

## **Medizinrechtliche Rechtsprechung** **des BGH im 1. Halbjahr 2011**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe<sup>1</sup>

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2010 betreffenden Übersichten<sup>2</sup> der medizinrechtlichen Rechtsprechung haben wir auch für das 1. Halbjahr 2011 die veröffentlichten Entscheidungen des BGH mit medizinrechtlichen Bezügen zusammengestellt. Diese Entscheidungen ranken sich um das Recht der medizinischen Behandlung, das Recht der privaten Krankenversicherung, das Berufs-, Vertrags-, Gesellschafts-, und Vergütungsrecht der Heilberufe, das Krankenhausrecht und weiter um die Grundzüge des Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrechts sowie um Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts. Im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>3</sup> des Bundesgerichtshof sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14 b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind. Sämtliche Entscheidungen können kostenfrei auf der Homepage des BGH<sup>4</sup> im Volltext abgerufen werden.

### 1.

#### **Recht der medizinischen Behandlung**

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

---

<sup>1</sup> Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

<sup>2</sup> Abrufbar unter <http://www.bgh-anwalt.de/sozietaet/newsletter>.

<sup>3</sup> [http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Geschaeftsverteilung/geschaeftsverteilung\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Geschaeftsverteilung/geschaeftsverteilung_node.html).

<sup>4</sup> [http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html).

a)

Der für die zivilrechtlichen Folgen fehlerhafter medizinischer Behandlung zuständige VI. Zivilsenat hat immer wieder über Fallgestaltungen zu entscheiden, in denen Verletzungen des Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG eine Rolle spielen. Ein entscheidungserheblicher **Gehörsverstoß** führt gem. § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils.<sup>5</sup> Im konkreten Fall hatte die Klägerin ihre Ausführungen zur Notwendigkeit der Durchführung einer perioperativen Antibiotikaphylaxe auf die **Stellungnahme eines Privatgutachters** gestützt, nach der es bei Operationen mit dem Einbau von Osteosynthesematerial nach den Leitlinien zur Verhinderung von postoperativen Wundinfektionen festgeschrieben ist, eine perioperative Antibiotikaphylaxe durchzuführen.<sup>6</sup> **Das Berufungsgericht hatte versäumt** wegen dieses qualifizierten Vortrags **den gerichtlichen Sachverständigen ergänzend** dazu **anhören**, ob solche Leitlinien zum Zeitpunkt der Behandlung der Klägerin tatsächlich vorlagen und entsprechend dem Vorbringen der Klägerin dem ärztlichen Standard zum Zeitpunkt der Behandlung entsprachen. Abhängig vom Ergebnis dieser ergänzenden Anhörung hätte dann weiter mit Hilfe des Sachverständigen geklärt werden müssen, ob in der etwaigen Nichtbeachtung der Leitlinien im Streitfall ein grober Behandlungsfehler lag, der zur Umkehr der Beweislast hätte führen können.<sup>7</sup> Um dies nachzuholen, ist das Berufungsurteil nebst des ihm zugrunde liegenden Verfahrens aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

b)

In letzter Zeit war der VI. Zivilsenat auch wiederholt mit Beweislastfragen und hier gezielt mit den Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit Befunderhebungsfehlern beschäftigt. Eine derartige **Beweislastumkehr** kommt **bei** einem einfachen **Befunderhebungsfehler** schon dann in Betracht, **wenn sich** bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so **deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte**, dass sich **dessen Verknüpfung** als **fundamental oder die Nichtreaktion** auf ihn als **grob fehlerhaft** darstellen würde und diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Ge-

---

<sup>5</sup> Beschluss vom 07. Februar 2011 – VI ZR 269/09 – GesR 2011, 417 = VersR 2011, 1202.

<sup>6</sup> Beschluss vom 07. Februar 2011 – VI ZR 269/09 – juris, Rn. 1.

<sup>7</sup> aaO, juris, Rn. 2.

sundheitsschaden herbeizuführen.<sup>8</sup> In einem derartigen Fall führt bereits das – nicht grob fehlerhafte – Unterlassen der gebotenen Befunderhebung wie ein grober Behandlungsfehler zu erheblichen Aufklärungsschwierigkeiten hinsichtlich des Kausalverlaufs.<sup>9</sup>

Hingegen ist **nicht Voraussetzung für die Beweislastumkehr** zugunsten des Patienten, **dass die Verkennung des Befundes und das Unterlassen der gebotenen Therapie völlig unverständlich sind.**<sup>10</sup> Auch muss der Patient nicht den Nachweis dafür erbringen, dass eine frühezeitigere Therapie das Schadensbild positiv verändert hätte. Wie bei Begründung einer Haftung aus schweren Behandlungsfehlern reicht es grundsätzlich aus, dass der – zu unterstellende – grobe Verstoß des Arztes generell geeignet wäre, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen. Der Wegfall der Beweislastumkehr zugunsten des Patienten käme deshalb nur dann in Betracht, wenn ein ursächlicher Zusammenhang völlig unwahrscheinlich ist, was freilich zur Beweislast des Arztes steht.<sup>11</sup>

Im konkreten Fall war die Klägerin in tief somnolentem Zustand durch einen Notarzt in ein Klinikum eingewiesen und nach Durchführung einer Computertomografie und einer Liquordiagnostik mit der Diagnose eines psychogenen bzw. depressiven Stupors in eine psychiatrische Einrichtung des Beklagten verlegt worden. Dort verblieb die Klägerin über Monate bis endlich bei einer Untersuchung fünf Monate später festgestellt wurde, dass die Klägerin nicht psychisch erkrankt war, sondern am Tage der Einlieferung in die Klinik einen embolischen Thalamusinfarkt (Hirnininfarkt) erlitten hatte. Das Berufungsgericht hatte argumentiert, der Befunderhebungsfehler (Unterlassen der gebotenen MRT-Untersuchung) sei als solcher nicht als grober Fehler zu bewerten gewesen. Eine Beweiserleichterung greife nicht ein, da nicht mit hinreichender Sicherheit gesagt werden könne, dass eine frühere Therapie zu einem besseren Ergebnis geführt hätte. Dem ist der VI. Zivilsenat nicht gefolgt, da eine Beweislastumkehr für die Frage des Ursachenzusammenhangs mit dem tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden auch dann in Betracht kommt, wenn sich bei der ge-

---

<sup>8</sup> Urteil vom 07. Juni 2011 – VI ZR 87/10 – juris, Rn. 7; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>9</sup> aaO, juris, Rn. 7.

<sup>10</sup> aaO, juris, Rn. 8.

<sup>11</sup> aaO, juris, Rn. 8.

botenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental **oder** die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde, und diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen. Hingegen ist nicht Voraussetzung für die Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten, dass die Verkennung des Befundes **und** das Unterlassen der gebotenen Therapie völlig unverständlich sind.

**c)**

Ob eine **Pflicht zur Aufklärung über die Alternative einer Schnittentbindung** bestand, war Gegenstand einer weiteren Revisionsentscheidung des VI. Zivilsenats.<sup>12</sup> Der seit der Geburt schwerstgeschädigte Kläger hatte die Beklagte als geburtsleitende Ärztin auf Schadensersatz in Anspruch genommen und beanstandet, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft eine Pflicht zur Aufklärung über die Alternative einer Schnittentbindung verneint hatte.<sup>13</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des VI. Zivilsenats ist eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit erforderlich, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten.<sup>14</sup> Gemäß diesem allgemeinen Grundsatz braucht der geburtsleitende Arzt zwar in einer normalen Entbindungssituation, bei der eine Schnittentbindung medizinisch nicht indiziert und deshalb keine echte Alternative zur vaginalen Geburt darstellt, ohne besondere Veranlassung die Möglichkeit einer Schnittentbindung nicht zur Sprache bringen. Anders liegt es aber, wenn für den Fall, dass die Geburt vaginal erfolgt, für das Kind ernstzunehmende Gefahren drohen, daher im Interesse des Kindes gewichtige Gründe für eine Schnittentbindung sprechen und diese unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der

---

<sup>12</sup> Urteil vom 17. Mai 2011 – VI ZR 69/10 – GesR 2011, 470 ff. = NJW-RR 2011, 1173 f. = MDR 2011, 914.

<sup>13</sup> Urteil vom 17. Mai 2011 – VI ZR 69/10 – juris, Rn. 9.

<sup>14</sup> aaO, juris, Rn. 10.

Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation eine medizinisch verantwortbare Alternative darstellt.<sup>15</sup>

Vorliegend ergab sich die Notwendigkeit der Aufklärung über die Möglichkeit einer Schnittentbindung aus der **Dauer der Geburt**. Insoweit hatte der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten erläutert, dass allein schon eine verlängerte Geburtsdauer erfahrungsgemäß mit erhöhter fetaler Gefährdung und Venenschwäche einhergehe, es bereits um 14.38 Uhr zu einer bis 14.44 Uhr andauernden ersten „fetalen Bradykardie“ gekommen sei, die Auffälligkeiten um 16.10 Uhr in einer Serie von mindestens drei Dezelerationen der fetalen Herzfrequenz mit einer Gesamtdauer von etwa neun Minuten bestanden hätten und ein suspektes Muster der fetalen Herzfrequenz nicht mehr einem regelrechten Verlauf der Geburt entsprach. Diese Angaben hatte der Sachverständige dann allerdings im Rahmen seiner mündlichen Anhörung relativiert, so dass die Äußerungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten in Widerspruch zu seinen mündlichen Erläuterungen standen.<sup>16</sup> Der VI. Zivilsenat hat dies nicht akzeptiert: Liegen der Beurteilung des gerichtlichen Sachverständigen medizinische Fragen zugrunde, muss der Richter mangels eigener Fachkenntnisse Unklarheiten und Zweifel bei den Bekundungen des Sachverständigen durch eine gezielte Befragung klären<sup>17</sup>, mit der Folge, dass das Berufungsurteil aufzuheben war, um die im Rahmen des Revisionsverfahrens aufgezeigten Unklarheiten und Zweifel durch eine ergänzende Anhörung des Sachverständigen aufzuklären.

**d)**

In einem durch Urteil vom 03. Mai 2011 entschiedenen Revisionsverfahren<sup>18</sup> spielten Fragen des Haftungsumfangs eine Rolle. Die Klägerin, eine gesetzliche Krankenkasse, hatte von der Beklagten aus übergegangenem Recht Schadensersatz wegen der Folgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers verlangt. Im Revisionsverfahren ging der

---

<sup>15</sup> aaO, juris, Rn. 10 mit Hinweis auf Urteile vom 14. September 2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703 ff. = GesR 2005, 21 ff. (Zwillingsschwangerschaft) und vom 25. November 2003 – VI ZR 8/03 – NJW 2004, 1452 ff. = GesR 2004, 132 ff. (möglicherweise makrosomes Kind).

<sup>16</sup> Urteil vom 17. Mai 2011 – VI ZR 69/10 – juris, Rn. 22.

<sup>17</sup> Ständige Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, vgl. etwa Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – NJW 2010, 3230 ff. = MedR 2011, 242 ff.

<sup>18</sup> Urteil vom 03. Mai 2011 – VI ZR 61/10 – NJW 2011, 2583 ff. = VersR 2011, 946 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Streit der Parteien nur noch darum, ob die Beklagte den für jeden Tag der stationären Krankenhausbehandlung in den neuen Bundesländern anfallenden **Investitionszuschlag nach Art. 14 des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG)** vom 21. Dezember 1992<sup>19</sup> zu ersetzen hatte. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Schadensersatzanspruch des Geschädigten nach § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X auch in Höhe der Aufwendungen für den Investitionszuschlag auf die gesetzliche Krankenkasse übergeht.<sup>20</sup>

**e)**

In einer für die amtliche Sammlung BGHZ bestimmten Entscheidung ging es um die Folgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers und eines darauf beruhenden irreversiblen Hirnschadens aus dem Jahre 1981, die durch einen im Jahre 1991 zwischen der Geschädigten und dem verantwortlichen Krankenhaus (der hiesigen Beklagten) durch einen Abfindungsvergleich umfassend abgegolten worden war.<sup>21</sup> Im anhängigen Verfahren wurde die Beklagte nun von der Trägerin der gesetzlichen Pflegeversicherung **aus übergegangenem Recht wegen gezahlten Pflegegeldes in Anspruch genommen.**

Die Vorinstanzen hatten angenommen, dass die mit der Klage geltend gemachten **Ansprüche wegen vermehrter Bedürfnisse aus § 843 Abs. 1 Fall 2 BGB** frühestens am 01. Januar 1995 auf die bei der AOK bestehende Pflegekasse oder einen anderen Sozialversicherer hätten übergehen können, mit der Folge, dass diese Ansprüche von dem zwischen der Versicherten und der Beklagten geschlossenen Abfindungsvergleich vom 25./31. Dezember 1991 erfasst worden und deshalb nach §§ 779, 362 BGB erloschen seien. Insoweit habe die Geschädigte also durch den Abfindungsvergleich im Jahre 1991 wirksam verfügt.

Der VI. Zivilsenat ist dem entgegengetreten. Er hat zunächst seine Rechtsprechung wiederholt, nach der sich der **Übergang von Schadensersatzansprüchen** gem. § 1542 RVO § 116 Abs. 1 SGB VI **grundsätzlich im Zeitpunkt des schädigenden**

---

<sup>19</sup> BGBl. I S. 2266.

<sup>20</sup> Urteil vom 03. Mai 2011 – VI ZR 61/10 – juris, Rn. 6, 10 ff.

<sup>21</sup> Urteil vom 12. April 2011 – VI ZR 158/10 – GesR 2011, 217 ff. = NJW 2011, 2357 ff. = ZMGR 2011, 238 ff.

**Ereignisses** (hier also 1981) vollzieht, soweit der Sozialversicherungsträger dem Geschädigten möglicherweise in Zukunft Leistungen zu erbringen hat, die sachlich und zeitlich mit den Erstattungsansprüchen des Geschädigten kongruent sind.<sup>22</sup> Eine **Ausnahme** erfährt dieser Grundsatz nur in den Fällen, in denen neue Leistungsbe-  
rechtigungen erst nach dem Schadensereignis aufgrund sog. „**Systemänderungen**“  
geschaffen werden. In derartigen Ausnahmefällen findet ein Forderungsübergang  
erst mit Inkrafttreten der Neuregelung statt. Vorliegend hat der VI. Zivilsenat indes  
einen „Systemwechsel“ und damit einen Ausnahmefall verneint.

Eine „Systemänderung“ hat der erkennende Senat beispielsweise für den mit dem  
Gesundheitsreform-Gesetz vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I 1988 S. 2477) mit Wir-  
kung zum 1. Januar 1989 eingeführten Anspruch auf häusliche Pflegehilfe nach  
§§ 53 ff. SGB V a.F. angenommen.<sup>23</sup> Demgegenüber war hinsichtlich der dem nach-  
folgenden Modifizierungen – so etwa den 1994 geschaffenen Anspruch auf Bewilli-  
gung eines Pflegegeldes gemäß § 37 SGB XI<sup>24</sup> – eine systemisch wirkende Ände-  
rung verneint worden.<sup>25</sup> Im Einklang hiermit hält die Revisionsentscheidung bezogen  
auf Ansprüche der Geschädigten wegen vermehrter Bedürfnisse fest, dass diese An-  
sprüche bereits mit dem Inkrafttreten des Gesundheitsreform-Gesetzes vom 20. De-  
zember 1989 auf die AOK als Trägerin der gesetzlichen Krankenversicherung über-  
gegangen waren und deshalb von dem späteren Vergleichsabschluss im Jahre 1991  
nicht mehr erfasst werden konnten.<sup>26</sup>

## g)

Der 5. (Leipziger) Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Instanzverurtei-  
lung eines Berliner Schönheitschirurgen wegen **Körperverletzung mit Todesfolge  
in Tateinheit mit versuchtem Totschlag** zu entscheiden.<sup>27</sup> Der Angeklagte hatte in  
seiner chirurgischen Tagesklinik an einer 49 Jahre alten Patientin eine Schönheits-  
operation im Bauchbereich, verbunden mit einer Fettabsaugung vorgenommen. Er  
hatte es dabei unterlassen, einen für die schwere Operation erforderlichen Anästhe-

<sup>22</sup> Urteil vom 12. April 2011 – VI ZR 158/10 – GesR 2011, 217 ff. = NJW 2011, 2357 ff. = ZMGR  
2011, 238 ff.

<sup>23</sup> aaO, juris, Rn. 10.

<sup>24</sup> Urteil vom 03. Dezember 2002 – VI ZR 142/02 – NJW 2003, 1455 ff. = VersR 2003, 267 ff.

<sup>25</sup> Ebenso Urteil vom 12. April 2011 – VI ZR 158/10 – juris, Rn. 11.

<sup>26</sup> Urteil vom 12. April 2011, aaO, juris, Rn. 12 ff.

<sup>27</sup> Urteil vom 07. Juli 2011 – 5 StR 561/10 – bislang nur bei juris.

sisten hinzuzuziehen. Darüber, dass ein solcher anwesend sein würde, hatte er seine Patientin getäuscht. Dies machte ihre Einwilligung unwirksam und qualifizierte die Operation als Körperverletzung. Nach Überwindung eines Herzstillstands gegen Ende des Eingriffs unterließ es der Angeklagte über mehr als sechs Stunden, die Patientin zur notwendigen cerebralen Reanimation in eine Intensivstation eines Krankenhauses zu verlegen, woraufhin die Patientin wenige Tage später verstarb.

Der Bundesgerichtshof hat sämtliche Feststellungen des Landgerichts zum objektiven Tatgeschehen und zur Verantwortlichkeit des Angeklagten für den Tod seiner Patientin im Sinne einer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) aufrechterhalten. Während die Angriffe des Angeklagten gegen diese Feststellungen damit erfolglos blieben, hat der 5. Strafsenat indes die unzureichende Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes sowie die unterlassene Bewertung ausgelassener Rettungschancen unter dem Gesichtspunkt eines versuchten Mordes durch Unterlassen beanstandet.<sup>28</sup>

#### **h)**

Die Verurteilung eines Chefarztes wegen **Bestechlichkeit, Nötigung, Betrug und Steuerhinterziehung** war Gegenstand eines weiteren beim 1. Strafsenat anhängigen Revisionsverfahrens.<sup>29</sup> Der Angeklagte hatte im Tatzeitraum als Universitätsprofessor und Leiter der Klinik für Allgemein- und Transplantationschirurgie von Regelleistungspatienten, die keinen Anspruch auf eine wahlärztliche Behandlung durch den Angeklagten hatten, eine „Spende“ gefordert und als Gegenleistung versprochen, diese Patienten in der Weise zu bevorzugen, dass er sie persönlich behandeln werde. Die Patienten zahlten Beträge zwischen 2.000,00 € und 7.500,00 €, die mit Ausnahme eines Falles auf ein beim Universitätsklinikum geführtes Drittmittelkonto einbezahlt wurden, über welches der Angeklagte praktisch frei verfügen konnte. Weiter hatte der Angeklagte einzelne Operationsleistungen gegenüber den Patienten als persönlich erbracht abrechnen lassen, obwohl er zum Zeitpunkt der Operation nicht im Universitätsklinikum war. Alles dies hatte eine Verurteilung des Angeklagten zu drei Jahren Gesamtfreiheitsstrafe wegen Bestechlichkeit (§ 332 StGB) in 30 Fällen,

---

<sup>28</sup> Urteil vom 07. Juli 2011 – 5 StR 561/10 – juris, Rn. 23 und 26.

<sup>29</sup> Beschluss vom 13. Juli 2011 – 1 StR 622/10 – bislang nur bei juris.



in drei Fällen in Tateinheit mit Nötigung (§ 240 StGB) und in einem Fall in Tateinheit mit Betrug (§ 263 StGB), sowie wegen Betruges, versuchten Betruges und Steuerhinterziehung zur Folge, wobei die hiergegen gerichtete Revision des Chefarztes als offensichtlich unbegründet (§ 249 Abs. 2 StPO) verworfen wurde.<sup>30</sup>

**i)**

Um die Verantwortlichkeit eines Arztes im Falle der **Überlassung von Betäubungsmitteln** an Patienten im Rahmen einer therapeutischen Sitzung ging es in einem weiteren Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs.<sup>31</sup> Der Angeklagte hatte im Rahmen einer wissenschaftlich nicht als Therapiemethode anerkannten sogenannten „**Psycholyse**“ drogenerfahrenen Patienten Drogen (so die zur Einnahme bereitgehaltenen Substanzen Neocor und MDMA) zur Verfügung gestellt. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts unterfällt, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen Tötung oder Körperverletzung verurteilt werden.<sup>32</sup> Unterläuft dem Arzt bei der Dosierung eines Betäubungsmittels ein Fehler, so fehlt es an einer Vermittlung der Tatherrschaft durch Irrtumsherrschaft, die bei der vorsätzlichen Körperverletzung nur durch ein vorsätzliches Handeln bewirkt werden kann.<sup>33</sup>

## 2.

### Recht der Privaten Krankenversicherung

Das private Krankenversicherungsrecht fällt in die Zuständigkeit des IV. Zivilsenats.

---

<sup>30</sup> Vgl. Mitteilung Nr. 138/2011 der Pressestelle des BGH.

<sup>31</sup> Beschluss vom 11. Januar 2011 – 5 StR 491/10 = GesR 2011, 240 f. = MedR 2011, 578 f.

<sup>32</sup> Beschluss vom 11. Januar 2011 – 5 StR 491/10 – juris, Rn. 6 ff.

<sup>33</sup> aaO, juris, Rn. 12 f.

**a)**

In zwei Entscheidungen vom 09. März 2011 hat sich der Versicherungssenat zu der Frage geäußert, ob eine versicherte Arbeitsunfähigkeit im Sinne der **Krankentagegeldversicherung** vorliegt, wenn sich der Versicherte an seinem Arbeitsplatz einer tatsächlichen oder von ihm als solche empfundenen **Mobbingsituation** ausgesetzt sieht, hierdurch psychisch oder physisch erkrankt und infolgedessen seinem bisher ausgeübtem Beruf in seiner konkreten Ausprägung nicht nachgehen kann.<sup>34</sup> Der IV. Zivilsenat hat dies jeweils bejaht und die Klagen der Versicherten für begründet erachtet. Dabei hat sich der Senat gegen die bislang herrschende Auffassung gestellt, dass es sich nicht um einen Versicherungsfall, sondern um eine bloße „Arbeitsplatz-unverträglichkeit“ handele, wenn die zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung der versicherten Person durch Umstände an ihrem bisherigen Arbeitsplatz verursacht oder verstärkt worden ist.<sup>35</sup>

**b)**

Eine weitere Entscheidung befasst sich mit den Anforderungen an die Substantiierungslast des Versicherungsnehmers in Bezug auf die zutreffende mündliche Anzeige von Vorerkrankungen bei Abschluss einer **Krankenversicherung** gegenüber dem Agenten unter Berücksichtigung der **Auge-und-Ohr-Rechtsprechung**.<sup>36</sup> Danach muss der Versicherungsnehmer nicht darlegen, den Agenten medizinisch exakt über sämtliche im Verlauf einer längeren und umfassenden Behandlung gestellten Diagnosen und jeden einzelnen Behandlungsschritt informiert zu haben; vielmehr ist der prozessuale Vortrag auch dann noch hinreichend substantiiert, wenn der Versicherungsnehmer nicht nur pauschal behauptet, den Versicherungsagenten richtig informiert zu haben, sondern wenn er laienhaft schildert, welche Beschwerden und Krankheitsbilder er dem Agenten genannt habe. Gemessen daran war das Vorbringen der Klägerin im Streitfall hinreichend substantiiert.

---

<sup>34</sup> – IV ZR 137/10 – VersR 2011, 518 = NJW 2011, 1675 und – IV ZR 52/08 – zfs 2011, 343; an dem erstgenannten Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>35</sup> So aber OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2008 – 5 U 65/05 – juris, Rn. 21 f. (Vorinstanz zum Verfahren – IV ZR 52/08 –); OLG Celle, VersR 2000, 1531, 1532; LG Bremen, NJOZ 2004, 656, 657; MünchKomm-VVG/Hütt, § 192, Rn. 151; Prölss/Martin/Voit, VVG 28. Aufl., § 1 MB/KT 2009, Rn. 2; Bach/Moser/Wilmes, Private Krankenversicherung, 4. Aufl., § 1 MB/KT, Rn. 16; Brams, VersR 2009, 744, 748 ff. m.w.N.; Muschalla/Linden, VersMed 2009, 63 (67).

<sup>36</sup> Beschluss vom 09. März 2011 – IV ZR 130/09 – VersR 2011, 737 = NJW-RR 2011, 826.

### 3.

#### Berufsrecht der Heilberufe

Fragen des Berufsrechts der Heilberufe haben den I. sowie den III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigt.

#### a)

Das Verbot des **§ 31 MBO-Ä** gilt nicht nur, wenn ein Arzt einem anderen Arzt Patienten überweist, sondern **auch für Patientenzuführungen an die in § 34 Abs. 5 MBO-Ä genannten Apotheken, Geschäfte oder Anbieter gesundheitlicher Leistungen.**<sup>37</sup> Dies hat der Wettbewerbssenat des Bundesgerichtshofs unter dem Entscheidungsnamen „Hörgeräteversorgung II“ erkannt. Konkret ging es um die Klage einer niedergelassenen Hörgeräteakustikerin, die von einem niedergelassenen HNO-Arzt im Wege der Unterlassungsklage verlangt hatte, dass dieser einen bestimmten Anbieter/Leistungserbringer für Hörgeräte nicht mehr ausschließlich empfehlen dürfe. Gemäß § 34 Abs. 5 MBO-Ä ist eine Verweisung an bestimmte Hilfsmittelerbringer untersagt, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt. Der I. Zivilsenat führt in dem Revisionsurteil detailliert aus, wann eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs. 5 MBO-Ä vorliegt und stellt fest, es könne nicht angenommen werden, dass die Verweisung aus medizinischen Gründen veranlasst und damit zulässig war.<sup>38</sup> Im Zusammenhang mit § 31 MBO-Ä ist klagestellt, dass Vorteile im Sinne dieser Regelung auch Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein können. Bezogen auf einen gesellschaftsrechtlich an einem Hilfsmittellieferanten beteiligten Arzt, der Patienten an diesen Anbieter verweist, geht der I. Zivilsenat von einem Vorteil im Sinne von § 31 MBO-Ä aus, wenn die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen.<sup>39</sup> Differenzierter zu beurteilen sind danach Fälle, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 111/08 – MedR 2011, 500 ff. = NJW 2011, 2211 ff. = ZMGR 2011, 185 ff.

<sup>38</sup> Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 111/08 – juris, Rn. 44 ff.

<sup>39</sup> aaO, juris, Rn. 69.

<sup>40</sup> aaO, juris, Rn. 79.

**b)**

Anträge auf **Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit im Rahmen einer beabsichtigten Tätigkeit als Belegärzte im Krankenhaus nach § 103 Abs. 7 SGB V** haben den III. Zivilsenat beschäftigt.<sup>41</sup>

**Schadensersatzansprüche wegen verzögerter oder abgelehnter Zulassung** als Vertragsarzt richten sich naturgemäß nicht gegen den Zulassungsausschuss selbst, sondern gegen die den Zulassungsausschuss errichtenden Körperschaften. Zulassungsausschuss und Berufungsausschuss sind Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung von Vertragsärzten bzw. Vertragszahnärzten und Krankenkassen, die – hoheitlich handelnd – ihre Selbstverwaltungsaufgaben mit unmittelbarer Wirkung für die entsendenden Körperschaften wahrnehmen.<sup>42</sup> Sie werden von den kassenärztlichen bzw. kassenzahnärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen sowie den Ersatzkassen zur Beschlussfassung und Entscheidung in Zulassungssachen nach §§ 96 Abs. 1, 97 Abs. 1 SGB V errichtet. Dabei bestehen die Zulassungsausschüsse in gleicher Zahl aus Vertretern der Ärzte, die von den Kassenärztlichen Vereinigungen bestellt werden, und der Krankenkassen, die von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen bestellt werden (§ 96 Abs. 2 SGB V). In den vom III. Zivilsenat entschiedenen Fällen hatten sich die Schadensersatz verlangenden Ärzte gegen die Kassenärztliche Vereinigung gewandt. Diese hatte in einem Fall ihrer Inanspruchnahme entgegengehalten, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Zurückweisung des Zulassungsantrags allein mit den Stimmen der von den Krankenkassen in den Zulassungsausschuss entsandten Mitglieder herbeigeführt worden sei. Denn da die Zulassungsausschüsse nach § 96 Abs. 2 Satz 6 SGB V mit einfacher Stimmenmehrheit entschieden und bei Stimmgleichheit ein Antrag als abgelehnt gilt, sei es denkbar, dass der Antrag des Klägers mit den Stimmen der Vertreter der Krankenkasse abgelehnt worden sei und den von der Kassenärztlichen Vereinigung bestellten Mitgliedern von daher keine Verantwortung zugerechnet werden könne.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Urteile vom 10. Februar 2011 – III ZR 37/10 – BGHZ 188, 302 ff. = NJW 2011, 2586 ff. = VersR 2011, 796 ff. sowie ebenfalls vom 10. Februar 2011 – III ZR 310/09 – veröffentlicht bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>42</sup> Urteil vom 10. Februar 2011 – III ZR 37/10 – juris, Rn. 18.

<sup>43</sup> vgl. Urteil vom 10. Februar 2011 – III ZR 37/10 – juris, Rn. 20.

Der Bundesgerichtshof hat diese Verteidigungsstrategie missbilligt und der Kassenärztlichen Vereinigung **die Darlegungs- und Beweislast** dafür auferlegt, dass ihre Mitglieder einer rechtswidrig ergangenen (Mehrheits-) Entscheidung des Kollegiums nicht zugestimmt haben.<sup>44</sup> Da die Kassenärztliche Vereinigung – schon aus Gründen der fachlichen Zusammenarbeit – den Vorgängen im Zulassungsausschuss näher steht als der Geschädigte und sie im Hinblick auf eine mögliche Haftung auch im Verhältnis zu den anderen entsendenden Körperschaften ein Interesse daran hat, das Stimmverhalten der von ihr bestellten Mitglieder des Zulassungsausschusses in Erfahrung zu bringen, hält der Senat eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für geboten.

In einem der beiden Verfahren hatte das Berufungsgericht sowohl eine objektive Pflichtwidrigkeit der Ablehnungsentscheidung des Zulassungsausschusses als auch ein Verschulden bejaht. Dies hat der Bundesgerichtshof hingenommen.<sup>45</sup> In dem anderen Fall scheiterte der dortige Schadensersatzanspruch an hinreichenden Feststellungen zum notwendigen **Verschulden**. Dort war die Ablehnung der Zulassung unter anderem darauf gestützt worden, die Entfernung zwischen der Praxis der die Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit beantragenden Krankenhausärzte und dem Krankenhaus sei mit ca. 30 km zu groß, um eine unverzügliche und ordnungsgemäße Versorgung der Patienten zu gewährleisten. Anknüpfend hieran führt der III. Zivilsenat aus, dass nicht jeder objektive Rechtsirrtum ohne weiteres einen Schuldvorwurf begründe. Wenn die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Amtsträgers als rechtlich vertretbar angesehen werden könne, dann könne aus der Missbilligung dieser Rechtsauffassung durch die Gerichte ein Schuldvorwurf nicht hergeleitet werden.<sup>46</sup> Im Zeitpunkt der Ablehnung des Zulassungsantrages durch den Zulassungsausschuss seien die näheren Einzelheiten zur Residenzpflicht im Sinne des § 24 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV noch nicht abschließend geklärt gewesen.<sup>47</sup> Von daher könne die vom Zulassungsausschuss vertretene Auffassung, eine Entfernung von 30 km und eine Fahrtzeit von knapp 30 Minuten für die einfache Strecke gewährleiste keine unverzügliche und ordnungsgemäße Versorgung der ambulant und stati-

---

<sup>44</sup> aaO, juris, Rn. 26.

<sup>45</sup> aaO, juris, Rn. 8 ff. und 11 ff.

<sup>46</sup> Urteil vom 10. Februar 2011 – III ZR 310/09 – juris, Rn. 14; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>47</sup> Urteil vom 10. Februar 2011 – III ZR 310/09 – juris, Rn. 15.

onär zu betreuenden Versicherten, insbesondere wenn es um Komplikationen nach einem chirurgischen Eingriffe gehe, nicht als gänzlich unvertretbar und damit schuldhaft angesehen werden.

**c)**

Wer, ohne zur Ausübung des ärztlichen Berufs berechtigt zu sein und ohne eine Erlaubnis nach § 1 HeilprG zu besitzen, die Heilkunde ausübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft (§ 5 HeilprG). Mit dieser Vorschrift war der 2. Strafsenat in einem Fall befasst, in dem die Angeklagte in ihrer Wohnung **ohne Erlaubnis nach § 1 HeilprG Behandlungen nach der sogenannten Synergetik-Methode** durchführte. Nach der dieser Behandlungsmethode zugrunde liegenden Lehre lassen sich bei den Klienten in Tiefenentspannung innere Bilder bearbeiten. Hierdurch sollen unverarbeitete Erlebnisse und Konflikte aufgearbeitet und eine Selbstheilung von Krankheiten ermöglicht werden. Das Landgericht hatte die Angeklagte **wegen unerlaubter Ausübung der Heilkunde verurteilt**. Die gegen diese Verurteilung gerichtete **Revision hatte keinen Erfolg**.<sup>48</sup> Der 2. Strafsenat hat eine Strafbarkeit nach § 5 Abs. 1 HeilprG bestätigt und ausgeführt, dass unter die strafbewehrte Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HeilprG Behandlungen fallen, die gesundheitliche Schäden verursachen können.<sup>49</sup> Es wird ferner klargestellt, dass es sich bei dem Straftatbestand des **§ 5 HeilprG** um ein potentiell **Gefährungsdelikt** handelt, bei dem nur eine generelle Gefährlichkeit der konkreten Tat, nicht aber der Eintritt einer konkreten Gefahr zum Tatbestand gehört.<sup>50</sup>

#### 4.

#### **Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe**

Im Zusammenhang mit einer Entscheidung zum **Zugewinnausgleich** hat der XII. Zivilsenat entschieden, dass der **Goodwill einer freiberuflichen Zahnarztpraxis** als immaterieller Vermögenswert **grundsätzlich in den Zugewinnausgleich einzube-**

---

<sup>48</sup> Urteil vom 22. Juni 2011 – 2 StR 580/10 – bislang nur bei juris.

<sup>49</sup> Urteil vom 22. Juni 2011 – 2 StR 580/10 – juris, Rn. 5.

<sup>50</sup> aaO, juris, Rn. 4.

**ziehen** ist.<sup>51</sup> Bei der Bemessung eines solchen Goodwills ist im Rahmen der modifizierten Ertragswertmethode ein Unternehmerlohn abzusetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert.<sup>52</sup> Die stichtagsbezogene Bewertung einer Inhaberpraxis im Zugewinnausgleich setzt eine Verwertbarkeit der Praxis voraus. Deshalb sind bereits bei der stichtagsbezogenen Bewertung dieses Endvermögens latente Vertragssteuern abzusetzen, und zwar unabhängig davon, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.<sup>53</sup>

## 5.

### Vergütungsrecht der Heilberufe

In der Berichtsperiode waren sowohl der III. Zivilsenat als auch der VI. Zivilsenat mit Vergütungsfragen beschäftigt.

#### a)

Der VI. Zivilsenat hatte zu entscheiden, wann vertragswidriges Verhalten zum Verlust des Vergütungsanspruchs führt, wobei es im konkreten Fall um die Voraussetzungen eines **Rückzahlungsanspruchs gegen einen Zahnarzt wegen vertragswidrigen Verhaltens aus § 628 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB** ging.<sup>54</sup> Die privatversicherte Klägerin hatte sich bei dem Beklagten für den Oberkiefer und drei Zähne im Unterkiefer vollkeramische Brücken und Kronen gegen ein Pauschalhonorar in Höhe von 12.000,00 € erstellen lassen. Hierbei war auch eine Korrektur der Bisshöhe vorgesehen. Nachdem Kronen und Brücken provisorisch eingesetzt worden waren, kam es zu einem Gespräch, in dem die Klägerin Unzufriedenheit äußerte und letztlich mitteilte, dass sie sich für eine anderweitige Neuherstellung entschieden habe. Gleichzeitig zahlte sie den noch offenen Restbetrag auf das vereinbarte Honorar, welches sie unter Hinweis auf die letztlich vom Beklagten nicht mehr vollständig erbrachte Dienstleistung im anhängigen Verfahren teilweise wieder zurückverlangt hatte.

---

<sup>51</sup> Urteil vom 09. Februar 2011 – XII ZR 40/09 – BGHZ 188, 282 ff. = NJW 2011, 999 ff.

<sup>52</sup> Urteil vom 09. Februar 2011 – XII ZR 40/09 – juris, Rn. 20, 24 ff.

<sup>53</sup> aaO, juris, aaO, Rn. 29 f.

<sup>54</sup> Urteil vom 29. März 2011 – VI ZR 133/10 – GesR 2011, 414 ff. = NJW 2011, 1674 f. = ZMGR 2011, 232 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der VI. Zivilsenat hält fest, dass ein **Zahnarztvertrag** als **Dienstvertrag über Dienste höherer Art gemäß § 627 BGB** jederzeit auch **ohne Gründe gekündigt** werden kann.<sup>55</sup> Der streitgegenständliche Dienstvertrag war auch noch nicht beendet, da die definitiven Kronen und Brücken nur provisorisch eingesetzt waren. Unter diesen Umständen konnte die Mitteilung der Klägerin, sie wolle das restliche Honorar überweisen und die Neufertigung anderweitig durchführen lassen, nur als Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Beklagten angesehen werden.<sup>56</sup> Nach § 628 Abs. 1 Satz 3 BGB hat der Dienstverpflichtete eine im Voraus für einen späteren, nach der Kündigung liegenden Zeitpunkt entrichtete Vergütung zurückzuerstatten. § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB bestimmt, dass dem Dienstverpflichteten (hier dem Zahnarzt), wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Dienstberechtigten (hier der Patientin) veranlasst hat, kein Vergütungsanspruch zusteht, soweit seine bisherigen **Leistungen infolge der Kündigung** für den Dienstberechtigten **kein Interesse** mehr haben. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trifft den Dienstberechtigten, weil er sich gegenüber der grundsätzlichen Vergütungspflicht des § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB auf eine Ausnahme beruft.<sup>57</sup> In diesem Zusammenhang stellt der VI. Zivilsenat klar, dass es für ein im Sinne von § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB notwendiges vertragswidriges Verhalten nicht erforderlich ist, dass dieses vertragswidrige Verhalten als schwerwiegend<sup>58</sup> oder als wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB<sup>59</sup> anzusehen ist.<sup>60</sup> Ein geringfügiges vertragswidriges Verhalten lässt indes die Pflicht, die bis zur Kündigung erbrachten Dienste zu vergüten, unberührt.<sup>61</sup>

Das Berufungsgericht hatte offen gelassen, ob ein schuldhafter Behandlungsfehler vorlag. Dies war mithin revisionsrechtlich zu unterstellen, mit der Folge, dass in einem derartigen (zahn-)ärztlichen Behandlungsfehler ein vertragswidriges Verhalten im Sinne von § 628 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zu sehen sein könnte und der Streitfall deshalb an die Vorinstanz zurückgewiesen worden ist.

---

<sup>55</sup> Urteil vom 29. März 2011 – VI ZR 133/10 – juris, Rn. 8.

<sup>56</sup> aaO, juris, Rn. 9.

<sup>57</sup> aaO, juris, Rn. 12.

<sup>58</sup> so aber: Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Auflage, § 628, Rn. 4.

<sup>59</sup> so bislang aber im großen Teil der Literatur, vgl. etwa MünchKomm-BGB/Henssler, 5. Auflage, § 628, Rn. 17 und OLG Brandenburg, NJW-RR 2001, 137.

<sup>60</sup> Urteil vom 29. März 2011 – VI ZR 133/10 – juris, Rn. 14.

<sup>61</sup> aaO, juris, Rn. 17.



**b)**

Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem Dienstvertrag über die Erbringung von Pflegeleistungen lagen einer Entscheidung des III. Zivilsenats zugrunde.<sup>62</sup> Mit der während des Rechtsstreits verstorbenen früheren Beklagten, die der Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftige) zugeordnet war, bestand ein **Pflegevertrag**, der von der ursprünglichen Beklagten nach einem Krankenhausaufenthalt gekündigt worden war. Der Streit der Parteien ging um die Wirksamkeit der im Pflegevertrag **formularmäßig vereinbarten Kündigungsfrist von 14 Tagen**.

Im Ausgangspunkt war davon auszugehen, dass bei einem Vertrag über ambulante pflegerische Leistungen, die als Sachleistungen gegenüber der Pflegeversicherung abgerechnet werden, die Vergütung nicht im Sinne des § 621 BGB nach Zeitabschnitten bemessen ist.<sup>63</sup> Der Vertrag eines nach den Bestimmungen des SGB XI Pflegebedürftigen mit einer zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtung über ambulante pflegerische Leistungen ist ein Vertrag über Dienste höherer Art.<sup>64</sup> Zur hier formularmäßig vereinbarten ordentlichen Kündigungsfrist von 14 Tagen hält die Revisionsentscheidung fest, dass eine derart von einem ambulanten Pflegedienst gestellte **Geschäftsbedingung** den Pflegebedürftigen unangemessen benachteiligt und deshalb **unwirksam** ist.<sup>65</sup>

**6.**

**Krankenhausrecht**

Um die „**Ausgründung**“ einer **Privatklinik durch ein Plankrankenhaus** und die Frage, ob die ausgegründete Privatkrankenanstalt auch dann nicht den Bestimmungen des Krankenhausentgeltrechts unterliegt, wenn sie ihre Patienten mit Hilfe der apparativen Ausstattungen unter Einsatz von Ärzten des Plankrankenhauses behan-

---

<sup>62</sup> Urteil vom 09. Juni 2011 – III ZR 203/10 – GesR 2011, 552 ff. = NJW 2011, 2955 ff. = BfIR 2011, 353 ff.

<sup>63</sup> Urteil vom 09. Juni 2011 – III ZR 203/10 – juris, Rn. 11.

<sup>64</sup> aaO, juris, Rn. 15.

<sup>65</sup> aaO, juris, Rn. 21.

delt, rankt sich eine Entscheidung des III. Zivilsenats.<sup>66</sup> Nach den bindenden Feststellungen in den Tatsacheninstanzen erfüllt die aufgrund einer Konzession nach § 30 Abs. 1 GewO betriebene Privatkrankenanstalt nicht die Voraussetzungen des § 67 AO und wurde mithin auch nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG gefördert (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KHEntGG). Die Privatkrankenanstalt war daher in ihrer Preisgestaltung (in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB) grundsätzlich frei.<sup>67</sup>

Diese Einschätzung hatte zur Folge, dass sich der klagende Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. mit seinem Begehren, die Beklagten wegen der Gestaltung der Entgelte in der Privatklinik auf Unterlassung auf Anspruch zu nehmen und die Privatkrankenanstalt den Bestimmungen des Krankenhausentgeltrechts zu unterwerfen, abschlägig beschieden werden musste. Anders als der klagende Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. sah der Bundesgerichtshof in der „Ausgründung“ der Privatklinik **keine rechtlich zu missbilligende Umgehung der gesetzlichen Vorschriften des Krankenhausentgeltrechts**, wenngleich durch die „Ausgründung“ erreicht wurde, dass von (Privat-)Patienten der Privatklinik für dieselben Leistungen, die das Plankrankenhaus nach dem Krankenhausentgeltgesetz abzurechnen gehabt hätte, eine höhere Vergütung durchgesetzt werden konnte. In diesem Zusammenhang hat es der III. Zivilsenat als unerheblich angesehen, dass die ärztliche und apparative Ausstattung des betriebenen Plankrankenhauses maßgeblich dazu beitrug, dass die ausgegründete und in Form einer GmbH betriebene Privatkrankenanstalt ihr Leistungsangebot überhaupt verwirklichen konnte.<sup>68</sup> Dabei sieht der Bundesgerichtshof durchaus die Gefahr, dass dann, wenn die Leistungsbeziehungen zwischen dem Plankrankenhaus und der „ausgegründeten“ Privatklinik in räumlicher, personeller und organisatorischer Hinsicht nicht klar genug abgegrenzt sind, eine Quersubventionierung der öffentlichen Hand zugunsten von Privatkliniken zu befürchten steht. Dem sei indes nicht durch zivilrechtliche Sanktionen im Rahmen der Vertragsbeziehungen zwischen den Patienten und dem Plankrankenhaus entgegenzutreten, indem die Privatklinik vergütungsrechtlich in ein Plankrankenhaus „umfunktioniert“ und damit den Vorgaben des § 17 Abs. 1 KHEntG unterworfen wer-

---

<sup>66</sup> Beschluss vom 21. April 2011 – III ZR 114/10 – GesR 2011, 492 ff. = ZMGR 2011, 181 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>67</sup> Beschluss vom 21. April 2011 – III ZR 114/10, juris, Rn. 5.

<sup>68</sup> aaO, juris, Rn. 7.

de.<sup>69</sup> Eine von dem Träger eines Privatkrankenhauses auf dem Gelände des Privatkrankenhauses errichtete Privatkrankenanstalt für Privatpatienten unterliege vielmehr auch dann nicht den Bestimmungen des Krankenhausentgeltrechts, wenn die Patienten mit Hilfe der apparativen Ausstattungen unter Einsatz von Ärzten des Plankrankenhauses behandelt würden.<sup>70</sup>

Eine gegen den vorstehend wiedergegebenen Beschluss anhängig gemachte Anhörungsrüge hat der III. Zivilsenat zurückgewiesen.<sup>71</sup> Der Senat hat ergänzend ausgeführt, dass die auf dem Gelände des Plankrankenhauses betriebene Privatkrankenanstalt den Bestimmungen des Krankenhausentgeltrechts nicht unterliegt, weil es an einer öffentlichen Förderung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG fehlt.<sup>72</sup> In diesem Zusammenhang wird nochmals klargestellt, dass die Betreiberin der Privatkrankenanstalt auch nicht § 17 Abs. 5 Satz 2 KHG unterliegt; denn sie betreibt im Sinne dieser Vorschrift kein Krankenhaus, das nur deshalb nach diesem Gesetz nicht gefördert wird, weil es keinen Antrag auf Förderung stellt, sondern weil es nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG nicht gefördert wird bzw. in der Art, in der es durch einen rechtlich selbständigen Träger betrieben wird, dem Grunde nach nicht gefördert werden kann.<sup>73</sup>

## 7.

### **Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts**

Mit dem Arzneimittel- und Medizinprodukterecht ist beim Bundesgerichtshof regelmäßig der für Wettbewerbssachen zuständige I. Zivilsenat befasst. Für Schadensersatzansprüche aus dem Arzneimittelgesetz ist indes der VI. Zivilsenat zuständig.

#### **a)**

Um die **prozessuale Verbindung von Auskunfts- und Leistungsansprüchen** gemäß § 84 a AMG sowie § 84 AMG ging es in einer Entscheidung vom 29. März

---

<sup>69</sup> aaO, juris, Rn. 8.

<sup>70</sup> aaO, juris, Rn. 5, 6 und 7.

<sup>71</sup> Beschluss vom 30. Juni 2011 – III ZR 114/10 – NZS 2011, 699.

<sup>72</sup> Beschluss vom 30. Juni 2011 – III ZR 114/10 – juris, Rn. 3.

<sup>73</sup> aaO, juris, Rn. 4.

2011.<sup>74</sup> Die Klägerin hatte die Beklagte, die in Deutschland das Schmerzmittel „Vioxx“ vertrieben hatte, unter dem Gesichtspunkt der Arzneimittelhaftung im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Schadensersatz in Anspruch genommen. Gegen eine in der Literatur verbreitete Ansicht kommt der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, dass es **unzulässig** sei, den **Auskunfts- und Schadensersatzanspruch nach §§ 84 a und 84 AMG im Wege der Stufenklage geltend zu machen.**<sup>75</sup> Ausgehend von der Überlegung, dass im Rahmen der Stufenklage die Auskunft lediglich ein Hilfsmittel ist, um die (noch) fehlende Bestimmtheit des Leistungsanspruchs zu erreichen,<sup>76</sup> führt der I. Zivilsenat aus, dass die der Stufenklage eigentümliche Verknüpfung von unbestimmtem Leistungsanspruch und vorbereitendem Auskunftsanspruch nicht zur Verfügung steht, wenn die Auskunft überhaupt nicht dem Zweck einer Bestimmbarkeit des Leistungsanspruchs dienen, sondern dem Kläger sonstige mit der Bestimmbarkeit als solcher nicht im Zusammenhang stehende Informationen über seine Rechtsverfolgung verschaffen soll. So liege aber der zu entscheidende Fall. Der von der Klägerin geltend gemachte Auskunftsanspruch gemäß § 84 a AMG diene nämlich nicht der näheren Bestimmung eines noch nicht hinreichend bestimmten Leistungsbegehrens.<sup>77</sup> Die mit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002<sup>78</sup> – in Anlehnung an die in §§ 8 f. UmweltHG sowie § 35 GentG getroffenen Regelungen – eingeführte Vorschrift verfolgt vielmehr andere Ziele. Zum einen bezweckt § 84 a AMG die prozessuale Chancengleichheit, weil der Geschädigte in aller Regel den Weg des angewandten Arzneimittels von der ersten Forschung über die Erprobung bis zu dessen konkretem Herstellungsprozess nicht überschauen kann, während die pharmazeutischen Unternehmen – insbesondere zur Frage der Vertretbarkeit ihrer Arzneimittel – den jeweiligen Erkenntnisstand dokumentiert zur Verfügung haben. Zum anderen soll der Auskunftsanspruch die beweisrechtliche Stellung des Geschädigten im Arzneimittelprozess stärken.<sup>79</sup> Demzufolge umfasst der Auskunftsanspruch aber gerade auch die für die Feststellung des Ursachenzusammenhangs maßgeblichen Erkenntnisse und diejenigen Fakten, die für die Abwägung der Vertretbarkeit des Nebenwirkungsspekt-

<sup>74</sup> – VI ZR 117/10 – GesR 2011, 443 f. = NJW 2011, 1815 ff. = PharmR 2011, 332 ff. = ZMGR 2011, 246 ff.

<sup>75</sup> Urteil vom 29. März 2011 – VI ZR 117/10 – juris, Rn. 11.

<sup>76</sup> aaO, juris, Rn. 8.

<sup>77</sup> aaO, juris, Rn. 9.

<sup>78</sup> BGBl. I S. 2674

<sup>79</sup> aaO, juris, Rn. 9.

rums eines Arzneimittels maßgeblich sind mit der Folge, dass die von dem Geschädigten begehrte Auskunft gemäß § 84 a AMG mithin nicht dem Zwecke der Bestimmbarkeit eines Leistungsanspruchs dient und deshalb die Voraussetzungen für eine Stufenklage gemäß § 254 ZPO nicht erfüllt sind.<sup>80</sup>

**b)**

Der I. Zivilsenat hatte sich – wie üblich – mit diversen Verfahren zu befassen, in denen Rechtsbeschwerden gegen die Zurückweisung von Löschanträgen von Markeninhabern für „pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere Humanarzneimittel“ zu entscheiden waren.<sup>81</sup> Die insgesamt drei **Markenrechtssachen** hatten spezielle Probleme der Bindung des Bundespatentgerichts an rechtliche Beurteilungen des Bundesgerichtshofs im Falle einer Zurückweisung sowie Fragen im Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union zum Gegenstand.

Darum, ob der **Begriff der Gesundheit** in der Definition des Ausdrucks „gesundheitsbezogene Angabe“ in **Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006** auch das allgemeine Wohlbefinden umfasst, ging es im Falle einer vom I. Zivilsenat zugelassenen Sprungrevision, die zu einem Vorlageersuchen an den EuGH im Zusammenhang mit gesundheitsbezogenen Angaben bei der Bewertung eines Kräuterlikörs (wohltuend und bekömmlich) führte.<sup>82</sup>

Ein weiteres Vorlageersuchen rankt sich um die **Frage, ob ein Gegenstand**, der vom Hersteller zur Anwendung von Menschen zum Zwecke der Untersuchung eines physiologischen Vorgangs bestimmt ist, **nur dann ein Medizinprodukt im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a 3. Spiegelstrich der Richtlinie 93/42/EWG** darstellt, **wenn er auf einen medizinischen Zweck ausgerichtet ist.**<sup>83</sup> Ausgangspunkt des Streits ist ein Hard- und Softwaresystem, mit dem sich bioelektrische Daten messen und aufzeichnen lassen. Nach Ansicht des niederländischen Herstellers ist das Gerät

<sup>80</sup> aaO, juris, Rn. 10.

<sup>81</sup> zu Cordarone, Beschluss vom 28. Oktober 2010 – I ZB 12/10 – GRUR-RR 2011, 343 (LS); zu Ivadal, Beschluss vom 28. Oktober 2010 – I ZB 13710 – MarkenR 2011, 177 ff. sowie zu Flixotide, Beschluss vom 28. Oktober 2010 – I ZB 14/10 – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>82</sup> EuGH-Vorlage vom 13. Januar 2011 – I ZR 22/09 – GRUR 2011, 246 ff. = WRP 2011, 344 ff.

<sup>83</sup> EuGH-Vorlage vom 07. April 2011 – I ZR 53/09 – GesR 2011, 468 f. = GRUR 2011, 544 ff. = WRP 2011, 902 ff.

für Forschungszwecke bestimmt und nicht „für den medizinischen Einsatz“ vorgesehen, weshalb es nach Ansicht der niederländischen Gesundheitsbehörde keiner CE-Zertifizierung bedürfe. Der I. Zivilsenat hat die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach es sich nicht um ein Medizinprodukt handele, nicht geteilt und die Frage zur Vorabentscheidung dem EuGH vorgelegt.<sup>84</sup>

**c)**

Letztlich ist in diesem Zusammenhang noch über eine patentrechtliche Auseinandersetzung zu berichten.<sup>85</sup> Inhalt des **Klagepatents** war das technische Problem, eine **kollabierbare medizinische Vorrichtung**, insbesondere eine solche, mit der Blutgefäße eines Patienten verschlossen werden können (Embolisationsvorrichtung) zur Verfügung zu stellen, die präzise in ein Gefäß eingesetzt und am Ort ihres Einsatzes ohne Schwierigkeiten entfaltet werden kann. Wesentlicher Gegenstand des Rechtsstreits war der Schutzbereich des Patents und in diesem Zusammenhang die Auslegung des Patentanspruchs bei Widersprüchen zwischen den Patentansprüchen und der Beschreibung.<sup>86</sup>

**8.**

**Grundzüge des Apothekenrechts**

Im Zusammenhang mit apothekenrechtlichen Fragestellungen ist über strafrechtliche und zivilrechtliche Fallgestaltungen zu berichten.

**a)**

Der 5. Strafsenat hat entschieden, dass der Stoff **Ephedrinhydrochlorid** ein **Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG** ist.<sup>87</sup> Denn er ist entsprechend seiner der Verkehrsanschauung folgenden Zweckbestimmung zur Anwendung an Menschen zu Heilzwecken bestimmt, und zwar auch dann, wenn er nach seiner konkret ihm zugeordneten Verwendung als Baustoff (Zwischenprodukt) für das Betäubungsmittel

<sup>84</sup> EuGH-Vorlage vom 07. April 2011 – I ZR 53/09 – juris, Rn. 7 ff.

<sup>85</sup> Urteil vom 10. Mai 2011 – X ZR 16/09 – GRUR 2011, 701 ff.

<sup>86</sup> Urteil vom 10. Mai 2011 – X ZR 16/09 – juris, Rn. 23.

<sup>87</sup> Beschluss vom 12. April 2011 – 5 StR 463/10 – NStZ 2011, 583 ff.

Crystalspeed Anwendung findet.<sup>88</sup> Täter eines unerlaubten Großhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§ 95 Abs. 1 Nr. 5, § 47 Abs. 1 AMG) kann auch ein Apotheker sein, wenn er im Sinne des § 4 Abs. 22 AMG tätig ist.<sup>89</sup> Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof damit die Verurteilung des angeklagten Apothekers wegen unerlaubten Großhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in 17 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren bestätigt.

**b)**

Angeblich betrügerisches Verhalten eines Apothekers lag einem Urteil des 3. Strafsenats zugrunde.<sup>90</sup> Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Betruges verurteilt und ihm vorgeworfen, in insgesamt 20 Fällen das wachstumsfördernde Hormonpräparat „Humantropo“ vertrieben zu haben, welches er allerdings nicht von zugelassenen Pharmagroßhändlern, sondern auf dem „grauen“ Arzneimittelmarkt beschafft hatte um dann aber nichtsdestotrotz nach Maßgabe des höheren bei einem offiziellen Bezug anfallenden Preis mit der zuständigen AOK abgerechnet zu haben. Wegen Zweifeln an einer lückenlosen Beweiswürdigung ist das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen worden.

**c)**

Weiter war eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage Gegenstand eines beim I. Zivilsenat anhängigen Revisionsverfahrens.<sup>91</sup> Der Beklagte betrieb eine Apotheke in Kiel und war **Inhaber einer Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln** gemäß § 11 a ApoG. Er stellte eine 10prozentige Fluorescein-Injektionslösung her, die er in Einmalglasspritzen abfüllte und deutschlandweit versandte. Die Klägerin, ein pharmazeutisches Unternehmen vertrieb u.a. die gemäß § 21 Abs. 1 AMG zugelassene „Injektionslösung Fluorescein-Alcon® 10 % mit dem Wirkstoff Fluorescein“. Der Streit der Parteien ging darüber, ob der Beklagte, der für seine Lösung über keine Zulassung gemäß § 21 Abs. 1 AMG verfügte, aufgrund der Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 AMG i.V.m. der ihm erteilten Erlaubnis gemäß § 11 a

---

<sup>88</sup> Beschluss vom 12. April 2011 – 5 StR 463/10 – juris, Rn. 7 ff.

<sup>89</sup> aaO, juris, Rn. 11 ff.

<sup>90</sup> Urteil vom 30. Juni 2011 – 3 StR 117/11 – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>91</sup> Urteil vom 14. April 2011 – I ZR 129/09 – A & R 2011, 231 ff. = WRP 2011, 1450 ff.

ApoG **berechtigt** war, die von ihm **hergestellten Einmalglasspritzen auch im Versandwege zu vertreiben**.

Die Vorinstanzen hatten das Unterlassungsbegehren des pharmazeutischen Unternehmens zurückgewiesen. Der I. Zivilsenat hat dies bestätigt und ausgesprochen, dass ein Apotheker, der eine Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln hat, auch die von ihm hergestellten Defekturarzneimittel aufgrund dieser Erlaubnis bundesweit versenden darf.<sup>92</sup>

## 9.

### **Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts**

Medizinrechtliche Fragestellungen berühren regelmäßig auch Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts.

#### **a)**

So lag dem VI. Zivilsenat ein Fall zur Entscheidung vor, dessen Besonderheit darin bestand, dass der Kläger dem **gegnerischen Prozessbevollmächtigten den Streit verkündet** hatte.<sup>93</sup> Hintergrund war ein Klagebegehren, mit dem der Kläger vom Beklagten Einsicht in die Originale ärztlicher Behandlungsunterlagen verlangte. Die gegenüber der Prozessbevollmächtigten des Beklagten ausgesprochene Streitverkündung wurde damit begründet, die gegnerische Prozessbevollmächtigte sei im Falle des Unterliegens im Schadensersatzprozess wegen Beteiligung an einem Prozessbetrug oder Verletzung anwaltlicher Berufspflichten in Anspruch zu nehmen.<sup>94</sup> Die Sache gelangte zum Bundesgerichtshof, weil das Landgericht die Zustellung der Streitverkündungsschrift ablehnte und das Oberlandesgericht die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde unter Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zurückwies.

---

<sup>92</sup> Urteil vom 14. April 2011 – I ZR 129/09 – juris, Rn. 11.

<sup>93</sup> Beschluss vom 08. Februar 2011 – VI ZB 31/09 – NJW 2011, 1078 ff. = VersR 2011, 687 ff.

<sup>94</sup> Beschluss vom 08. Februar 2011 – VI ZB 31/09 – juris, Rn. 2.



Der VI. Zivilsenat hat der Rechtsbeschwerde des Klägers stattgegeben und ausgeführt, dass die **Zulässigkeit der Streitverkündung grundsätzlich nicht im Erstprozess**, in dem der Streit verkündet wird, **sondern erst im Folgeverfahren** zwischen dem Streitverkünder und dem Streitverkündungsempfänger **zu prüfen** ist.<sup>95</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Streitverkündung gegenüber dem bereits bestellten oder erwarteten Prozessbevollmächtigten des Gegners erfolgt. § 72 Abs. 2 Satz 2 ZPO findet auf eine solche Fallgestaltung keine Anwendung.<sup>96</sup> Der gegnerische Prozessbevollmächtigte kann „Dritter“ im Sinne des § 72 Abs. 1 ZPO sein.<sup>97</sup>

**b)**

Ein Dauerbrenner sind **Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**. Hier blieb eine Rechtsbeschwerde gegen eine versagte Wiedereinsetzung erfolglos.<sup>98</sup> In dem Streitfall war eine Notfrist versäumt worden, nachdem dem Rechtsanwalt aufgrund eines Büroversehens eine **Fristsache als nicht fristgebunden vorgelegt** worden war. Da der Rechtsanwalt die Akte vor Fristablauf gesehen hatte, kam ein eigenes Verschulden in Betracht, welches der VI. Zivilsenat auch angenommen hat.<sup>99</sup> Der Rechtsanwalt hatte zwar **keinen Anlass**, sich **noch am selben Tage** der – wie es schien – nicht fristgebundenen **Bearbeitung der ihm vorgelegten Akte zu widmen**. Einen Rechtsanwalt, dem aufgrund eines Büroversehens eine Fristsache als nicht fristgebunden vorgelegt wird, trifft **jedoch** dann ein eigenes **Verschulden** an der Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist, **wenn** er sich **nicht in angemessener Zeit** durch einen **Blick in die Akten** wenigstens davon überzeugt, was zu tun ist und wie lange er sich mit der Bearbeitung Zeit lassen kann.<sup>100</sup> Hätte der Rechtsanwalt vorliegend innerhalb einer Woche einen Blick in die Akten geworfen, hätte unschwer festgestellt werden können, dass in der Sache bis zum 25. März 2010 eine Berufungsbegründung einzureichen gewesen wäre.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> aaO, juris, Rn. 7.

<sup>96</sup> aaO, juris, Rn. 14 f.

<sup>97</sup> aaO, juris, Rn. 13.

<sup>98</sup> Beschluss vom 29. März 2011 – VI ZB 25/10 – NJW 2011, 1600 f. = Vers. 2011, 1031 f.

<sup>99</sup> Beschluss vom 29. März 2011 – VI ZB 25/10 – juris, Rn. 9.

<sup>100</sup> Beschluss vom 03. November 1997 – VI ZB 47/97 – NJW 1998, 461 = VersR 1998, 342.

<sup>101</sup> Beschluss vom 29. März 2011 – VI ZB 25/10 – juris, Rn. 9.

c)

Ebenfalls verspätet war in einem Fall Berufung eingelegt worden, in dem es um Kostenersatz für die veterinärmedizinische Behandlung eines Hundes ging. Das dem III. Zivilsenat angetragene Wiedereinsetzungsgesuch scheiterte.<sup>102</sup> Über die dem Prozessbevollmächtigten dort angelasteten Organisationsfehler im Zusammenhang mit der Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze hinaus<sup>103</sup> hält der Beschluss fest, dass die **maßgeblichen Tatsachen zur Begründung der Wiedereinsetzung bereits im Wiedereinsetzungsantrag** (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO) enthalten sein müssen.<sup>104</sup> Sie können deshalb grundsätzlich nicht nachgeholt werden. Zulässig ist nur die Ergänzung von fristgerecht vorgebrachten, aber erkennbar unklaren oder unvollständigen Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten ist.<sup>105</sup>

d)

Der „Klassiker“ unter den Zulassungsangriffen in Medizinhaftungsfällen ist die Rüge, das Berufungsgericht habe den Anspruch auf **rechtliches Gehör** aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Hier hatten wir bereits oben<sup>106</sup> über ein Verfahren berichtet, in dem der Kläger durch ein Privatgutachten hatte darauf hinweisen lassen, dass es bei Operationen mit dem Einbau von Osteosynthesematerial nach den Leitlinien zur Verhinderung von postoperativen Wundinfektionen vorgeschrieben ist, eine perioperative Antibiotikaphylaxe durchzuführen. Das Berufungsgericht hatte den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es den gerichtlichen Sachverständigen nicht dazu anhört hatte, ob solche Leitlinien zum Zeitpunkt der Behandlung des Klägers vorlagen und entsprechend dem Vorbringen des Klägers dem ärztlichen Standard zum Zeitpunkt der Behandlung entsprachen.<sup>107</sup>

e)

Darüber, ob und in welchem Umfang **Entscheidungen im selbständigen Beweisverfahren** anfechtbar sind, besteht immer wieder Unklarheit. In diesem Zusammen-

---

<sup>102</sup> Beschluss vom 31. März 2011 – III ZB 72/10 – veröffentlicht nur bei juris.

<sup>103</sup> aaO, juris, Rn. 9.

<sup>104</sup> aaO, juris, Rn. 12.

<sup>105</sup> aaO, juris, Rn. 12.

<sup>106</sup> Vgl. oben unter 1. a).

<sup>107</sup> Beschluss vom 07. Februar 2011 – VI ZR 269/09 – GesR 2011, 417 = VersR 2011, 1202.

hang wird häufig § 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO übersehen. Danach ist ein **Beschluss, durch den dem Antrag im selbständigen Beweisverfahren stattgegeben wird, nicht anfechtbar**. Offenbar in Verkennung dieser Vorschrift hatten abgelehnte Anträge auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens den Weg zum Bundesgerichtshof gefunden. Ausgangspunkt waren Entscheidungen eines Landgerichts, in denen Beweisanträge mit der Begründung zurückgewiesen worden waren, eine isolierte und auf umstrittener Tatsachengrundlage vorzunehmende Feststellung eines – zumal groben – Behandlungsfehlers sei in einem selbständigen Beweisverfahren nach § 585 Abs. 2 ZPO nicht zulässig. Auf die hiergegen jeweils eingelegten Beschwerden hatte das Beschwerdegericht die beantragten Beweisbeschlüsse getroffen und jeweils die Rechtsbeschwerde zugelassen. Der VI. Zivilsenat hat dies durch Verfügung vom 28. Juni 2011 beanstandet. Die zwischenzeitlich abgesetzten Entscheidungen<sup>108</sup> halten fest, dass ein Beschluss, durch den dem Antrag des Antragstellers im selbständigen Beweisverfahren stattgegeben wird, grundsätzlich nicht anfechtbar ist. Dies gilt also nicht nur für einen in erster Instanz erfolgreichen Beweisantrag, sondern auch dann, wenn der beantragte Beschluss – wie hier – vom Beschwerdegericht erlassen wird.<sup>109</sup>

Gegen stattgebende Beweisbeschlüsse ist dem Antragsgegner also folglich stets die Anfechtung versagt, während der Antragsteller gegen eine ablehnende Entscheidung Beschwerde einlegen kann. Von daher sind Antragsteller und Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren von der die Verfahrenseinleitung betreffenden Gerichtsentscheidung in unterschiedlicher Weise betroffen. Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der ungleichmäßigen Gestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten sieht der Bundesgerichtshof indes nicht.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Beschlüsse vom 13. September 2011 – VI ZB 64/10 – und – VI ZR 67/10 – veröffentlicht bei juris, an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>109</sup> aaO, juris, Rn. 6.

<sup>110</sup> aaO, juris, Rn. 6, 7 und 8.

f)

Abschließend ist noch mitzuteilen, dass das **Gesetz zur Änderung des § 522 ZPO mit dem 27. Oktober 2011 in Kraft getreten ist.**<sup>111</sup> Die **Neufassung sieht nunmehr eine Rechtsmittelmöglichkeit auch bei Beschlüssen nach § 522 Abs. 2 ZPO vor**, in denen das Berufungsgericht die **Berufung** einstimmig als **unbegründet** zurückweist, § 522 Abs. 3 ZPO bestimmt dieserhalb:

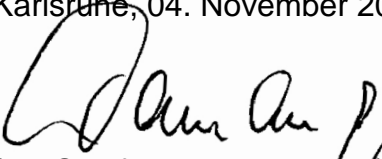
„Gegen den Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 steht dem Berufungsführer das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre.“

Dieses Rechtsmittel ist die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO, so dass **nunmehr gilt, dass Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO in gleicher Weise wie Berufungsurteile mit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO angreifbar sind.** Die Neuregelung findet auf **alle** derartigen **Beschlüsse Anwendung, die ab dem 27. Oktober 2011 erlassen werden.**

Ebenso wie bei Nichtzulassungsbeschwerden gegen Urteile hängt die Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen einen Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO davon ab, dass der **Wert der mit der angestrebten Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000,00 € übersteigt**. Die Geltung dieser **Wertgrenze** ist **bis einschließlich 31. Dezember 2014 verlängert** worden, wobei für die Zukunft mit weiteren Verlängerungen gerechnet werden muss.

Wird eine Berufung als **unzulässig verworfen**, bleibt es bei der Möglichkeit der **Rechtsbeschwerde** nach § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO, und zwar **unabhängig vom Streitwert** der Sache.

Karlsruhe, 04. November 2011

  
(Dr. Siegfried Mennemeyer)  
auch Fachanwalt für Medizinrecht

<sup>111</sup> Die Änderung ist im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2011 Teil I Nr. 53 S. 2082 (ausgegeben am 26. Oktober 2011) veröffentlicht worden.