

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2012**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2011 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 1. Halbjahr 2012 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht zusammen. Erneut geht es nicht nur um das Recht der medizinischen Behandlung, sondern auch um Entscheidungen aus dem Recht der privaten Krankenversicherungen, dem Vergütungsrecht der Heilberufe, dem Krankenhausrecht und Sachverhalten aus dem Bereich des Arzneimittel- und Medizinproduktrechts sowie des Apothekenrechts. Letztlich befassen sich weitere Urteile und Beschlüsse mit 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 § 14 b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

¹ auch Fachanwalt für Medizinrecht.

² abrufbar unserer Website unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

³ Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2012 ist [hier](#) im Internet abrufbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir ab sofort in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1.

Recht der medizinischen Behandlung

Zivilrechtliche Haftungsfälle sind beim BGH dem VI. Zivilsenat zugewiesen.

a)

In einer für die amtliche Sammlung BGHZ bestimmten Entscheidung hat der VI. Zivilsenat zu Fragen der Darlegungs- und Beweislast für die **Kausalität eines pflichtwidrigen Unterlassens** sowie zum **hypothetischen Kausalverlauf bei rechtmäßigem Alternativverhalten** Stellung genommen.⁴

Der Kläger hatte die Beklagte für durch seine Geburt entstandene Gesundheitsschäden in Anspruch genommen. Die Mutter des Klägers hatte in der 25. Schwangerschaftswoche aufgrund der Überweisung mit der Therapieempfehlung „Tokolyse und Cerclage“ durch den die Schwangerschaft betreuenden niedergelassenen Gynäkologen das örtliche Krankenhaus aufgesucht. Nach einer Erstversorgung war sie in die Frauenklinik der Beklagten zu 1 verlegt und dort von der Beklagten zu 2 zur Klärung der Indikation für eine Cerclage untersucht worden. Wegen einer Infektion war von der Cerclage abgesehen und strikte Bettruhe verordnet worden. Nach Abklingen der Infektion wurde die bisherige Behandlung trotzdem fortgesetzt, woraufhin die Schwangerschaft wenige Tage später durch sectio beendet werden musste und der Kläger in schlaffem, zyanotischem Zustand ohne Eigenatmungsbestrebungen geboren wurde. Das erstinstanzlich erfolgreiche und vom Berufungsgericht abgewiesene Schadensersatzbegehren war vom Kläger auf eine wegen unterbliebener Aufklärung seiner Mutter über die Möglichkeit der Cerclage rechtswidrige Fortführung der konservativen Behandlung gestützt worden. Zwar sei anfänglich eine Cerclage aufgrund der bei der Schwangeren aufgetretenen Infektion kontraindiziert gewesen. Nach dem Abklingen der Infektion wäre eine solche aber in Frage gekommen, worüber die Mutter des Klägers hätte aufgeklärt werden müssen.

Soweit das Berufungsgericht einen Ursachenzusammenhang zwischen der infolge der unterlassenen Aufklärung rechtswidrigen, aber aus ärztlicher Sicht vertretbaren

⁴ Urteil vom 07. Februar 2012 – [VI ZR 63/11](#) – BGHZ 192, 298 ff. = GesR 2012, 217 ff. = MedR 2012, 456 ff. = ZMGR 2012, 184 ff.

Fortsetzung der konservativen Behandlung der Mutter des Klägers und den geltend gemachten Schäden bejaht hatte, beruht dies auf einer unzutreffenden **Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast**.⁵ Nach gefestigten Rechtsprechungsgrundsätzen trifft in den Fällen, in denen aus einem Aufklärungsversäumnis des Arztes Schadensersatzansprüche hergeleitet werden, die **Behauptungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Aufklärung** den **Arzt**. Der **Patient** trägt hingegen die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die **Schadensfolge**, für die er Ersatz verlangt, auch **wirklich durch den eigenmächtigen Eingriff des Arztes verursacht** worden ist und nicht auf anderes zurückgeht.⁶ Der Beweis, dass der ohne rechtswirksame Einwilligung vorgenommene ärztliche Eingriff bei dem Patienten auch zu einem Schaden geführt hat, ist also ebenso wie im Fall des Behandlungsfehlers Sache des Patienten.

Im Streitfall bestand die Pflichtverletzung in der Unterlassung der Beklagten, die Mutter des Klägers nach dem Abklingen der Infektion über die Behandlungsalternative einer Cerclage aufzuklären. Mithin hatte der Kläger darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass bei pflichtgemäßer Aufklärung seiner Mutter mittels der Cerclage die Geburt in einer für seine Entwicklung maßgeblichen Weise verzögert und der durch seine frühe Geburt eingetretene Schaden vermieden worden wäre.⁷

Soweit die Vorinstanzen ergänzend die haftungsbegrenzende Rechtsfigur des **hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten** angeführt hatten, kommt diese Rechtsfigur erst dann zum Tragen, wenn die Ursächlichkeit der durchgeführten rechtswidrigen Behandlung für den behaupteten Schaden festgestellt und mithin die Haftung grundsätzlich gegeben ist. Soweit die Beklagten eingewandt hatten, eine Cerclage hätte die Schwangerschaft nicht verlängert, haben sie mit diesem Einwand den Kausalzusammenhang bestritten und nicht einen hypothetischen Kausalverlauf eingewandt.⁸ Für die den Anspruchsgrund betreffende Frage der Kausalität liegt die Darlegungs- und Beweislast, abgesehen von den Fällen der Beweislastumkehr bei beispielsweise groben Behandlungsfehlern, beim Antragsteller, so

⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 8.

⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 10 mwN.

⁷ Urteil, aaO, juris, Rn. 11.

⁸ Urteil, aaO, juris, Rn. 12 f.

dass der Behandlungsseite die Beweislast für entlastenden Vortrag – wie etwa zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens – erst dann zufällt, wenn der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und eingetretenem Schaden feststeht.⁹

Da das Berufungsurteil mithin auf einer unzutreffenden Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast beruhte, waren die Nichtzulassungsbeschwerde und die vom VI. Zivilsenat zugelassene Revision der Beklagten insoweit erfolgreich, als das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Sachaufklärung und erneuten Entscheidung zurückverwiesen worden ist.

b)

Die **Einstandspflicht** des **erstbehandelnden Arztes** für die **Folgen eines Zweit- eingriffs durch** einen **nachbehandelnden Arzt** im Anschluss an eine vom erstbehandelnden Arzt unzureichend vorgenommene Rektumresektion war Gegenstand einer weiteren Revisionsentscheidung.¹⁰ Bei der Klägerin des Rechtsstreits war im Rahmen einer Koloskopie ein ca. 5 cm großer Tumor am Übergang zum Sigma sowie weiter proximal ein kleiner gestielter Polyp festgestellt worden. Da die von dem Tumor entnommenen Proben Anteile eines invasiven, mäßig differenzierten Adenokarzinoms enthielten, nahm der erstbehandelnde Beklagte zu 2 in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Klinikum bei der Klägerin eine Rektumresektion vor, bei der allerdings nur die Basis des bei der Koloskopie abgetragenen Polypen, nicht aber der tiefer gelegene Tumor abgetragen wurde. Nachdem im Rahmen einer Kontrollendoskopie festgestellt worden war, dass es nicht zur Entfernung des Tumors gekommen war, unterzog sich die Klägerin einem erneuten Eingriff, bei dem der vom Tumor betroffene Darmabschnitt entfernt und ein künstlicher Darmausgang gelegt wurden, wobei sich in der Folge Wundheilungsstörungen sowie eine Anastomoseinsuffizienz im Bereich der Darmnaht entwickelten. Für den äußerst komplikationsbehafteten Heilungsverlauf im Anschluss an den Zweitangriff macht die Klägerin den vorbehandelnden Arzt unter Hinweis auf den misslungenen Ersteingriff verantwortlich.

⁹ Urteil, aaO, juris, Rn. 14.

¹⁰ BGH, Urteil vom 22. Mai 2012 – [VI ZR 157/11](#) – GesR 2012, 419 ff. = NJW 2012, 2024 ff. = VersR 2012, 905 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der VI. Zivilsenat hat die in den Vorinstanzen in unterschiedlichem Umfang erfolgreiche Klage bestätigt und die Sache auf die Anschlussrevision der Klägerin im Blick auf die Höhe des von ihr geltend gemachten **Haushaltsführungsschadens** unter Zurückweisung der Revision der Beklagten an die Vorinstanz zurückgegeben. Den Einwand der Beklagten, es fehle an dem erforderlichen Kausal- und am Zurechnungszusammenhang, weil die Erstoperation mangels Erhöhung des Risikos einer Nahtinsuffizienz keinen primären Schaden hervorgerufen habe und die im Streitfall eingetretenen Komplikationen ohne Weiteres auch im Verlauf der ersten, sich ordnungsgemäß auf die Beseitigung des Tumors erstreckenden Operation hätten ergeben können, hat er zurückgewiesen.¹¹

aa)

Bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs ist zwischen der **haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden**. Die haftungsbegründende Kausalität betrifft den Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und der Rechtsgutverletzung, d.h. dem ersten Verletzungserfolg im Sinne einer Belastung der grundheitlichen Befindlichkeit des Patienten (Primärschaden). Hingegen bezieht sich die haftungsausfüllende Kausalität auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und weiteren Gesundheitsschäden des Patienten.¹² Der **Umstand, dass bei korrektem medizinischem Vorgehen, d.h. bei Entfernung des vom Tumor betroffenen Darmabschnitts der Klägerin bereits im Rahmen des ersten Eingriffs, möglicherweise ebenfalls eine Nahtinsuffizienz mit vergleichbaren Folgen hätte auftreten können, stellt die haftungsausfüllende Kausalität nicht in Frage**. Ob und welche Risiken sich im Fall der Vornahme nur eines Eingriffs realisiert hätten, betrifft nicht die Kausalität der tatsächlich durchgeführten Behandlung für den eingetretenen Schaden, sondern einen hypothetischen Kausalverlauf bei rechtmäßigem Alternativverhalten, für den der Behandelnde beweispflichtig ist.¹³ Einen haftungsbegründenden Primärschaden hatte das Berufungsgericht zu Recht in den unmittelbar mit dem Zweiteingriff verbundenen gesundheitlichen Behandlungen der Klägerin (Bauchschnitt, Darmresektion mit der Notwendigkeit des Legens weiterer Anastomosen) gesehen und die in der Folgezeit einge-

¹¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 6 ff.

¹² Urteil, aaO, juris, Rn. 10 mwN.

¹³ Urteil, aaO, juris, Rn. 12.

tretenen Komplikationen (Nahtinsuffizienz, Fistelbildung, misslungene Stomarückverlagerung) der haftungsausfüllenden Kausalität zugeordnet.¹⁴ Die dahingehenden Feststellungen des Berufungsgerichts, nach denen diese Folgeschäden in ihrer konkreten Ausprägung ohne den zweiten Eingriff nicht eingetreten wären, und die Beurteilung, die Folgeschäden seien adäquat kausal auf die Primärschädigung zurückzuführen, waren nicht zu beanstanden.

Entgegen der Auffassung der Revision war der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang auch nicht aufgrund des **Schutzzwecks der haftungsbegründenden Norm** zu verneinen.¹⁵ In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in diesem Zusammenhang anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird und eine Haftung nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen besteht, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde.¹⁶ Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn nach einem Behandlungsfehler durch den erstbehandelnden Arzt Folgeschäden aus einer Behandlung durch einen nachbehandelnden Arzt zu beurteilen sind. In solchen Fällen kann es an dem erforderlichen **inneren Zusammenhang** fehlen, wenn das Schadensrisiko der Erstbehandlung im Zeitpunkt der Weiterbehandlung schon gänzlich abgeklungen war, sich der Behandlungsfehler des Erstbehandelnden auf den weiteren Krankheitsverlauf also nicht mehr ausgewirkt hat.¹⁷ Gleiches gilt, wenn es um die Behandlung einer Krankheit geht, die mit dem Anlass für die Erstbehandlung in keiner Beziehung steht, oder wenn der die Zweitschädigung herbeiführende Arzt in außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer Acht gelassen und derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrung verstoßen hat, dass der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich-wertend allein zugeordnet werden muss.¹⁸ Nach diesen Grundsätzen kam eine Begrenzung der Einstandspflicht der Beklagten aufgrund des Schutzzwecks der Norm allerdings nicht in Betracht. Der den Beklagten vorzuwerfende Behandlungsfehler (Nichtentfernen des tiefergelegenen Tumors) hat den weiteren Krankheitsver-

¹⁴ Urteil, aaO, juris, Rn. 11.

¹⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 13 ff.

¹⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 14.

¹⁷ Urteil, aaO, juris, Rn. 15 mwN.

¹⁸ Urteil, aaO, juris, Rn. 15.

lauf entscheidend geprägt, zumal den nachbehandelnden Ärzten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Behandlungsfehler vorzuwerfen war. Die Klägerin hatte sich vielmehr nur deshalb einer zweiten Darmoperation unterziehen müssen, weil der vorbehandelnde Arzt im Rahmen der von ihm vorgenommenen Darmresektion den vom Tumor betroffenen Darmabschnitt (grob) fehlerhaft nicht mitentfernt hatte.

bb)

Im Umfang der Anschlussrevision waren Fragen zur **Höhe des Haushaltsführungsschadens** zu beantworten.¹⁹

Gemäß § 554 Abs. 1 Satz 1 ZPO in seiner seit 2001 geltenden Fassung setzt die Statthaftigkeit der Revisionsanschließung abweichend vom bis dahin geltenden Recht nicht mehr voraus, dass auch für den Anschlussrevisionskläger die Revision zugelassen wurde. Von daher konnte die Anschlussrevision trotz beschränkter Zulassung der Revision auch ohne Zulassung in zulässiger Weise verfolgt werden, da zwischen dem Streitgegenstand der Anschlussrevision und der Revision ein rechtlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang bestand.²⁰

Die Anschlussrevision hatte auch in der Sache Erfolg, soweit das Berufungsgericht bei der Berechnung des Haushaltsführungsschadens die Vergütung einer fiktiven Ersatzkraft mit 8,50 € pro Stunde bemessen hatte. Die **Vergütung einer fiktiven Ersatzkraft mit lediglich 8,50 € pro Stunde** war – und dies nicht nur für den regional betroffenen Bereich München – **ersichtlich unzureichend**. Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruches ist zwar in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters und revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat.²¹ Vorliegend hatte der Tatrichter indes die tatsächlichen Grundlagen seiner vorgenommenen Schätzung überhaupt nicht aufge-

¹⁹ BGH, Urteil vom 22. Mai 2012 – [VI ZR 157/11](#) – GesR 2012, 419 ff. = NJW 2012, 2024 ff.
= VersR 2012, 905 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 19.

²¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 23.

zeigt und die Vergütung einer fiktiven Ersatzkraft mit pauschal 8,50 € pro Stunde schlicht damit begründet, dass ein derartiger Satz seit Jahren judiziert werde. Dies war so nicht hinzunehmen.

c)

Um Rechtsfragen im Zusammenhang mit der **Injektion eines homöopathischen Eigenblutprodukts** und der Bestimmung des § 28 Fall 2 Transfusionsgesetz (TFG), ging es in einer weiteren, die Haftung eines Heilpraktikers betreffenden und ebenfalls für die amtliche Sammlung BGHZ bestimmten Entscheidung des VI. Zivilsenats.²² Gegenstand des Rechtsstreits war die Inanspruchnahme einer beklagten Heilpraktikerin wegen einer angeblich im Rahmen der Heilbehandlung erworbenen Hepatitis-C-Infektion. Konkret war der Klägerin anlässlich der Erstbehandlung Blut zur Durchführung einer sogenannten Eigenbluttherapie entnommen worden. In der Folgezeit erhielt die Klägerin an 11 Behandlungstagen jeweils eine intramuskuläre Injektion sowie eine Neuraltherapie, wobei die Beklagte das der Klägerin entnommene Blut sofort zentrifugiert, das so gewonnene Serum mit Kochsalz und Nosoden aufbereitet, in 20 gleichgroße Spritzen gefüllt und diese in einer mit dem Namen der Klägerin beschrifteten Dose eingefroren hatte. Gegenstand der Klage war der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe ihr anlässlich einer der Behandlungen zwei Spritzen verabreicht, von denen eine nicht mit dem Eigenblut der Klägerin, sondern mit infiziertem Fremdblut gefüllt gewesen sei. Hierdurch habe sich die Klägerin eine **Infektion mit Hepatitis-C-Viren** zugezogen.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen und auch im Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof keinen Erfolg. Dies deshalb, weil die Klägerin mit der Behauptung einer Infektion mit Hepatitis-C-Viren aufgrund einer erfolgten Fremdblutinjektion beweisfällig geblieben war und der Klägerin **keine Beweiserleichterungen** zugute kamen. Derartige Beweiserleichterungen zugunsten der Klägerin ließen sich insbesondere nicht aus einem etwaigen Verstoß der Beklagten gegen die in § 14 TFG in der zum Behandlungszeitraum geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 10 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Transfusionsgesetzes und arzneimittelrechtlicher Vorschriften vom 10.

²² Urteil vom 17. Januar 2012 – [VI ZR 336/10](#) – GesR 2012, 153 ff. = MedR 2012, 522 ff. = NJW 2012, 684 f.

Februar 2005 (BGBl. I S. 234) geregelten Dokumentationspflichten herleiten.²³ Eine Definition des „homöopathischen Eigenblutprodukts“ befindet sich im Transfusionsgesetz nicht. Homöopathische Eigenblutprodukte gelten als Arzneimittel im Sinne des § 4 Abs. 2 AMG.²⁴ Die **in Vorschriften des Transfusionsgesetzes normierten Dokumentationspflichten fanden** auf die zu entscheidende Fallgestaltung mithin **keine Anwendung**, mit der Folge, dass von einer unzureichenden Dokumentation durch die Beklagte mangels einer Pflicht zu einer umfangreichen Dokumentation nicht ausgegangen und deshalb die insoweit entwickelten Beweisgrundsätze bei Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht nicht herangezogen werden konnten.²⁵ Auch im Übrigen kamen der Klägerin Beweiserleichterungen nicht zugute. Insoweit war auch für einen Anscheinsbeweis kein Raum, da alleine der enge zeitliche Zusammenhang einer Infektion mit einer Injektion keinen typischen Geschehensablauf darstellt. Die Beweislast für die Injizierung von mit dem Hepatitis-C-Erreger infizierten Fremdblut blieb mithin bei der Klägerin, die sich auch nicht auf eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen über das voll beherrschbare Risiko im Hygienebereich ärztlichen Handelns berufen konnte.²⁶

d)

Mit Fragen der **Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler** im Zusammenhang mit einer Geburtsschadenproblematik befasst sich ein weiteres Revisionsurteil.²⁷ Die Mutter des Klägers, der die Beklagte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung nach seiner Geburt in Anspruch nimmt, befand sich wegen vaginaler Blutungen in der 12. bis zur 17. Schwangerschaftswoche in stationärer Behandlung. Im Verlauf der 32. Schwangerschaftswoche wurde die Klägerin wegen placenta praevia totalis erneut in der Klinik der Beklagten überwacht, wo die Schwangerschaft alsdann aufgrund lebensbedrohlicher Blutungen durch Kaiserschnitt beendet und der Kläger geboren wurde. Dieser wurde nach der 20. Lebensstunde infolge Atemstillstands (schwere Apnoe) intubiert und bis zum 5. Lebenstag maschinell beatmet. Am 3. Lebenstag wurde bei einer Schädelsonographie eine

²³ Urteil, aaO, juris, Rn. 13 ff.

²⁴ Urteil, aaO, juris, Rn. 14; zwischenzeitlich ist die Definition des Begriffs „homöopathisches Arzneimittel“ in § 4 Abs. 26 AMG ausdrücklich eingefügt worden.

²⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 15 und 16.

²⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 19 und 20.

²⁷ BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 – [VI ZR 77/11](#) – GesR 2012, 618 ff. = NJW 2012, 2653 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Echogenitätsvermehrung in der Umgebung beider Seitenventrikel festgestellt und als beginnender frühkindlicher Gehirnschaden (periventrikuläre Leukomalazie-PVL) gewertet. Der Kläger leidet als Folge der PVL an einer spastischen Tetraparese mit schweren Mobilitäts-, Atmungs- und Schluckstörungen sowie einem Anfallsleiden nach Hirnschädigung mit geistiger Beeinträchtigung. Er ist auf dauerhafte Pflege und Betreuung angewiesen.

Das Berufungsgericht hatte Schadensersatzansprüche des Klägers im Zusammenhang mit einer vom Kläger beanstandeten fehlerhaften Einstellung des Beatmungsgerätes verneint. Insoweit hatte der Kläger geltend gemacht, durch eine zu intensive Einstellung des Beatmungsgeräts sei eine Hyperventilation ausgelöst worden, wobei das Berufungsgericht einerseits in dem Unterlassen engmaschiger Blutgasanalysen einen groben Behandlungsfehler gesehen, andererseits diesen groben Behandlungsfehler allerdings nicht für das im **Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlung noch gänzlich unbekanntes Risiko** einer Minderdurchblutung des Gehirns durch die aufgetretene Hyperventilation gewertet und die Schadensersatzklage deshalb abgewiesen hatte.

Die so begründete Entscheidung ist vom Bundesgerichtshof nicht akzeptiert worden. Eine **Verlagerung der Beweislast im Anschluss an einen groben Behandlungsfehler** kann **ausgeschlossen** sein, **wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist bzw. sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt oder der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Handlungserfolg vereitelt hat** und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann.²⁸ Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lag im Streitfall eine derartige Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler indes nicht vor.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war es grob fehlerhaft, die künstliche Beatmung des Klägers nicht zu reduzieren, weil dies zu schweren Gesundheits-

²⁸ Urteil, aaO, juris, Rn. 6.

schäden führen konnte. Soweit das Berufungsgericht dem Kläger im Streitfall gleichwohl keine Beweislastumkehr hatte zugute kommen lassen, weil sich mit der PVL nicht das Risiko verwirklicht habe, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lasse, beruhte dies auf einem Missverständnis der einschlägigen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats.²⁹ Die Umkehr der Beweislast im Falle eines groben Behandlungsfehlers hat ihren Grund darin, dass das Spektrum der für den Misserfolg der ärztlichen Behandlung in Betracht kommenden Ursachen gerade wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers im besonderen Maße verbreitert bzw. verschoben worden ist.³⁰ Es entspricht deshalb der Billigkeit, die durch den Fehler in das Geschehen hineingetragene Aufklärungserschwerung nicht dem Geschädigten anzulasten. Soweit der Bundesgerichtshof im Falle eines Behandlungsfehlers wegen nicht ausreichender therapeutischer Aufklärung bei einer verfrühten Entlassung eines Patienten nach einer Herzkatheteruntersuchung eine Ausnahme von dieser Beweislastverteilung vorgenommen hatte, beruhte dies darauf, dass sich in diesem vom Berufungsgericht angeführten Fall ein anderes, statistisch selteneres und bei gewöhnlichem Verlauf auch weniger schweres Risiko einer Infektion realisiert hatte, dem es zwar auch durch Aufklärung vorzubeugen galt, welches aber bereits wegen seiner objektiv geringen Schwere nicht geeignet war, einen groben Behandlungsfehler zu begründen.³¹ Diese im Zusammenhang mit Aufklärungsdefiziten entwickelte Rechtsprechung ließ sich indes auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragen. Hier lag ein Verstoß gegen die Pflicht zur standardgemäßen Behandlung vor, da die behandelnden Ärzte die künstliche Beatmung des Klägers so hätten einstellen müssen, dass sie den Bedürfnissen des frühgeborenen Klägers entsprach. Dass die beim Kläger infolge dieses grob fehlerhaften Verhaltens eingetretene Hypokapnie anders als andere schädliche Folgen der Hyperventilation zur fraglichen Zeit noch nicht zum Standardwissen gehörte, ist wegen der angezeigten objektiven Betrachtung nicht von Bedeutung und vermag keine Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler zu rechtfertigen.

²⁹ Urteil, aaO, juris, Rn. 12.

³⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 13 mwN.

³¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 14.

e)

Verjährungsfragen im Zusammenhang mit erbrachter Beihilfe, Pflegegeld und Halbwaisenrente für ein durch einen ärztlichen Behandlungsfehler schwerbehindertes Kind waren Gegenstand einer weiteren grundlegenden Entscheidung des VI. Zivilsenats.³² Konkret ging es um die **Verjährung von wiederkehrenden Leistungen** ohne Kenntnis nach **§ 197 BGB a.F.**. Das die „alte“ Rechtslage betreffende Urteil ist im höchsten Maße bedeutsam für die Regulierung schwerer Personenschäden und beschränkt sich insoweit auf noch nicht abschließend regulierte „Altfälle“ für die noch § 197 BGB a.F. gilt. Für derartige Fälle ist bei der Verjährung grundsätzlich strikt **zwischen Stammrecht und den wiederkehrenden Leistungen zu unterscheiden**, wobei die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB in der Fassung vom 16. August 1977 nur für das Stammrecht, nicht dagegen für die aus dem Stammrecht fließenden weiteren Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen gilt. Für diese Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen ist die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F. einschlägig, mit der Folge, dass derartige Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen bereits vor Kenntniserlangung verjährt sein können.³³

f)

In Arzthaftungssachen kann ein Verstoß gegen das verfassungsmäßige **Verbot einer „Überbeschleunigung“** insbesondere dann vorliegen, **wenn** das als verspätet zurückgewiesene Verteidigungsvorbringen ein in der Regel schriftliches Sachverständigengutachten veranlasst hätte, dieses **Sachverständigengutachten** aber **in der Zeit zwischen dem Ende der Einspruchs begründung und der darauf folgenden mündlichen Verhandlung** ohnehin **nicht hätte eingeholt werden können**.³⁴ In der Sache ging es um eine Klage gegen eine niedergelassene Augenärztin, die wegen der verspäteten Diagnose eines bösartigen Aderhautmelanoms auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde. Das Landgericht hatte die Beklagte durch Versäumnisurteil zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verurteilt und dem ergänzend verfolgten Feststellungsantrag auf Ersatz künftiger immaterieller und materieller Schäden stattgegeben, wogegen die Beklagte fristgerecht Einspruch eingelegt, die-

³² BGH, Urteil vom 10. Januar 2012 – [VI ZR 96/11](#) – GesR 2012, 155 f. = VersR 2012, 372 ff.

³³ Urteil, aaO, juris, Rn. 15 und 16.

³⁴ BGH, Urteil vom 03. Juli 2012 – [VI ZR 120/11](#) – GesR 2012, 616 ff. = NJW 2012, 2808 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

sen Einspruch aber in der Einspruchsfrist nicht begründet hatte. Das **nach Ablauf der Einspruchsfrist vorgebrachte Verteidigungsvorbringen** war dann im Einspruchstermin, der weniger als drei Wochen nach dem Ablauf der Einspruchsfrist stattfand, **zurückgewiesen worden**. Dieses **Vorgehen hat der Bundesgerichtshof nicht gebilligt** und ausgeführt, dass die Zivilprozesse in allen **Präklusionsvorschriften** im Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG strengen **Ausnahmecharakter** haben. Der Bundesgerichtshof vertritt deshalb zu § 296 Abs. 1 ZPO die Auffassung, dass es für die Feststellung einer Verzögerung des Rechtsstreits allein darauf ankommt, ob der Prozess bei Zulassung des verspäteten Vorbringens längern dauern würde als bei dessen Zurückweisung, wobei das Gericht verpflichtet ist, eine etwaige Verspätung durch zumutbare Vorbereitungshandlung gemäß § 273 ZPO so weit wie möglich auszugleichen und dadurch eine drohende Verzögerung abzuwenden.³⁵

Vorliegend war entscheidend, dass das Landgericht selbst davon ausgegangen war, bei Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens ein Sachverständigengutachten einholen zu müssen. Dessen Einholung war aber offenkundig in der kurzen Zeit zwischen dem Ablauf der Einspruchsfrist und dem Einspruchstermin nicht möglich, mit der Folge, dass durch die Versäumung der Einspruchsfrist **keine Verzögerung** gegenüber ihrer Einhaltung eingetreten war und die darauf gestützte Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten mit der Begründung des Landgerichts gegen das verfassungsmäßige Verbot einer „Überbeschleunigung“ verstieß und den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzte.³⁶

2. Recht der privaten Krankenversicherung

Mit Fragen der Krankenversicherung waren der I. sowie der IV. Zivilsenat befasst.

³⁵ Urteil, aaO, juris, Rn. 11.

³⁶ Urteil, aaO, juris, Rn. 13 ff.

a)

Die **Geschlechtsumwandlung** eines ursprünglich männlichen Versicherungsnehmers berechtigt den privaten Krankenversicherer nicht, die versicherte Person abweichend vom vertraglich vereinbarten Männertarif in den Frauentarif einzustufen.³⁷

b)

Der I. Zivilsenat hat dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern die Frage zur **Vorbentscheidung** vorgelegt, ob Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 d der Richtlinie 2005/29/EG dahin auszulegen ist, dass eine sich als Geschäftspraxis eines Unternehmens gegenüber Verbrauchern darstellende Handlung eines Gewerbetreibenden auch darin liegen kann, dass eine gesetzliche Krankenkasse gegenüber ihren Mitgliedern (irreführende) **Angaben** darüber macht, **welche Nachteile den Mitgliedern im Falle eines Wechsels zu einer anderen gesetzlichen Krankenkasse entstehen**.³⁸

3. Berufsrecht der Heilberufe

Um Fragen des Berufsrechts ranken sich ein Revisionsurteil des I. Zivilsenats sowie eine Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln.

a)

Der I. Zivilsenat hat entschieden, dass es eine **unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die zahnärztliche Diagnose- und Therapiefreiheit** darstellt, **wenn sich Zahnärzte vertraglich verpflichten**, ein von einer GmbH betriebenes **Dental-labor mit sämtlichen bei der Behandlung ihrer Patienten anfallenden Dentallaborleistungen zu beauftragen und die Zahnärzte durch eine gesellschaftsrecht-**

³⁷ BGH, Urteil vom 09. Mai 2012 – [IV ZR 1/11](#) – NJW 2012, 2733 f. = VersR 2012, 980 f.

³⁸ Urteil vom 18. Januar 2012 – [I ZR 170/10](#) – GRUR 2012, 288 ff. = VersR 2012, 378 ff.

liche Konstruktion am Gewinn dieser GmbH partizipieren können.³⁹ Die auf eine solche unangemessene unsachliche Einflussnahme gerichtete **Vertragsbestimmung** ist gemäß § 134 BGB i.V.m. dem zahnärztlichen Berufsrecht sowie §§ 3, 4 Nr. 1 UWG **nichtig**.⁴⁰ Da das Verbot der unsachlichen Einflussnahme auf die ärztliche Behandlungstätigkeit verhindern soll, dass Ärzte und Zahnärzte ihre Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und dem Berufsrecht nicht allein im Sinne des Patienteninteresses wahrnehmen, ist es den vom Dentallabor auf Erfüllung der Verpflichtung zur Auftragserteilung in Anspruch genommenen Zahnärzten nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der entsprechenden Vertragsklauseln zu berufen.⁴¹

b)

Die **Kassenärzte**, die von einem Pharmaunternehmen **Vorteile als Gegenleistung für die Verordnung von Arzneimitteln** dieses Unternehmens entgegennehmen, machen sich **nicht wegen Bestechlichkeit** nach § 332 StGB **strafbar**.⁴² Auch eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB scheidet aus.⁴³ Entsprechend sind auch Mitarbeiter von Pharmaunternehmen, die Ärzten solche Vorteile zuwenden, nicht wegen Bestechung (§ 334 StGB) oder Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) strafbar. Der niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt handelt nämlich bei der Wahrnehmung der ihm gemäß § 73 Abs. 2 SGB V übertragenen Aufgaben, insbesondere bei der Verordnung von Arzneimitteln, weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.⁴⁴

³⁹ Urteil vom 23. Februar 2012 – [I ZR 231/10](#) – GesR 2012, 621 ff. = WRP 2012, 1226 ff.

⁴⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 30.

⁴¹ Urteil, aaO, juris, Rn. 38.

⁴² BGH, Beschluss vom 29. März 2012 – [GSSSt 2/11](#) – GesR 2012, 479 ff. = NJW 2012, 2530 ff.

⁴³ Urteil, aaO, juris, Rn. 8 ff., 45.

⁴⁴ Urteil, aaO, juris, Rn. 28 ff. sowie 31 ff.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Zu vertrags- bzw. gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen hat der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – in der Berichtsperiode keine Entscheidungen abgesetzt.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Mit Vergütungsfragen hat sich – soweit ersichtlich – während der Berichtsperiode lediglich der 1. Strafsenat befasst und zwar im Rahmen eines Urteils zum **Abrechnungsbetrug eines privat liquidierenden Arztes für nicht persönlich erbrachte Leistungen**.⁴⁵ Im Mittelpunkt dieser in der amtlichen Sammlung BGHSt veröffentlichten Entscheidung stand die Frage, ob ein vollendeter Betrug auch dann vorliegt, wenn der Getäuschte mehr oder weniger starke Zweifel an der Richtigkeit der ihm gegenüber behaupteten Tatsache hat, etwa weil er – wie in dem vorliegenden Verfahren – aufgrund einer anonymen Anzeige ganz konkrete Hinweise auf ein betrügerisches Vorgehen erhalten hatte. Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass Zweifel des Opfers solange für die Annahme eines Betruges unschädlich sind, als es gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und deswegen eine schädigende Vermögensverfügung vornimmt.⁴⁶ Denn auch dann ist der Geschädigte der List des Täters zum Opfer gefallen. Mit seinem Einwand, die Kassenärztliche Vereinigung hätte bei sorgfältiger Prüfung seine Täuschung erkennen können, konnte der Angeklagte keinen Erfolg haben, da der Betrugstatbestand auch das leichtfertige Opfer schützt.

⁴⁵ Beschluss vom 25. Januar 2012 – [1 StR 45/11](#) – BGHSt 57/95 ff. = GesR 2012, 286 ff. = NJW 2012, 1377 ff.

⁴⁶ BGH, aaO, juris, Rn. 41 ff., 68 ff.

6. Krankenhausrecht

Fragestellungen des Krankenhausrechtes haben den I. sowie den X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigt.

a)

In einem Wettbewerbsverfahren ging es um die **Zulässigkeit der Werbung für ein Krankenhaus mit dem Begriff „Neurologisch/Vaskuläres Zentrum“**.⁴⁷ Die von den Prozessparteien betriebenen Kliniken, die ihre Dienstleistungen auf dem Gebiete der Krankenhausversorgung im Wesentlichen gegenüber demselben Personenkreis anboten, liegen etwa 35 Kilometer voneinander entfernt. Sie werden mit verschiedenen Fachabteilungen im Krankenhaus des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern aufgeführt. Für die von der Beklagten betriebene Klinik ist eine neurologische Fachabteilung im Landeskrankenhausplan nicht verzeichnet. Die von der Klägerin erhobene Unterlassungsklage richtet sich gegen die Bezeichnung einer von der Beklagten als Unterabteilung der Fachabteilungen für innere Medizin und für Frührehabilitation errichteten „Neurologisch/Vaskuläres Zentrum“, welches von einem Neurologen als Chefarzt geleitet wird. Während die Klage erstinstanzlich Erfolg hatte, hatte das Berufungsgericht angenommen, die beanstandete Werbeaussage sei nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG irreführend. Der Begriff „Zentrum“ habe – ähnlich wie die mittlerweile modische Bezeichnung „Center“ – einen Bedeutungswandel erfahren und der Sinn des Wortes beschränke sich nach heutigem Sprachgebrauch auf die namentliche Bezeichnung einer Einrichtung, ohne dass daraus auf deren Größe und besondere Bedeutung geschlossen werden könne. Dies gelte auch, wenn das Wort „Zentrum“ im Zusammenhang mit der stationären Krankenhausversorgung gebraucht werde.

Der **Bundesgerichtshof** ist dem nicht gefolgt. Der I. Zivilsenat **hat den erstinstanzlichen Unterlassungsausspruch wiederhergestellt** und aufgeführt, dass entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die angesprochenen Verkehrskreise durch die Verwendung der beanstandeten **Bezeichnung „Neurologisch/Vaskuläres Zent-**

⁴⁷ BGH, Urteil vom 18. Januar 2012 – [I ZR 104/10](#) – GesR 2012, 556 ff. = NJW-RR 2012, 1066 f.

rum“ gemäß §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG in erheblicher Weise **irreführt** werden, weil die Beklagte damit eine für die Nachfrageentscheidung der Werbeadressaten relevante unzutreffende Vorstellung über die besondere Qualität ihrer Klinik hervorruft.⁴⁸

b)

Um Vergaberechte und **Rechtswegfragen** im Zusammenhang mit der **Vergabe von Dienstleistungskonzessionen** im Bereich des **Rettungsdienstes** ging es in einem Rechtsbeschwerdeverfahren, welches dem X. Zivilsenat vorlag.⁴⁹ Danach sind für die Überprüfung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession die ordentlichen Gerichte zuständig, sofern die Vergabe durch privatrechtlichen Vertrag erfolgt. Sofern sich das staatliche Handeln bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen jedoch in der Form des öffentlichen Rechts vollzieht, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.⁵⁰ Vorliegend war der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, weil das Rechtsverhältnis zwischen dem Zweckverband für Rettungsdienste und Feuerwehralarmierung und den mit der Durchführung des Rettungsdienstes Beauftragten aufgrund gesetzlicher Regelung (Art. 13 Abs. 4 BayRDG) durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu gestalten war.⁵¹

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Für Rechtsstreite aus diesem Bereich sind der I. bzw. X. Zivilsenat zuständig.

a)

Der I. Zivilsenat hat entschieden, dass im Rahmen des **§ 1 Abs. 4 a Satz 2 DiätV** bei der Prüfung der Frage, ob für die diätetische Behandlung der Patienten eine Modifizierung der normalen Ernährung und anderer Lebensmittel für eine besondere Ernährung und eine Kombination aus beidem ausreichen, auch die auf dem Markt er-

⁴⁸ BGH, aaO, juris, Rn. 10 ff.

⁴⁹ BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012 – [X ZB 5/11](#) – VergabeR 2012, 440 f.

⁵⁰ BGH, aaO, juris, Rn. 18 ff.

⁵¹ BGH, aaO, juris, Rn. 22.

hältlichen Nahrungsergänzungsmittel zu berücksichtigen sind.⁵² Diese erst im Verlauf der Berichtsperiode abgesetzte Entscheidung befasst sich mit dem Vertrieb eines Nahrungsergänzungsmittels als „bilanzierte Diät“ bei Nichterfüllung der Anforderungen der DiätV und hält fest, dass die Vorschriften in § 1 Abs. 4 Satz 1 und 2 DiätV über die Abgrenzung der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke von anderen Stoffen **Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG** darstellen, deren Verletzung geeignet ist, die Interessen der Verbraucher nicht unerheblich bzw. spürbar im Sinne von § 3 UWG 2004, § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG 2008 zu beeinträchtigen.⁵³

b)

Um **Heilmittelwerbung** ging es auch im Zusammenhang mit dem Vertrieb des pflanzlichen Arzneimittels Euminz®, bei dem es sich um ein Pfefferminzöl zur Anwendung bei leichten und mittelschweren Spannungskopfschmerzen handelt. Die Beklagte hatte dieses Mittel mit dem Hinweis beworben, die **moderne Medizin setze immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel Euminz®**. Diese **Werbung** hat der Bundesgerichtshof im Einklang mit dem Berufungsgericht **beanstandet** und ausgeführt, eine fachliche Empfehlung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG könne auch dann vorliegen, wenn als Gewährpersonen für die Empfehlung alle Angehörigen der mit der Behandlung der betreffenden Krankheit befassten Heilberufe („die moderne Medizin“) benannt werden.⁵⁴ Gleichzeitig hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist.

c)

Der X. Zivilsenat war mit **Patentnichtigkeitsverfahren** und konkret der Priorität einer Voranmeldung in Frankreich für ein Strafpatent befasst, welches „Ebastin und Ebastin-Analoga enthaltene Arzneimittel“ betrifft.⁵⁵

⁵² Urteil vom 30. November 2011 – [I ZR 8/11](#) – GRUR 2012, 734 ff. = WRP 2012, 1099 ff.

⁵³ BGH, aaO, juris, Rn. 17.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 18. Januar 2012 – [I ZR 83/11](#) – GRUR 2012, 1058 ff. = WRP 2012, 1091 ff.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 06. März 2012 – [X ZR 50/09](#) – veröffentlicht bei juris.

Im Zusammenhang mit der mobilen Ausgestaltung eines klinischen Geräts zur wechselnden Verwendung in mehreren Operationssälen (**Therapiesystem mit beweglichem Elektronenstrahl**) hat sich der X. Zivilsenat in einem weiteren Patentnichtigkeitsverfahren befasst.⁵⁶ Die Beschreibung des Streitpatents bezog sich auf Geräte, die während einer Operation in einer Klinik am Patienten für therapeutische Zwecke eingesetzt werden können, wobei sich das Revisionsurteil mit der hier nicht näher darzulegenden Problematik auseinandersetzt, inwieweit dem Streitpatent eine erfinderische Tätigkeit zugrunde liegt.

Des Weiteren lagen dem X. Zivilsenat **Löschungsverfahren** gegen ein eine als feste Arzneiform – Desmopressin – betreffende pharmazeutische Zusammensetzung⁵⁷ vor. Wegen der in diesen Entscheidungen angesprochenen Probleme (Beschränkung der Schutzwirkung gegenüber einem Benutzer; Eigenbesitz als Voraussetzung für den Erwerb eines Vorbenutzungsrechts; subjektive Komponente des Eigenbesitzes) sei auf das Studium der angeführten Urteile verwiesen.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Zu diesem Problembereich ist über eine Entscheidung des I. Zivilsenats und ein Urteil des 5. Strafsenats zu berichten.

a)

Dem 5. Strafsenat lag ein Verfahren vor, in dem die Angeklagten, die einen Pharmagroßhandel betrieben, über zwei Apotheker, die für ihre Apotheke von verschiedenen Pharmaherstellern Medikamente für die Versorgung von Krankenhäusern bezogen, in 43 Fällen für Klinikbedarf bestimmte Medikamente erworben hatten, diese aber außerhalb des Klinikbereichs an andere Pharmagroßhändler oder Apotheken gewinnbringend verkauft hatten.⁵⁸ Das Landgericht hatte dieses Verhalten als **Betrug**

⁵⁶ Urteil vom 24. Januar 2012 – [X ZR 88/09](#) – GRUR 2012, 475 ff.

⁵⁷ Urteil vom 12. Juni 2012 – [X ZR 131/09](#) – GRUR 2012, 895 ff. = PharmR 2012, 391 ff. sowie Urteil vom 12. Juni 2012 – [X ZR 132/09](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁵⁸ Beschluss vom 05. Juli 2012 – [5 StR 1/12](#) – veröffentlicht nur bei juris.

der Angeklagten angesehen, den diese in Mittäterschaft mit zwei Apothekern begangen hätten. Tathandlung sei jeweils die von den Apothekern vorgenommene und mit der Angeklagten inhaltlich abgesprochene **Bestellung von verschreibungspflichtigen wie auch nur apothekenpflichtigen Arzneimitteln** gewesen, die vorgeblich für den Klinikbetrieb geliefert werden sollten. Den maßgeblichen Schaden im Sinne von § 263 StGB hatte die Strafkammer in dem Betrag gesehen, der zwischen dem „Klinikwareneinkaufspreis“ und dem Verkaufspreis an den Pharmagroßhändler der Angeklagten (ca. 315.000,00 €) lag.

Während die Beanstandungen gegen den Schuldspruch ohne Erfolg geblieben sind, hat der Bundesgerichtshof den Strafausspruch beanstandet, weil das Landgericht den Schuldumfang nicht zutreffend bestimmt hatte und in diesem Zusammenhang Bedenken an der vom Landgericht vorgenommenen Schadensberechnung erhoben und darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der verschreibungspflichtigen Medikamente zwar zutrefte, dass diese preisgebunden seien.⁵⁹ **Bedenken gegen die Schadensberechnung** des Landgerichts hat der 5. Strafsenat allerdings **in Bezug auf die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel** erhoben, da für diese nach § 78 Abs. 2 Satz 3 AMG i.V.m. § 1 Abs. 4 AMPPreisV grundsätzlich **keine Preisregulierung** gilt.⁶⁰

b)

Ein inländischer Apotheker, der seinen Kunden anbietet, für sie **Medikamente bei einer ungarischen Apotheke zu bestellen, diese Medikamente nach Lieferung in seiner eigenen Apotheke zusammen mit einer Rechnung der ungarischen Apotheke zur Abholung bereit zu halten**, die Medikamente auf Unversehrtheit ihrer Verpackung, Verfallsdatum sowie mögliche Wechselwirkungen zu überprüfen, gegebenenfalls nicht ordnungsgemäße Medikamente an die ungarische Apotheke zurückzuleiten sowie die Kunden, die die Medikamente auf diesem Weg beziehen, auf Wunsch in seiner Apotheke auch pharmazeutisch zu beraten, **verstößt damit nicht gegen das Verbringungsverbot des § 73 Abs. 1 Satz 1 AMG**.⁶¹ Im konkreten Fall hat ein deutscher Apotheker für seine Kunden Arzneimittel bei einem Großhändler

⁵⁹ Urteil, aaO, juris, Rn. 5.

⁶⁰ Urteil, aaO, juris, Rn. 6 ff.

⁶¹ BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 – [I ZR 211/10](#) – GRUR 2012, 984 ff. = PharmR 2012, 395 ff.

bestellt, die an eine ungarische Apotheke ausgeliefert und sodann nach Deutschland an den Besteller zurückverfrachtet wurden. Da der Kaufvertrag direkt zwischen der ungarischen Apotheke und den Kunden zustande kam, konnten Nachlässe auch auf verschreibungspflichtige Arzneimittel gewährt werden.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Den VI. Zivilsenat haben – unabhängig von der bereits oben behandelten Problematik der Überbeschleunigung (§§ 296 Abs. 1, 340 Abs. 3 Satz 3 und 531 Abs. 1 ZPO sowie Art. 103 Abs. 1 GG⁶²) vor allem **Wiedereinsetzungsverfahren** beschäftigt.

a)

Die **Erladigung fristgebundener Sachen verlangt am Abend eines jeden Arbeitstages eine Überprüfung des Fristenkalenders** von einer dazu beauftragten Bürokräft.⁶³ Kann ein Rechtsanwalt im Falle einer Fristversäumung eine derartige Ausgangskontrolle nicht glaubhaft machen, scheidet eine Wiedereinsetzung aus.

b)

Bei der **Übermittlung** fristgebundener Schriftsätze **per Telefax** ist grundsätzlich durch einen **Ableich des Sendebereichs mit einem aktuellen Verzeichnis oder einer anderen geeigneten Quelle** sicherzustellen, dass die angewählte Telefaxnummer derjenigen des angeschriebenen Gerichts entspricht.⁶⁴ Nur so kann die bekannte – und sich im konkreten Fall verwirklichte – Gefahr beherrscht werden, dass fristgebundene Rechtsmittelschriften und Rechtsmittelbegründungen per Fax trotz richtiger Gerichtsadressierung versehentlich an das Gericht der Vorinstanz geleitet werden. Um den maßgeblichen Organisationsanforderungen zu genügen, reicht allerdings die generelle Anweisung aus, die im Sendebereich aufgedruckte Faxnummer mit der schriftlichen niedergelegten Faxnummer zu vergleichen, die ihrerseits zuvor

⁶² vgl. oben unter 1. f.

⁶³ BGH, Beschluss vom 17. Januar 2012 – [VI ZB 11/11](#) – NJW-RR 2012, 427 f. = VersR 2012, 1009 ff.

⁶⁴ BGH, Beschluss vom 27. März 2012 – [VI ZB 49/11](#) – NJW-RR 2012, 744 f.

aus einer zuverlässigen Quelle ermittelt worden ist; in solchen Fällen ist nicht erforderlich, diese Nummer nach Absenden des Schriftsatzes noch ein weiteres Mal anhand des zuverlässigen Verzeichnisses zu überprüfen.⁶⁵

c)

Der Anwalt hat ansonsten in geeigneter Weise organisatorisch sicherzustellen, dass die den offiziellen Seiten der Gerichte im Internet entnommenen Faxnummern verschiedener Gerichte dem richtigen Vorgang zugeordnet und Rechtsmittelbegründungen an die richtigen Gerichte übermittelt werden.⁶⁶ Die zur Begründung des streitgegenständlichen Wiedereinsetzungsgesuchs vom Prozessbevollmächtigten der betroffenen Klägerin vorgetragene Büroorganisation traf dieserhalb keine Vorsorge gegen die auf der Hand liegende Gefahr, dass bei parallelen Internetrecherchen die auf den verschiedenen Websites vorhandenen Daten den falschen Aktenvorgängen zugeordnet werden und diese Zuordnung in der Folge nicht bemerkt wird. Da sich bei einem solchen Verfahren Irrtümer nicht vermeiden lassen, etwa weil die zu einem bestimmten Vorgang geöffneten Seiten ungewollt während der Folgerecherche noch geöffnet sind, ist bei der Übernahme von Daten aus dem Internet eine sorgfältige Überprüfung erforderlich, ob eine zutreffende Übernahme der Daten zum richtigen Vorgang erfolgt ist. Das Büropersonal muss insoweit angewiesen werden, die angegebene Faxnummer noch einmal auf ihre Zuordnung zu dem vom Rechtsanwalt bezeichneten Empfangsbericht zu überprüfen.⁶⁷

d)

Der Rechtsanwalt muss sich dann, wenn ihm die Sache zur Vorbereitung einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt wird, davon überzeugen, dass ihm noch **Zeit für die Anfertigung der Rechtsmittelbegründung** oder für einen Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist verbleibt.⁶⁸ Die **Prüfungspflicht entsteht mit Vorlage der Akte** unabhängig davon, ob sich der Rechtsanwalt zur sofortigen Bearbeitung der Sache entschließt oder die Verlängerung der Frist beantragt. Ein der Partei zuzurechnendes Verschulden an einem Fristversäumnis kommt mithin immer

⁶⁵ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.

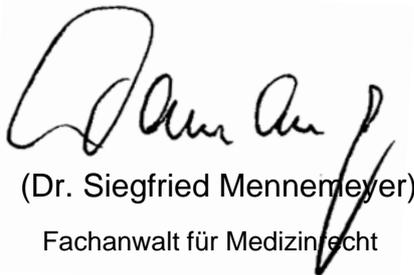
⁶⁶ BGH, Beschluss vom 17. April 2012 – [VI ZB 50/11](#) – NJW-RR 2012, 1084 ff.

⁶⁷ Beschluss, aaO, juris, Rn. 20.

⁶⁸ BGH, Beschluss vom 05. Juni 2012 – [VI ZB 76/11](#) – AnwBl 2012, 847 f. = NJW-RR 2012, 1206 f.

dann in Betracht, wenn sich der Rechtsanwalt bei der Vorlage einer Akte nicht vom konkreten Fristenlauf überzeugt.⁶⁹ Unabhängig von diesen im konkreten Fall ein dem Mandanten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares schuldhaftes Fristversäumnis abhandelnden Überlegungen befasste sich der VI. Zivilsenat ergänzend mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein stillschweigender Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angenommen werden kann. Ein solcher stillschweigender Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt dann nicht in Betracht, wenn die fristgebundene Prozesshandlung in der Annahme erbracht wird, die Frist sei noch nicht abgelaufen.⁷⁰

Karlsruhe, 26. November 2012



(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht

⁶⁹ Beschluss, aaO, juris, Rn. 7.
⁷⁰ Beschluss, aaO, juris, Rn. 8.