen möglich.⁴⁰ Vorliegend hatten die Parteien im Gesellschaftsvertrag drei verschiedene Szenarien im Zusammenhang mit den möglichen Konsequenzen des Ausscheidens eines Partners geregelt: Entweder verließ der ausscheidende Partner (hier: der Kläger) den Planbereich und ermöglichte damit eine Neuzulassung, dann erhielt er den von einem Sachverständigen zu ermittelnden vollen Ausgleich des ideellen Wertes seines Praxisanteils. Blieb er im Planbereich, so hatte er das zeitlich und räumlich begrenzte Wettbewerbsverbot aus Nr. 7 des Gesellschaftsvertrages einzuhalten und erhielt einen der Höhe nach festgelegten Betrag. Aus Nr. 6 des Gesellschaftsvertrages ergab sich das dritte Szenario: Sollte aus kassenzahnärztlichen Gründen (Niederlassungssperre) keine oder nur eine sehr eingeschränkte Möglichkeit bestehen, den ideellen Wert des ausscheidenden Partners wirtschaftlich zu nutzen, sollte der Kläger bei Einhaltung der Konkurrenzschutzklausel lediglich 50.000,00 DM, mithin die Hälfte des ansonsten vereinbarten Betrags erhalten. Hierzu hat der Kläger stets vorgetragen, dass der Beklagte von 100.000,00 DM, der letztlich seinem „Eintrittspreis“ in den ersten Jahren seiner Praxiszugehörigkeit entsprochen hat, ungeschmälert dann gezahlt werden sollte, wenn er das Konkurrenzverbot in Nr. 7 des Vertrages einhält, was er unstreitig getan hatte. Das Berufungsgericht hatte all dies und insbesondere nicht zur Kenntnis genommen, dass es sich bei dem Betrag von 100.000,00 DM um einen ganz erheblich gedeckelten Abfindungsbetrag für den Goodwill handelte.⁴¹

⁴⁰ Beschluss vom 14. Juni 2010 – II ZR 135/09 – juris, Rn. 9.

⁴¹ Beschluss vom 14. Juni 2010 – II ZR 134/09 – juris, Rn. 11.

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Das Vergütungsrecht der Heilberufe fällt in den Zuständigkeitsbereich des III. Zivilsenats. Insgesamt ist über drei Honorarentscheidungen zu berichten.

a)

In der ersten Honorarsache stritten die Parteien darüber, ob die „anatomische Vorberechnung des OP-Gebiets (Zielpunktbestimmung) und Navigation“, die anlässlich eines endoprothetischen Totalersatzes beider Kniegelenke unter **Einsatz eines computerunterstützten kinematischen Navigationssystems** vorgenommen worden war, nach der Nr. 2562 des Gebührenverzeichnisses analog abgerechnet werden konnte.⁴²

Für den Einsatz der computerunterstützten Navigationstechnik beim endoprothetischen Totalersatz von Kniegelenken enthält die das Gebührenverzeichnis der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) **keinen eigenen Vergütungstatbestand**. Dieser Umstand rechtfertigt es für sich genommen allerdings noch nicht, die Abrechenbarkeit dieses Geräteeinsatzes von vornherein zu verneinen. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der mit der Bereitstellung und Handhabung einer solchen Technik verbundene Aufwand bei der Bewertung der Totalendprothese des Knies nach Nr. 2153 des Gebührenverzeichnisses berücksichtigt worden ist. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien war die hier in Rede stehende Technik nämlich weder bei Inkrafttreten der GOÄ 1982 noch im Zuge der in verschiedenen Teilen vorgenommenen Überarbeitung des Gebührenverzeichnisses bekannt.

Grundvoraussetzung einer gesonderten Abrechnung des Einsatzes der Navigationstechnik nach § 4 Abs. 2 Satz 1, § 6 Abs. 2 GOÄ war indes, dass es sich um eine **selbständige ärztliche Leistung** handelte. Ob eine selbständige ärztliche Leistung vorliegt, hängt nach ständiger Rechtsprechung des III. Zivilsenats davon ab, ob für

⁴² Urteil vom 21. Januar 2010 – III ZR 147/09 – MDR 2010, 532 f. = VersR 2010, 1042 ff. = ZMGR 2010, 119 f.

die ärztliche Leistung eine eigenständige medizinische Indikation besteht.⁴³ Letzteres war nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Da der Kläger in den Instanzen nicht vorgetragen hatte, ob die Nichtberücksichtigung der computerunterstützten Navigationstechnik und ihrer Vorbereitung zur Folge hatte, dass die Honorierung einer Totalendoprothese allein nach der Nr. 2153 des Gebührenverzeichnisses für ihn nicht „auskömmlich“ war, bestand auch kein Anhaltspunkt, dass die Anwendung der Gebührenordnung und die Beschränkung auf die Honorierung der eigentlichen Operationsleistung ausschließlich nach der Nr. 2153 des Gebührenverzeichnisses das Grundrecht aus Art. 12 GG verletzte.⁴⁴

b)

Fragen der **Vollmacht** im Zusammenhang mit der Stellung eines erstbehandelnden Arztes, der einen weiteren Arzt mit zusätzlichen Untersuchungen beauftragt hatte, waren Gegenstand eines weiteren zur Aufhebung der Berufungsentscheidung führenden Revisionsverfahrens.⁴⁵ Die Klägerin, die zur Unterstützung von Ärzten ein Labor betrieb, hatte einen Gentest durchgeführt. Grundlage dieses Tests war ein **Überweisungsschein eines niedergelassenen Arztes**, mit dem der Arzt dem Labor Blut des Beklagten mit dem Auftrag übersandt hatte, den Diabetestyp festzustellen bzw. einen speziellen Diabetestyp auszuschließen. Das Berufungsgericht war davon ausgegangen, dass der behandelnde Arzt bei der Inanspruchnahme eines externen Laborarztes als Stellvertreter des Patienten tätig wird und mit der Übersendung des Untersuchungsmaterials des Patienten dem Laborarzt den damit verbundenen Auftrag grundsätzlich im Namen des Patienten erteilt. Im Umfang des erteilten Auftrags sei der behandelnde Arzt auch bevollmächtigt gewesen.

Der III. Zivilsenat führt aus, dass der **behandelnde Arzt bei der Inanspruchnahme eines externen Laborarztes** zwar im Regelfall **als Stellvertreter des Patienten tätig** wird und den mit der Übersendung – hier des Blutes – verbundenen Auftrag grundsätzlich im Namen des Patienten erteilt. Der behandelnde Arzt ist mangels an-

⁴³ Urteil vom 21. Januar 2010 – III ZR 147/09 – juris, Rn. 10 m.w.N.

⁴⁴ Urteil vom 21. Januar 2010 – III ZR 147/09 – juris, Rn. 13 m.w.N.

⁴⁵ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 173/09 – GesR 2010, 195 ff. = MDR 2010, 495 f. = VersR 2010, 814 ff.

derer Absprachen aber **nur insoweit zur Auftragserteilung bevollmächtigt, als die Laboruntersuchung für die medizinisch notwendige weitere Behandlung objektiv benötigt** wird.⁴⁶ Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 GOÄ darf ein Arzt Vergütungen nur für Leistungen berechnen, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst für eine medizinisch notwendige ärztliche Versorgung erforderlich sind. Leistungen, die über das Maß einer medizinisch notwendigen ärztlichen Versorgung hinausgehen, darf er nur berechnen, wenn sie auf Verlangen des Zahlungspflichtigen erbracht worden sind. Ebenso wie ein Arzt im Falle der Eigenleistung medizinisch nicht erforderliche Untersuchungen dem Patienten grundsätzlich nicht in Rechnung stellen kann, darf er umgekehrt, soweit er mit solchen Leistungen einen externen Laborarzt beauftragt, regelmäßig nicht davon ausgehen, dass ihm der Patient dazu stillschweigend Vertretungsmacht erteilt hat.⁴⁷

c)

Die vorstehenden Grundsätze hat der III. Zivilsenat in einer weiteren Entscheidung wiederholt.⁴⁸ In diesem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Urteil ging es ebenfalls um eine humangenetische Blutuntersuchung, die der behandelnde Arzt einem externen Labor in Auftrag gegeben hatte. Soweit das dortige Berufungsgericht von einer unmittelbaren Beauftragung des Labors aufgrund sog. Privatzuweisung durch den Patienten ausgegangen war, hat sich der BGH dieser Auslegung nicht angeschlossen. An die gegenteilige Auslegung des Berufungsgerichts war der III. Zivilsenat deshalb nicht gebunden, weil es sich bei der auszulegenden „Privatzuweisung“ um ein von der Klägerin verwendetes Formular handelte und die Auslegung dieses Formulars deshalb in der Revisionsinstanz eigenständig vorgenommen werden konnte.⁴⁹

Da ein eigener Auftrag des beklagten Patienten ausschied, setzte eine wirksame Verpflichtung des Beklagten mithin eine ausreichende Bevollmächtigung des die Blutuntersuchung veranlassenden behandelnden Arztes im Sinne einer **Innenvoll-**

⁴⁶ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 173/09 – juris, Rn. 9 ff.

⁴⁷ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 173/09 – juris, Rn. 10 und 11.

⁴⁸ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 188/09 – GesR 2010, 191 ff. = JZ 2010, 466 ff. = MDR 2010, 494 f. = VersR 2010, 816 ff.

⁴⁹ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 188/09 – juris, Rn. 9.

macht gemäß § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB voraus. Der **Umfang** dieser Vollmacht, zu der nicht näher darüber gesprochen worden war, zu welchem Zweck die Blutprobe untersucht werden sollte, richtete sich also erneut danach, **was im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 GOÄ für eine medizinisch notwendige ärztliche Versorgung erforderlich war.**⁵⁰

6. Krankenhausrecht

In der Berichtsperiode sind zwei Entscheidungen des XII. Zivilsenats in Unterbringungssachen sowie eine Entscheidung des V. Zivilsenats zur Gerichtskostenbefreiung veröffentlicht worden.

a)

Nach **§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB** kommt eine **Unterbringung** des Betreuten in Betracht, wenn diese zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, **weil eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig** ist. Unter Bezugnahme auf diese Regelung war im vom XII. Zivilsenat entschiedenen Fall⁵¹ vom Amtsgericht die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung eines Klinikums im Blick auf eine paranoide Schizophrenie genehmigt und eine dringende Heilbehandlungsbedürftigkeit angenommen worden. Die dagegen eingelegte Beschwerde der Betreuten war erfolglos geblieben. Die hiergegen beim BGH anhängig gemachte Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht. Die Beschlussgründe halten fest, dass eine bereits erteilte Genehmigung nicht aufrechterhalten werden darf, wenn der Betreute bereits untergebracht ist, sich aber sodann herausstellt, dass die in der Unterbringungseinrichtung tätigen Ärzte – in Abweichung von dem der Genehmigung zugrunde liegenden ärztlichen Gutachten – eine Heilbe-

⁵⁰ Urteil vom 14. Januar 2010 – III ZR 188/09 – juris, Rn. 18 sowie 23 ff.

⁵¹ Urteil vom 28. Dezember 2009 – XII ZB 225/09 – FamRZ 2010, 202 ff. = MDR 2010, 388 f. = NJW-RR 2010, 289 f.

handlung für medizinisch nicht geboten erachten und eine solche Behandlung deshalb nicht durchführen.⁵²

b)

Nach **§ 1609 Abs. 1 Nr. 1 BGB** kommt eine **Unterbringung** in Betracht, wenn sie zum Wohle des Betreuten erforderlich ist, **weil aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass dieser sich selbst tötet oder sich erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt**. In einer weiteren vom XII. Zivilsenat entschiedenen Fallkonstellation, hatten sich die Eltern einer Betreuten gegen eine dergestalt angeordnete Unterbringung gewandt. Die dahingehende Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg.⁵³

Im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung verlangt die zivilrechtliche Unterbringung durch einen Betreuer keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Betreuten. Notwendig ist allerdings eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betreuten. Die Gefahr für Leib oder Leben setzt kein zielgerichtetes Verhalten des Betreuten voraus, so dass auch eine völlige Verwahrlosung ausreichen kann, wenn damit eine Gesundheitsgefahr durch körperliche Verelendung und Unterversorgung verbunden ist.⁵⁴ Diese Voraussetzungen lagen im konkreten Fall vor.

c)

Bekanntlich können Kommunale Gebietskörperschaften nach bestimmten landesrechtlichen Regelungen (vorliegend ging es um § 1 Abs. 1 Nds. GGebBefrG) von **Gerichtsgebühren befreit** sein. Auf einen derartigen Befragungstatbestand hatte sich ein in der Rechtsform der GmbH betriebenes Krankenhaus berufen. Der VI. Zivilsenat hat entschieden, dass eine GmbH, die ein Krankenhaus betreibt, auch dann nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 Nds. GGebBefrG von der Zahlung der Gerichtsge-

⁵² Beschluss vom 28. Dezember 2009 – XII ZB 225/09 – juris, Rn. 10, 11 und 12.

⁵³ Beschluss vom 13. Januar 2010 – FamRZ 2010, 365 ff. = MDR 2010, 506 f. = NJW-RR 2010, 291 f.

⁵⁴ Urteil vom 13. Januar 2010 – XII ZB 248/09 – juris, Rn. 14.

bühren befreit ist, wenn ihre Alleingesellschafterin eine Kommunale Gebietskörperschaft ist.⁵⁵

7.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Für diesen Teilbereich ist von Entscheidungen des I. sowie VI. und X. Zivilsenats zu berichten.⁵⁶

a)

Die **Abgrenzung zwischen diätischem Lebensmittel und Arzneimittel** war im Zusammenhang mit dem Vertrieb des Mittel „Nobilin GLUCO Zimt“ als „Diätische Zimtabletten“ zur besonderen Ernährung bei Diabetes mellitus im Rahmen eines Diätplanes zu beantworten. Der Kläger, der Verband sozialer Wettbewerb e.V., hatte die Auffassung vertreten, bei dem beworbenen Produkt handele es sich um kein diätisches Lebensmittel, sondern um ein Arzneimittel, weil es hinsichtlich des bestimmten Bestandteils Zimt keinen besonderen Ernährungswert habe. Mit dieser Begründung hatte die Unterlassungsklage in den Instanzen Erfolg. Die vom I. Zivilsenat zugelassene Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.⁵⁷ Der vom BGH veröffentlichte Orientierungssatz lautet:

„Bewegt sich die Verzehrmenge von ca. 3 g reinem Zimt an einem Tag als solche – jedenfalls auf einen einzelnen Tag bezogen – im Rahmen der normalen Ernährungsgewohnheiten, kann die Arzneimitteleigenschaft eines Mittels, dessen empfohlene Tagesdosierung 3 g reinem Zimt entspricht, nicht damit begründet werden, der Verbraucher verzehre gewöhnlich nicht jeden Tag eine solche Menge Zimt. Unter diesen Umständen ist die Einordnung als Arzneimittel schon deshalb zu verneinen, weil durch die tägliche Einnahme von ca. 3 g reinem Zimt mit der Ernährung dieselben physiologischen Wirkungen erzielt werden könnten wie mit dem fraglichen Mittel. Dass eine solche tägliche Aufnahme nicht zu den normalen

⁵⁵ Beschluss vom 20. April 2010 – VI ZB 65/09 – GesR 2010, 363 ff.; vgl. auch Beschluss vom 20. April 2010 – VI ZB 70/09 – veröffentlicht bei juris.

⁵⁶ Zur Strafbarkeit wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch Herstellung von Metaamphetaminhydrochlorid durch Manipulation eines apothekenpflichtigen Antiallergikums vgl. Beschluss vom 05. Juli 2010 – 5 StR 156/10 – veröffentlicht bei juris sowie Urteil vom 21. Januar 2010 – I ZR 27/07 – StoffR 2010, 105.

⁵⁷ Urteil vom 14. Januar 2010 – I ZR 67/07 – LMuR 2010, 54 ff. = PhamR 2010, 181 ff.

Ernährungsgewohnheiten gehört, also nicht üblich ist, steht der Annahme, es handele sich gleichwohl um den Verzehr einer angemessenen Menge, nicht entgegen.⁵⁸

Mit der vorstehenden Begründung war auch eine weitere Revision erfolgreich, in der es um den Vertrieb von „Diabetruw® Zimtkapseln“ ging, die ebenfalls als „diätisches Lebensmittel zur besonderen Ernährung bei Diabetes mellitus im Rahmen eines Diätplans“ beworben worden waren.⁵⁹

b)

Weiter hat den I. Zivilsenat beschäftigt, ob **Ginkgo-Extrakt** bzw. ein von der dortigen Beklagten im Rahmen ihrer „Wirkungsgetränklinie Carpe Diem“ vertriebenes Getränk, welches sich zu 0,02 % aus Ginkgo-Extrakt und im Übrigen aus Wasser, Traubenzucker und weiteren Zutaten bestand und mit der Angabe „Empfohlen werden täglich ein bis zwei Gläser“ abgegeben wurde, um ein **zugelassenes Arzneimittel** oder um ein Lebensmittel handelte. Der BGH hat entschieden, das Getränk als Funktionsarzneimittel einzuordnen,⁶⁰ da das Produkt ab einer bestimmten Menge eine pharmakologische Wirkung hatte. Die auf dem Produkt angegebene Empfehlung, von dem Getränk täglich eine bestimmte, nicht präzise umschriebene Menge (hier: ein bis zwei Gläser) zu trinken, stand der Einordnung als Funktionsarzneimittel nicht entgegen, obwohl diese Menge (bei Gläsern üblicher Größe) noch knapp unterhalb der Grenze lag, von der ab eine pharmakologische Wirkung nachgewiesen war.⁶¹ Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, dass ein täglicher Verzehr von 100 mg Ginkgo-Extrakt nicht zu einer pharmakologischen Wirkung führt und gemeint, bei der abgegebenen Empfehlung, täglich ein bis zwei Gläser zu trinken, werde der Grenzwert von 100 mg Ginkgo-Extrakt nicht überschritten. Während das Berufungsgericht dabei von einem durchschnittlich großen Trinkglas mit einem Volumen von 250 ml ausgegangen war, ließ sich die Verzehrempfehlung der Beklagten nach Auffassung des XII. Zivilsenats keine derartige Beschränkung und Begrenzung auf eine bestimmte Trinkmenge entnehmen.

⁵⁸ Urteil vom 14. Januar 2010 – I ZR 67/07 – juris, Rn. 19.

⁵⁹ Urteil vom 14. Januar 2010 – I ZR 138/07 – GRUR 2010, 259 ff. = PharmR 117 ff.

⁶⁰ Urteil vom 01. Juli 2010 – I ZR 19/08 – veröffentlicht bei juris.

⁶¹ Urteil vom 01. Juli 2010 – I ZR 19/08 – juris, Rn. 21 ff.

c)

Darum, ob ein Darmreinigungsmittel, welches seine Wirkung auf osmotischem und physikalischem Weg erreicht, ein **Arzneimittel** oder ein **Medizinprodukt** ist, ging es in einer weiteren in der Berichtsperiode veröffentlichten Entscheidung des I. Zivilsenats.⁶² Konkret handelte es sich bei dem streitgegenständlichen Präparat um ein Medizinprodukt im Sinne des § 3 Nr. 1 lit. a MPG.⁶³ Die Einordnung des Präparats als Medizinprodukt hatte zur Folge, dass der Beklagte das Präparat (seit dem 16. Januar 2007) mit einer CE-Kennzeichnung vertreiben musste, so dass dem Beklagten verboten wurde, „Golly Telly“ ohne CE-Kennzeichnung nach dem Medizinproduktegesetz in den Verkehr zu bringen.⁶⁴

d)

Vom I. Zivilsenat sind auch immer wieder Fallgestaltungen zu entscheiden, in denen es um **wettbewerbswidrige Lebensmittelwerbung** geht.⁶⁵ Mit der Wirkung von Coffein in dem Haarpflegemittel „Alpecin After Shampoo Liquid“ befasste sich ein Revisionsverfahren, in dem es um die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 Lebensmittel, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) ging. Die Beklagte hatte das von ihr hergestellte und vertriebene Haarpflegemittel unter Hinweis auf enthaltenes Coffein dergestalt beworben, dass mit Coffein gegen Haarausfall und auch Glatzenbildung vorgebeugt werden könne. Dermatologen der Universität Jena hätten bestätigt, dass Coffein geschwächte Haarwurzeln stimuliert.

Während das Berufungsgericht die hiergegen anhängig gemachte Unterlassungsklage gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG (2004) i.V.m. § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 LFGB als begründet erachtet hatte, führte die Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hatte verkannt, dass die herangezogene Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 LFGB keine Erweiterung, sondern lediglich eine der Konkretisierung dienende Erläuterung des Irreführungsverbo-

⁶² Urteil vom 10. Dezember 2009 – I ZR 189/07 – GesR 2010, 435 ff. = GRUR 2010, 754 ff. = PharmR 2010, 338 ff.

⁶³ Urteil vom 10. Dezember 2009 – I ZR 189/07 – juris, Rn. 13 ff.

⁶⁴ Urteil vom 10. Dezember 2009, I ZR 189/07 – juris, Rn. 17 ff.

⁶⁵ Urteil vom 21. Januar 2010 – I ZR 23/07 – GRUR 2010, 359 f. = NJW-RR 2010, 210 ff. = WRP 2010, 522 ff.

tes in § 27 Abs. 1 Satz 1 LFGB enthielt und daher inhaltlich zutreffende Werbeaussagen nicht erfasste.⁶⁶ Im konkreten Fall war die hinreichende wissenschaftliche Absicherung der dem kosmetischen Mittel beigelegten Wirkung durch eine entsprechende wissenschaftliche Arbeit belegt, was zur wissenschaftlichen Absicherung i.S.v. § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 LFGB ausreichte. Die hinreichende wissenschaftliche Absicherung kann sich schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht.⁶⁷

e)

Ob eine Beklagte in einer vom Kläger beanstandeten Broschüre unter **Verstoß gegen § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG** den Eindruck einer therapeutischen Wirksamkeit ihrer KernspinResonanzTherapie erweckt hatte, war Gegenstand einer weiteren Nichtzulassungsbeschwerde, die nach § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung und Zurückverweisung führte.⁶⁸ Das Berufungsgericht hatte zugunsten der Beklagten gehörswidrig unterstellt, dass die beanstandete Broschüre nur an Ärzte zum Zwecke der Weiterleitung an die Krankenkassen ausgegeben wurde und die Frage, ob der Aufklärungshinweis entsprechend dem Vortrag der Beklagten die vom Kläger geltend gemachte Irreführung verhinderte, offen gelassen. Die Nichterhebung der gebotenen Beweise zur mithin streitigen Irreführung fand im Prozessrecht keine Stütze und hatte deshalb die Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils zur Folge.⁶⁹

f)

Mit einem Unterlassungsausspruch endete ein weiteres Revisionsverfahren.

Die Klägerin hatte in Deutschland unter der Bezeichnung „One Touch Ultra“ von ihrer amerikanischen Konzernschwester-gesellschaft hergestellte Teststreifen zur Blutzuckerbestimmung, die von den Patienten in den entsprechenden Blutzuckermessgeräten verwendet wurden, vertrieben. Die Beklagte hat beanstandet, dass die Beklagte die Umverpackung der nach Deutschland importierten Teststreifen mit einem

⁶⁶ Urteil vom 21. Januar 2010 – I ZR 23/07 – juris, Rn. 10 und 11.

⁶⁷ Urteil vom 21. Januar 2010 – I ZR 23/07 – juris, Rn. 18 f.

⁶⁸ Beschluss vom 04. Februar 2010 – I ZR 159/08 – veröffentlicht bei juris.

⁶⁹ Ebenso im parallel ergangenen Beschluss vom 04. Februar 2010 – I ZR 160/08 – veröffentlicht bei juris.

deutschsprachigen Etikett versehen, der Packung nach Öffnung eine deutschsprachige Gebrauchsanweisung beigelegt und das so umverpackte Produkt in Verkehr gebracht hatte, ohne im Hinblick auf den Umpackvorgang eine **Konformitätsbewertung nach § 6 Abs. 2 MPG** durchgeführt zu haben. Die dahingehende Rüge hatte im Revisionsverfahren Erfolg. Der I. Zivilsenat hat festgestellt, dass Invitro-Diagnostika zur Eigenanwendung im Inland nur in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie eine Gebrauchsanweisung und eine Etikettierung in deutscher Sprache enthalten, die vorab in einem „erneuerten oder ergänzten“ Konformitätsbewertungsverfahren überprüft worden sind.⁷⁰

g)

Im Rahmen der Bewerbung eines Arzneimittels hat der I. Zivilsenat neben hier nicht interessierenden Fragen zur hinreichenden Bestimmtheit der streitgegenständlichen Verbotsanträge nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO weiter entschieden, dass dem dortigen Kläger gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf Unterlassung der Arzneimittelwerbung ohne Pflichtangaben zustand, außer in den Fällen, die in § 4 Abs. 6 HWG ausdrücklich genannt sind.⁷¹

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Der u.a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat hatte am 15. April 2010 verschiedene Parallelsachen zu verhandeln, in denen es um die Frage der Zulässigkeit von Bonussystemen bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ging.⁷² Die unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 4 Nr. 11 UWG) sowie teilweise auch unter dem einer unangemessenen Kundenbeeinflussung (§ 4 Nr. 1 UWG) auf Unterlassung in Anspruch genommenen Apothekeninhaber gewährten ihren Kunden beim Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nach unterschiedlichen Systemen Preisnachlässe, die Rückerstattung der Praxisgebühr, Einkaufsgutscheine und/oder Prämien. Hiergegen hatten sich in drei Fällen die Wettbe-

⁷⁰ Urteil vom 12. Mai 2010 – I ZR 185/07 – juris, Rn 11.

⁷¹ Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 202/07 – GRUR 2010, 749 ff. = WRP 2010, 1030 ff.

⁷² Urteile vom 09. September 2010 – I ZR 123/07, I ZR 37/08, I ZR 72/08, I ZR 68/08, I ZR 125/08 und I ZR 26/09 – noch nicht veröffentlicht.

werbszentrale und in den übrigen Fällen Mitbewerber der jeweiligen Beklagten gewandt, die hierin Verstöße gegen die im Arzneimittelrecht enthaltenen Preisbindungsvorschriften (§ 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG; § 1 Abs. 1 und 4, § 3 AMPPreisV) sowie gegen das im Heilmittelwerberecht geregelte Verbot von Werbegaben (§ 7 HWG) sahen. Die Vorinstanzen hatten die gegenüber den Rabatt- und Bonussystem erhobenen Beanstandungen überwiegend für begründet erachtet und jeweils die Revision zugelassen.

Der BGH ist dem im Wesentlichen beigetreten und hat einen Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung nicht nur dann als gegeben angesehen, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der Arzneimittelverordnung zu berechnenden Preis abgibt. Er hat einen solchen Verstoß vielmehr auch dann bejaht, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen. Das beanstandete Verhalten der Apotheker war aber nur dann geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG spürbar zu beeinträchtigen, wenn keine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG zulässige Werbegabe vorlag. Insoweit hat der BGH eine Werbegabe im Wert von einem Euro noch als zulässig angesehen, bei einer Werbegabe im Wert von 5,00 € dagegen eine spürbare Beeinträchtigung bejaht.⁷³

Soweit sich in der Sache I ZR 72/08 weiter die Frage stellte, ob das deutsche Arzneimittelrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt, hat der BGH diese Sache dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichte des Bundes zur Entscheidung vorgelegt. Der I. Zivilsenat des BGH möchte die Frage, ob das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für die im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführten Arzneimittel gilt, bejahen, sieht sich hieran aber durch eine Entscheidung des 1. Senats des Bundessozialgerichts gehindert.⁷⁴

⁷³ Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs Nr. 172/2010 vom 09. September 2010.
⁷⁴ Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs Nr. 172/2010 vom 09. September 2010.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Abschließend ist noch von einer insolvenzrechtlichen Entscheidung sowie von zwei verfahrensrechtlichen Problemstellungen zu berichten.

a)

Mit den Folgen der **Fortführung einer Arztpraxis durch einen Insolvenzverwalter** befasst sich ein Beschluss des IX. Zivilsenats.⁷⁵ Bekanntlich hatte der IX. Zivilsenat bereits entschieden, dass eine vor Insolvenzeintritt mit einem Zahnarzt vereinbarte Vorausabtretung oder Verpfändung von kassenärztlichen Vergütungsansprüchen unwirksam ist, soweit sie sich auf Vergütungsansprüche bezieht, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte ärztliche Leistungen betreffen.⁷⁶ An dieser Entscheidung hat der Senat nunmehr auch nach Einführung des § 35 Abs. 2 InsO festgehalten. **Vorausverfügungen über Vergütungsansprüche**, die sich gegen eine privatärztliche Abrechnungsstelle richten, sind danach insoweit **unwirksam**, als der Insolvenzverwalter die Arztpraxis fortführt und **es um nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte ärztliche Leistungen geht**.⁷⁷ Gegen die hiergegen in der Literatur vorgebrachte Kritik weist der IX. Zivilsenat darauf hin, dass die Erträge einer auf Kosten der Masse durchgeführten Betriebsfortführung nicht einem einzelnen Zessionar zugewiesen werden können. Dies gilt auch in Ansehung des Hinweises auf mögliche Schwierigkeiten der Angehörigen freier Berufe, Betriebsmittelkredite zu erlangen. Tatsächlich würde die Anerkennung eines Absonderungsrechts nach Verfahrenseröffnung dazu führen, dass die Fortführung von Arzt- aber auch sonstigen freiberuflichen Praxen sofort beendet werden müsste.⁷⁸

b)

Die **Voraussetzungen für eine Zurückweisung der Sache an das Gericht des ersten Rechtszugs** hat ein weiteres unlängst entschiedenes Revisionsverfahren im

⁷⁵ Beschluss vom 18. Februar 2010 – IX ZR 61/09 – GesR 2010, 388 = NJW-RR 2010, 860 f.

⁷⁶ Urteil vom 11. Mai 2005 – IX ZR 247/03 – BGHZ 167, 363 ff. = GesR 2006, 418 ff. = MedR 2007, 44 ff. = NJW-2006, 2485 ff.

⁷⁷ Beschluss vom 18. Februar 2010 – IX ZR 61/09 – juris, Rn. 2.

⁷⁸ Beschluss vom 18. Februar 2010 – IX ZR 61/09 – juris, Rn. 3.

Auge.⁷⁹ Die Klägerin, eine gesetzliche Krankenversicherung, hatte aus übergegangenem Recht ihres Mitglieds den Ersatz von Operationskosten wegen des Austausches eines implantierbaren Cardioverter Defibrillators (im Folgenden: ICD) verlangt. Sie hatte in erster Instanz geltend gemacht, der ihrem Mitglied ursprünglich implantierte ICD habe aufgrund eines Konstruktionsfehlers auszufallen gedroht. Das Landgericht, welches einen Produktfehler gemäß § 3 ProdHaftG bejaht und gemeint hatte, es läge ein Fabrikationsfehler vor, hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil und das Verfahren aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Der VI. Zivilsenat führt aus, dass eine Zurückweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO als Ausnahme von der in § 538 Abs. 1 ZPO statuierten Verpflichtung des Berufungsgerichts, die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden, nur in Betracht kommt, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine Instanz beendende Entscheidung sein kann. Ob ein wesentlicher Verfahrensfehler vorliegt, ist aber allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn dieser verfehlt ist oder das Berufungsgericht ihn für verfehlt erachtet.⁸⁰ Soweit das Berufungsgericht die Aufhebung und Zurückverweisung auf eine erstinstanzliche Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO gestützt hatte, ließen die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht erkennen, dass und welchen entscheidungserheblichen Vortrag die Beklagte infolge einer Verletzung der Hinweispflicht durch das Landgericht unterlassen haben sollte.

c)

Endlich hatte der VI. Zivilsenat eine Fallkonstellation zu entscheiden, in der in der Instanz eine Berufungsbegründungsfrist versäumt und ein daraufhin anhängig gemachtes **Wiedereinsetzungsgesuch** unter gleichzeitiger Verwerfung der Berufung als unzulässig zurückgewiesen worden war.⁸¹ Das Berufungsgericht hatte den Beklagten die beantragte Wiedereinsetzung versagt, weil die Versäumung der Frist zur

⁷⁹ Urteil vom 13. Juli 2010 – VI ZR 254/09 – veröffentlicht bei juris.

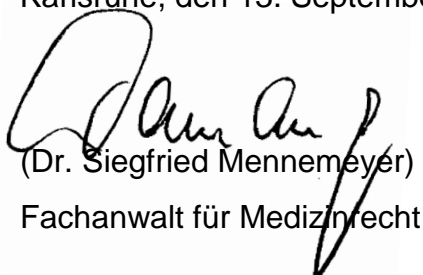
⁸⁰ Urteil vom 13. Juli 2010 – VI ZR 254/09 – juris, Rn. 8.

⁸¹ Beschluss vom 13. Juli 2010 – VI ZB 1/10 – veröffentlicht bei juris.

Berufungsbegründung auf einem Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten beruhte und dies den Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen war. Der BGH hat diese Entscheidung bestätigt und grundlegende Ausführungen im Blick auf die Anforderungen an die ordnungsgemäße Eintragung und Behandlung von Fristen aufgestellt.

So muss sichergestellt sein, dass die zur wirksamen Fristenkontrolle erforderlichen Handlungen zum frühest möglichen Zeitpunkt, d.h. unverzüglich nach Eingang des betreffenden Schriftstücks und im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang vorgenommen werden. Konkret hat der Anwalt bei der **Organisation des Fristenwesens** in seiner Kanzlei deshalb durch geeignete Anweisungen sicherzustellen, dass die Berechnung einer Frist, ihre Notierung auf den Handakten, die Eintragung im Fristenkalender sowie die Quittierung der Kalendereintragung durch einen Erledigungsvermerk auf den Handakten von der zuständigen Bürokräft zum frühest möglichen Zeitpunkt und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang vorgenommen werden.⁸² Beantragt der Prozessbevollmächtigte – wie hier – eine Fristverlängerung, so muss das hypothetische Ende der beantragten Fristverlängerung bei oder alsbald nach Einreichung des Verlängerungsantrags im Fristenkalender eingetragen, als vorläufig gekennzeichnet und rechtzeitig, spätestens nach Eingang der gerichtlichen Mitteilung überprüft werden, damit das wirkliche Ende der Frist festgestellt wird.⁸³ Wird mithin bei Gericht die Verlängerung einer Rechtsmittelfrist (vorliegend: der Berufungsbegründungsfrist) beantragt, darf der endgültige Fristablauf erst nach der tatsächlichen Gewährung der Fristverlängerung als endgültige Frist in den Fristenkalender eingetragen werden.⁸⁴

Karlsruhe, den 13. September 2010


(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht

⁸² Beschluss vom 05. Februar 2003 – VIII ZB 115/02 – NJW 2008, 1815 f. = VersR 2003, 1460 ff.

⁸³ Beschluss vom 13. Juli 2010 – VI ZB 1/10 – juris, Rn. 6.

⁸⁴ Beschluss vom 14. Juli 1999 – XII ZB 62/99 – NJW-RR 1999, 1663 f.