

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2010**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2009 sowie das 1. Halbjahr 2010 betreffenden Übersichten² der medizinrechtlichen Rechtsprechung fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2010 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammen. 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 Geschäftsverteilung³ des Bundesgerichtshofs sind einzelnen Senaten verschiedenste Bereiche des Medizinrechts zugewiesen, wobei sich die Gliederung des nachfolgenden Beitrags an den Schwerpunkten orientiert, die nach § 14b FAO für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

¹ Auch Fachanwalt für Medizinrecht.

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

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

1.

Recht der medizinischen Behandlung

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

a)

So hat der 3. Strafsenat des BGH⁴ das Urteil eines Landgerichts gegen den früheren Chefarzt einer Klinik in Wegberg aufgehoben, mit dem dieser wegen **Körperverletzung mit Todesfolge** zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten mit Bewährung verurteilt worden war. Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte eine Patientin, bei der er eine Darmoperation kunstgerecht durchgeführt hatte, vor diesem Eingriff nicht darüber aufgeklärt, dass er zur Behandlung einer nach dieser Operation eventuell auftretenden Wundinfektion auch Zitronensaft verwenden würde. Da der Angeklagte von der desinfizierenden Wirkung von Zitronensaft überzeugt war, ließ er den Zitronensaft unter nicht sterilen Bedingungen mit üblichen Haushaltsgeräten in der Stationsküche herstellen. Nachdem bei der Patientin nach der ersten Operation eine massive Wundheilungsstörung aufgetreten war, nahm der Angeklagte eine zweite Operation (sog. Reoperation) vor und brachte hierbei sowie in der Folgezeit – neben dem Einsatz herkömmlicher Medikamente – mehrfach Zitronensaft in die Wunde ein. Hierüber wurde die Patientin, die rund zwei Wochen nach dem ersten Eingriff an den Folgen der Wundinfektion verstarb, auch weiterhin nicht informiert.

Das Landgericht hatte nicht feststellen können, dass die Verwendung des Zitronensaftes für den Tod der Patientin ursächlich geworden war. Nach Ansicht des Landgerichts hätte der Angeklagte die Patientin aber über den möglichen späteren Einsatz

⁴ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – NJW Spezial 2011, 154.

von Zitronensaft schon vor der ersten Operation aufklären müssen. Daher hatte das Landgericht bereits die Einwilligung der Patientin in die Vornahme des ersten Eingriffs als unwirksam angesehen und diesen als rechtswidrige Körperverletzung gewertet und den Angeklagten der Körperverletzung mit Todesfolge für schuldig erachtet, weil die durch die Erstoperation bedingte Wundinfektion zum Tode der Patientin geführt hatte.

Der BGH ist dem nicht gefolgt. Der 3. Strafsenat bekräftigt den Grundsatz, dass jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende **ärztliche Behandlungsmaßnahme** den Tatbestand einer vorsätzlichen **Körperverletzung** erfüllt und zwar unabhängig davon, ob sie lege artis durchgeführt ist oder nicht und auch unabhängig davon, ob der Heileingriff erfolgreich war.⁵ Von daher bedarf jeder Heileingriff zu seiner Rechtfertigung in der Regel einer – grundsätzlich vor Durchführung der Behandlung ausdrücklich erteilten – wirksamen Einwilligung des Patienten, wobei die Wirksamkeit der Einwilligung voraussetzt, dass der Patient über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen umfassend aufgeklärt wird.⁶

Nach Auffassung des BGH war der Angeklagte vorliegend indes nicht verpflichtet, die Patientin bereits vor dem ersten Eingriff darüber aufzuklären, dass er im Falle des Eintritts einer Wundheilungsstörung zu deren Behandlung ggf. auch Zitronensaft einsetzen werde. Jedenfalls hing die Wirksamkeit der Einwilligung in die erste Operation nicht von einer dahingehenden Aufklärung ab. Inhaltlich muss der Patient über die Chancen und Risiken der Behandlung im „Großen und Ganzen“ aufgeklärt werden. Der konkrete **Umfang der Aufklärungspflicht** bestimmt sich dabei in Abhängigkeit von der jeweiligen Behandlungsmaßnahme und unter Berücksichtigung der Dringlichkeit des Eingriffs. Je weniger ein sofortiger Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindrücklicher ist der Patient, dem der Eingriff angeraten wird oder der ihn selbst wünscht, über die Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Fol-

⁵ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – juris, Rn. 9.

⁶ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – juris, Rn. 9 und 10.

gen zu informieren.⁷ Nach diesen Maßstäben war der Angeklagte nach Auffassung des 3. Strafsenats verpflichtet, die Patientin – neben der Aufklärung über die Operation selbst – auch über das diesem Eingriff typischerweise anhaftende Risiko einer Wundheilungsstörung nicht aber über einen etwaigen, bei einer Wundheilungsstörung erwogenen Einsatz von Zitronensaft aufzuklären. **Aufklärungspflichtig** war erst der konkrete Einsatz von mittels einer Haushaltspresse gewonnenem **Zitronensaft zur Behandlung der nach der ersten Operation aufgetretenen Wundheilungsstörung**, wobei dieses – zeitlich später entstandene – Aufklärungsdefizit sich lediglich auf die Wirksamkeit der Einwilligung der Patientin in die Folgeoperation, nicht aber in die Durchführung der ersten (todesursächlichen) Darmoperation auswirken konnte. Die **unzureichende Aufklärung vor der zweiten Operation** (Reoperation) hatte zur Folge, dass sich der Angeklagte insoweit einer rechtswidrigen gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht hatte.⁸ Da allerdings weder diese Zweitoperation noch der Einsatz des Zitronensaftes selbst nach den maßgeblichen Feststellungen zum Eintritt des Todes beitragen hatte, konnte dem Angeklagten insoweit indes **keine Körperverletzung mit Todesfolge** angelastet werden.⁹

b)

Der 5. Strafsenat des BGH¹⁰ hat entschieden, dass die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte **Präimplantationsdiagnostik mittels Plastozytenbiopsie** und anschließender Untersuchung der entnommenen **pluripotenten** Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden keine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG begründet. Deren Durchführung ist keine nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen.¹¹

⁷ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – juris, Rn. 10.

⁸ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – juris, Rn. 15.

⁹ Urteil vom 22. Dezember 2010 – 3 StR 239/10 – juris, Rn. 17.

¹⁰ Urteil vom 06. Juli 2010 – 5 StR 396/09 – BGHSt 55, 206 ff. = MedR 2010, 844 ff. = NJW 2010, 2672 ff.

¹¹ Urteil vom 06. Juli 2010 – 5 StR 396/09 – juris, Rn. 14, 21, 26, 33, 35 und 38.

c)

Der VI. Zivilsenat¹² hatte sich mit einer Fallgestaltung zu befassen, in dem eine in einer orthopädischen Praxis durchgeführte CT-gestützte periradikuläre Therapie (PRT) im Bereich der Nervenwurzel C 7 zu Komplikationen (Tetraplegie sowie starke Atemnot) und im Ergebnis dazu geführt hatte, dass der Kläger schwerstbehindert und zu 100% erwerbsunfähig geworden war. Erfolg bzw. Misserfolg der Schadensersatzklage hingen davon ab, ob über das sich konkret realisierte Risiko der Querschnittslähmung aufgeklärt werden musste. Das Berufungsgericht hatte dies verneint, da **im Zeitpunkt des streitgegenständlichen Eingriffs weltweit erst einmal** in der amerikanischen Schmerztherapie-Zeitschrift „Pain“ **über Querschnittslähmungen bei diagnostischer oder therapeutischer Wurzelinfiltration berichtet** worden war.

Der VI. Zivilsenat hat das Berufungsurteil auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision aufgehoben um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, durch erneute sachverständige Befragung abzuklären, ob nicht doch eine **Aufklärung** über das Risiko der eingetretenen Querschnittslähmung **erforderlich** gewesen sei. Der Umstand, dass in Bezug auf die konkrete CT-gestützte periradikuläre Therapie (PRT) über eine Querschnittslähmung noch nicht berichtet worden sei, reiche **nicht** aus, dieses Risiko als **lediglich theoretisches Risiko** einzustufen und eine Aufklärungspflicht zu verneinen.¹³ Anknüpfend an die allgemeinen anatomischen Gegebenheiten bei wirbelsäulennahen Injektionen hätte das Berufungsgericht vielmehr durch eine gezielte Befragung klären müssen, ob es sich bei der vom Sachverständigen in Verbindung mit den anatomischen Gegebenheiten beschriebene Gefahr tatsächlich „nur“ um eine theoretische Gefahr oder eine durchaus konkrete Gefahr gehandelt habe. Soweit eine solche **konkrete Gefahr** bei einer PRT **aus den anatomischen Verhältnissen** folgt, hätte zum Zeitpunkt der Behandlung ein spezifisches – nicht nur

¹² Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/06 – GesR 2010, 481 ff. = NJW 2010, 3230 ff. = VersR 2010, 1220 f.

¹³ Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 13, 15 und 16.

theoretisches – Risiko vorgelegen, über welches grundsätzlich auch ohne vorher bekannt gewordene Schadensfälle aufzuklären gewesen wäre.¹⁴

Das Berufungsgericht hatte weiter ausgeführt, aus der persönlichen Anhörung des Klägers beim Landgericht ergäbe sich, dass ein rein abstrakter Hinweis auf die Gefahr einer Querschnittslähmung für den Kläger seinerzeit ohnehin keine Bedeutung gehabt hätte. Im Blick auf eine darin möglicherweise gesehene **hypothetische Einwilligung** weist der VI. Zivilsenat ergänzend darauf hin, dass eine hypothetische Einwilligung grundsätzlich **nicht ohne persönliche Parteianhörung** angenommen werden kann und konkrete Feststellungen des Tatrichters dazu voraussetzt, wie sich der Kläger bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre.¹⁵

d)

Um die **Grenzen der Aufklärungspflicht** des behandelnden Arztes zu Risiken außerhalb seines Fachgebietes ging es in einer weiteren Revisionsentscheidung des VI. Zivilsenats.¹⁶ Die Revision führte ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Bei der Klägerin hatten sich im Anschluss an eine Spinalanästhesie anlässlich einer Krampfaderoperation subdurale Hygrome (Flüssigkeitsergüsse) im Schädel gebildet. Das Berufungsgericht war auf der Grundlage eines eingeholten Sachverständigen-gutachtens zu der Überzeugung gelangt, dass die Entstehung eines subduralen Hygroms bzw. Hämatoms als Folge einer Spinalanästhesie ein typisches, eingriffsspezifisches Risiko dieser Anästhesiemethode sei. Da im Falle eines Hygroms oder eines Hämatoms eine Kopfoperation notwendig werden könne und die Gefahr von Dauerschäden bestehe, war das Berufungsgericht objektiv von einem aufklärungs-

¹⁴ Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 16.

¹⁵ Urteil vom 06. Juli 2010 – VI ZR 198/09 – juris, Rn. 17 mit Hinweis auf Urteile vom 17. April 2007 – VI ZR 108/09 – NJW 2007, 2771 ff. und vom 01. Februar 2005 – VI ZR 174/03 – NJW 2005, 1364 f.

¹⁶ Urteil vom 19. Oktober 2010 – VI ZR 241/09 – GesR 2011, 24 ff. = NJW 2011, 375 ff. = VersR 2011, 223 ff.

pflichtigen Risiko ausgegangen. Weil einem Anästhesisten im Krankenhausbereich das Risiko eines subduralen Hygroms bzw. Hämatoms im Oktober 2003 nicht hätte bekannt sein müssen, hatte das Berufungsgericht allerdings keine **schuldhaft**e Aufklärungspflichtverletzung angenommen. Diese Wertung hat der Bundesgerichtshof nicht mitgetragen, wobei der Rechtsmittelerfolg darauf beruhte, dass in Bezug auf den Inhalt der in den Instanzen eingeholten Sachverständigengutachten und den darauf gestützten Feststellungen des Berufungsgerichts teilweise Unklarheiten und Widersprüche aufgezeigt werden konnten.¹⁷ Letztlich war auch hier entscheidend, dass in Ansehung der anatomischen Verhältnisse bei Punktionen der Dura die Gefahr entsprechender Komplikationen bestand. Von daher hätte das Berufungsgericht mangels eigener Sachkunde nicht ohne weitere Klärung annehmen dürfen, dass es für die **Frage der für den Fachbereich des Anästhesisten zu fordernden Kenntnis von Risiken** unerheblich war, wie sich der Eingriff neurologisch auswirkte.¹⁸

Soweit das Berufungsgericht im Rahmen einer Hilfsbegründung weiter ausgeführt hatte, dass seitens der Klägerin der volle **Nachweis der Kausalität** der bei ihr durchgeführten Spinalanästhesie für das Auftreten der subduralen Hygrome nicht geführt worden sei, hatte auch dies keinen Bestand. Im Blick auf den Kausalzusammenhang zwischen Spinalanästhesie und dem Auftreten subduraler Hygrome galt nämlich **nicht** das Beweismaß des **§ 286 ZPO**, **sondern** der Beweismaßstab des **§ 287 ZPO**, weil die Primärschädigung bei fehlerhafter Aufklärung bereits in dem mangels wirksamer Einwilligung per se rechtswidrigen Eingriff als solchem lag.¹⁹ In Ansehung dieses Beweismaßstabs hatte das Berufungsgericht bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs für den Folgeschaden einen zu strengen Maßstab angelegt.

e)

Erfolg oder Misserfolg von Arzthaftungsklagen hängen regelmäßig vom Ergebnis durchzuführender Beweisaufnahmen und hier insbesondere von den Ausführungen eingeschalteter Sachverständiger ab. Insoweit kommt es immer wieder vor, dass sich

¹⁷ Vgl. allgemein zu den Möglichkeiten, Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren aussichtsreichen Rügen anzugreifen unten unter 9. a), S.26 f.

¹⁸ Urteil vom 29. Oktober 2010 – VI ZR 241/09 – juris, Rn. 16.

¹⁹ Urteil vom 19. Oktober 2010 – VI ZR 241/09 – juris, Rn. 18.

erst im letzten Verhandlungstermin Gesichtspunkte ergeben, die die abschließende Entscheidung des Gerichts maßgeblich beeinflussen. Um einen solchen Fall ging es im Rahmen einer erfolgreich geführten Nichtzulassungsbeschwerde.²⁰ Der BGH hält fest, dass den Parteien in Fällen, in denen der medizinische Sachverständige in seinen mündlichen Ausführungen **im Verhandlungstermin neuere** und ausführlichere Beurteilungen gegenüber dem bisherigen Gutachten abgibt, unter dem Blickpunkt des rechtlichen Gehörs **Gelegenheit** zu geben ist, **hierzu Stellung zu nehmen**. Dabei sind auch Ausführungen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz zur Kenntnis zu nehmen und die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, sofern die Ausführungen Anlass für eine weitere tatsächliche Aufklärung geben.²¹

f)

Mit dem – verneinten – ursächlichen Zusammenhang zwischen einem groben Behandlungsfehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden befassen sich zwei weitere Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.²² Die Tatrichter hatten **trotz Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers den ursächlichen Zusammenhang** zwischen dem groben Behandlungsfehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden jeweils **als äußerst unwahrscheinlich angesehen und deshalb verneint**. Der BGH führt aus, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen einem groben Behandlungsfehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden zwar nicht schon deshalb als äußerst unwahrscheinlich angesehen werden kann, weil das Gewicht der Möglichkeit, dass der Fehler den Gesundheitsschaden mitverursacht hat, nur 5 % beträgt. Im Streitfall lagen aber weitere, vom Berufungsgericht in seine Betrachtung mit einbezogene Umstände vor, die die tatrichterliche Würdigung, ein Ursachenzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden sei äußerst unwahrscheinlich, im Ergebnis vertretbar erscheinen ließen.

²⁰ Beschluss vom 30. November 2010 – VI ZR 25/09 – GesR 2011, 98 ff. = MedR 2011, 160.

²¹ Beschluss vom 30. November 2010 – VI ZR 25/09 – juris, Rn. 5.

²² Beschlüsse vom 30. November 2010 – VI ZR 209/09 und 211/09, veröffentlicht jeweils bei juris.

g)

Die **Abgrenzung** zwischen **Befunderhebungsfehler** und **Diagnoseirrtum** war Gegenstand einer weiteren Revisionsentscheidung des BGH.²³ Die Ehefrau des Klägers war an einem Adenokarzinom im Bereich des rechten Lungenflügels am 21. Dezember 2006 verstorben. Das Adenokarzinom war im April 2004 festgestellt worden. Gut ein Jahr vorher – am 09. März 2003 – war die Ehefrau des Klägers im von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus zur Durchführung einer Meniskusoperation aufgenommen worden. Im Rahmen der Vorbereitung dieser Meniskusoperation war vom Anästhesisten eine Röntgenaufnahme der Lunge veranlasst worden, die in der von den Beklagten zu 2 und 3 im Krankenhaus der Beklagten zu 1 betriebenen radiologischen Praxis hergestellt und ohne Auswertung an den Anästhesisten übermittelt wurde. Der Anästhesist stellte bei der Auswertung der Aufnahme eine dort schon vorhandene ca. 2 Bildcentimeter durchmessende Verdichtungszone rechts supradiaphragmal (Rundherd) nicht fest.

Das Berufungsgericht hatte gemeint, dem beklagten Krankenhaus seien Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, weil ihr Anästhesist bei der Auswertung der Röntgenaufnahme die auch für ein ungeübtes Auge ohne weiteres erkennbare Verdichtung im Bereich des rechten Lungenflügels nicht erkannt und es unterlassen habe, ihre Ursache durch weitere differenzialdiagnostische Maßnahmen abzuklären. Der VI. Zivilsenat beanstandet, dass das Berufungsgericht den von ihm angenommenen Fehler des Anästhesisten als Befunderhebungsfehler und nicht als Diagnoseirrtum qualifiziert hatte.²⁴ Ein **Befunderhebungsfehler** ist gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein **Diagnoseirrtum** vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergreift.²⁵ Folge des fehlenden Befunderhebungsfehlers war, dass kein Raum für die Annahme bestand, der Behandlungsfehler der Beklagten sei ursächlich für den eingetretenen Gesund-

²³ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – MedR 2011, 224 f.

²⁴ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 13.

²⁵ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 13 m.w.N.

heitsschaden gewesen.²⁶ Grundsätzlich muss der Patient die Voraussetzungen eines Behandlungsfehlers und dessen Ursächlichkeit für den geltend gemachten Gesundheitsschaden darlegen und beweisen. Insoweit fehlte es aber an hinreichenden Feststellungen, dass der Tod der Patientin bei zutreffender Interpretation der Röntgenaufnahme im März 2003 vermieden worden wäre oder die Krankheit zumindest einen günstigeren Verlauf genommen hätte.²⁷ Für eine Beweislastumkehr war ebenfalls kein Raum, weil nicht festgestellt worden war, dass der behauptete **Diagnosefehler als grob zu bewerten** war. Insoweit hält das Revisionsurteil fest, dass ein Fehler bei der Interpretation der erhobenen Befunde **nur dann** einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst und damit einen „groben“ Diagnosefehler darstellt, **wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt**. Wegen der bei Stellung einer Diagnose nicht seltenen Unsicherheiten muss die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung der Behandlungsseite mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch angesetzt werden.²⁸

h)

Fragen des **Haftungsumfangs** waren im Zusammenhang mit einem geburtshilflichen Behandlungsfehler vom VI. Zivilsenat²⁹ zu beurteilen. Der geburtshilfliche Behandlungsfehler hatte beim Kläger zu einem schweren Hörschaden und einem rechtskräftigen **Feststellungsausspruch** geführt, nach dessen Inhalt der Beklagte verpflichtet war, dem Kläger wegen dessen bei der Geburt erworbenen Hörschädigung **alle entstandenen und künftig noch entstehenden materiellen Schäden** zu ersetzen, soweit der Anspruch nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen war. Der seit längerem arbeitslose Kläger hatte den Realabschluss erreicht und eine Ausbildung zum Tischler absolviert. Sein Vater war Maschinenbautechniker mit Weiterqualifika-

²⁶ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 18.

²⁷ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 19.

²⁸ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 20 mit Hinweis auf Urteil vom 12. Februar 2008 – VI ZR 221/06 – GesR 2008, 250 ff. = NJW 2008, 1381 ff. und vom 09. Januar 2007 – VI ZR 59/06 – MedR 2008, 44 ff. = NJW-RR 2007, 744 ff.

²⁹ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – GesR 2010, 685 ff. = VersR 2010, 1607 ff.

tion zum Berufsschullehrer für EDV, sein Bruder ein ausgebildeter Kommunikationstechniker. Anknüpfend an diese Qualifikationen berechnete der Kläger seinen **Verdienstaufschaden** nach der Differenz zwischen seinem tatsächlich erzielten Nettoeinkommen als Tischler bzw. dem von ihm nunmehr bezogenen Arbeitslosengeld und einem Einkommen, welches er nach abgeschlossenem Hochschulstudium der Informationstechnologie hätte erzielen können.

Das Berufungsgericht hatte der Klage im Umfang von 80% der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Nettoverdienst eines angestellten Tischlergesellen und dem durchschnittlichen Nettoverdienst eines angestellten, nicht akademisch ausgebildeten Kommunikationstechnikers stattgegeben. Der BGH nimmt dies zum Anlass, allgemeine **Grundsätze zur Schadensermittlung bei Körperverletzungen von jüngeren Kindern** unter Berücksichtigung der erkennbaren Begabungen und Fähigkeiten sowie der beruflichen bzw. schulischen Stellung der Eltern und Geschwister aufzustellen. Im Blick darauf, dass über die berufliche Zukunft eines jüngeren Kindes aufgrund des eigenen Entwicklungsstands zum Schadenszeitpunkt noch keine zuverlässige Aussage möglich ist, kann es geboten sein, dass der Tatrichter bei der für die **Ermittlung des Erwerbsschadens** erforderlichen Prognose auch den Beruf sowie die Vor- und Weiterbildung der Eltern, ihrer Qualifikation in der Berufstätigkeit, die beruflichen Pläne für das Kind sowie schulische und berufliche Entwicklungen von Geschwistern berücksichtigt.³⁰ Ergeben sich aufgrund der tatsächlichen Entwicklung des Kindes zwischen dem Zeitpunkt der Schädigung und dem Zeitpunkt der Schadensermittlung (weitere) Anhaltspunkte für seine Begabungen und Fähigkeiten und die Art der möglichen Erwerbstätigkeit ohne den Schadensfall, ist auch dies bei der Prognose zu berücksichtigen und von einem dementsprechenden normalen beruflichen Werdegang auszugehen.³¹ Da das Berufungsgericht diese Grundsätze beachtet hatte, blieb die Revision erfolglos.

³⁰ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – juris, Rn. 19 und 20.

³¹ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – juris, Rn. 20 und 21.

2.

Recht der privaten Krankenversicherung

In der Berichtsperiode hat sich der IV. Zivilsenat – erneut – mit der Erstattungsfähigkeit von **Kosten für reproduktionsmedizinische Behandlungen** (Inseminationsbehandlungen, In-vitro-Fertilisationen mit intracytoplasmischen Spermien-Injektionen) im Rahmen einer bestehenden privaten Krankheitskostenversicherung befasst.³² Letztlich ging es um die Frage der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer bedingungsgemäßen Krankheit. Im konkreten Fall hatte der **Mann** nachgewiesen, dass bei ihm eine **Spermienanomalie** vorlag, die seine Fähigkeit, ein Kind zu zeugen, beeinträchtigte.³³ In Ansehung dieses nachgewiesenen pathologischen Zustandes war es **unerheblich**, dass nicht geklärt werden konnte, **ob auch bei der Ehefrau** des Klägers eine **Fertilitätsstörung** vorlag. Treffen körperlich bedingte Fertilitätseinschränkungen von Mann und Frau zusammen, und lässt sich nicht feststellen, dass einzelne Behandlungsschritte der künstlichen Befruchtung ausschließlich durch die Erkrankung des einen oder des anderen Partners geboten sind, so ist die Behandlung, selbst wenn sie zugleich die körperlich bedingte Unfruchtbarkeit beider Partner überwinden soll, jedenfalls **auch als eine eigene Heilbehandlung** desjenigen Ehepartners anzusehen, bei dem die Fertilitätsstörung nachgewiesen ist.³⁴ Sind beide Ehepartner privat krankenversichert, erwirbt insoweit jeder von ihnen für die Linderung seiner Fertilitätsstörung einen Kostenerstattungsanspruch gegen seinen Krankenversicherer.³⁵

Zu versicherungsrechtlichen Entscheidungen des IV. Zivilsenats sei ergänzend auf unseren Newsletter zum Versicherungsrecht verwiesen.³⁶

³² Urteil vom 15. September 2010 – IV ZR 187/07 – NJW-RR 2011, 111 ff. = VersR 2010, 1485 f.

³³ Urteil vom 15. September 2010 – IV ZR 187/07 – juris, Rn. 15 ff.

³⁴ Urteil vom 15. September 2010 – IV ZR 187/07 – juris, Rn. 18.

³⁵ Vgl. auch Urteil vom 13. September 2006 – IV ZR 133/05 – NJW 2006, 3560 f. = VersR 2006, 1673.

³⁶ Den Newsletter Versicherungsrecht können Sie über unsere Homepage www.bgh-anwalt.de

3.

Berufsrecht der Heilberufe

Zum Berufsrecht der Heilberufe ist über Entscheidungen des I. Zivilsenats zu berichten.

a)

Unter dem Entscheidungsnamen „**Zweite Zahnarztmeinung**“ hat der I. Zivilsenat die Tätigkeit eines Zahnarztes auf einer Internetplattform bewertet. Konkret ging es um die Frage, ob es wettbewerbsrechtlich zulässig ist, wenn registrierte Patienten auf einer Internetplattform gegen ein geringfügiges Entgelt den Heil- und Kostenplan, den ihnen ihr Zahnarzt erstellt hat, öffentlich zur Verfügung stellen, um kostengünstigere Vorschläge von anderen Zahnärzten einzuholen. Der Zahnarzt, der den Plan erstellt hatte, wurde nicht genannt; andere Zahnärzte konnten allerdings den Plan bewerten und ihre eigene Kostenschätzung abgeben. Aus den günstigsten Angeboten konnte der Kunde dann auswählen und wenn aufgrund der Internetvermittlung ein Behandlungsvertrag zustande kam, musste der Arzt an den Plattformbetreiber ein Entgelt in Höhe von 20 % des Honorars entrichten.³⁷

Der I. Zivilsenat hat entschieden, dass ein Zahnarzt, der auf einer **Internetplattform ein Gegenangebot zu einem Heil- und Kostenplan oder Kostenvoranschlag** eines Kollegen abgibt, welches ein Patient dort eingestellt hat, weder gegen das berufsrechtliche Kollegialitätsgebot noch gegen das Verbot berufswidriger Werbung verstößt.³⁸ In dem Versprechen des Zahnarztes, dem Betreiber der Internetplattform im Falle des Zustandekommens eines Behandlungsvertrages mit dem Patienten ein Teil seines Honorars als Entgelt für die Nutzung des virtuellen Marktplatzes abzugeben, liegt auch kein unzulässiges Versprechen eines Entgelts für die Zuweisung

unter dem Menüpunkt „Newsletter“ abrufen. Dort können Sie sich auch für den Bezug dieses Newsletters anmelden.

³⁷ Vgl. Berger, jurisPR-ITR 23/2008 Anm. 5.

³⁸ Urteil vom 01. Dezember 2010 – I ZR 55/08 – juris, Rn. 10 ff.

von Patienten.³⁹ Dementsprechend handelte auch der im konkreten Fall verklagte Betreiber der unter der Internetadresse „www.2te-zahnarztmeinung.de“ betriebenen Internetplattform **nicht wettbewerbswidrig**, mit der Folge, dass der in den Instanzen ausgeurteilte Unterlassungsausspruch abgeändert und die Klage abgewiesen worden ist.

b)

In einem erst in dieser Berichtsperiode abgesetzten weiteren Urteil hat der I. Zivilsenat entschieden, dass den Bestimmungen des Heilberufsgesetzes NRW über die Führung von Gebietsbezeichnungen, Teilgebietsbezeichnungen oder Zusatzbezeichnungen durch Kammerangehörige die Qualität von Marktverhaltensregeln i.S. des § 4 Nr. 11 UWG zukommt.⁴⁰ Die Beklagte, eine Zahnärztin, hatte durch einen Studiengang an der österreichischen Donau-Universität Krems den Titel „**Master of Science Kieferorthopädie**“ erworben, den sie im Rahmen ihrer Internetpräsentation führte. Die hiergegen von zwei benachbarten Zahnärzten geführte Unterlassungsklage war nur in erster Instanz erfolgreich. Da der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) gestützt war, kam es im Revisionsverfahren darauf an, ob auf der Grundlage des im Zeitpunkt der Senatsentscheidung geltenden Rechts – und damit im Jahre 2010 – Unterlassung verlangt werden konnte. Die einen Unterlassungsanspruch verneinende Entscheidung stützt sich wesentlich darauf, dass der beanstandete akademische Grad eines „Master of Science Kieferorthopädie“ der Donau-Universität Krems zu den akademischen Graden rechnet, die Angehörige der Zahnärztekammer Nordrhein nach § 12 Abs. 2 der Berufsordnung dieser Zahnärztekammer in Deutschland führen dürfen.⁴¹ Die Führung des Mastergrades in der beanstandeten Form ist nach den weiteren Feststellungen des I. Zivilsenats auch nicht irreführend.⁴²

³⁹ Urteil vom 01. Dezember 2010 – I ZR 55/08 – juris, Rn. 22.

⁴⁰ Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 172/08 – GesR 2011, 50 ff. = NJW-RR 2010, 1628 ff.; vgl. auch BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss – 1 BvR 1287/08 – GesR 2011, 114 ff. = NJW 2011, 114 ff.

⁴¹ Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 172/08 – juris, Rn. 19.

⁴² Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 172/08 – juris, Rn. 21 ff.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe

Zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden.

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Das Vergütungsrecht der Heilberufe fällt in die Zuständigkeit des III. Zivilsenats. Dieser hatte eine Fallkonstellation zu entscheiden, in denen ein **Krankenhausarzt** einen **externen Radiologen zur Anfertigung einer Angiographie** mit anschließender Dilatation der Arterien **eingeschaltet** hatte. Der extern tätig gewordene Radiologe hatte den Wahlleistungspatienten daraufhin auf **Ersatz von Auslagen für aufgewendete Sachkosten** in Anspruch genommen. Konkret waren für die insgesamt erbrachten Leistungen 4.577,00 € in Rechnung gestellt worden, von denen die in die Rechnung eingestellten Sachkosten in Höhe von 3.386,78 € von der hinter dem Patienten stehenden Krankenversicherung beanstandet worden waren. Auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat der BGH der Klage stattgegeben.⁴³

Für die rechtliche Einordnung war davon auszugehen, dass die externen Ärzte nach Maßgabe von § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntG auf Veranlassung der Ärzte des Krankenhauses, welches den Beklagten zur stationären Behandlung aufgenommen hatte, tätig geworden waren. Insoweit hatten die externen Ärzte ihre wahlärztlichen Leistungen mit persönlichen und sachlichen Mitteln ihrer Praxis erbracht.⁴⁴

⁴³ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – GesR 2011, 102 ff. = ZMGR 2011, 47 ff.

⁴⁴ Vgl. Urteil vom 10. Mai 2007 – III ZR 291/06 – MedR 2007, 647 ff. = NJW-RR 2007, 1122 ff. =

Wird ein externer Arzt bei **Regelleistungspatienten** gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KHEntgG auf Veranlassung des Krankenhauses tätig, sind seine Leistungen den allgemeinen Krankenhausleistungen zuzuordnen, die mit dem Krankenhausentgelt abgegolten sind. Dem externen Arzt ist aufgrund der dahingehenden Gesetzeslage bewusst, dass er seine Vergütung und seinen Auslagenersatz vom Krankenhaus zu beanspruchen hat, wobei insoweit die Bestimmungen der **Gebührenordnung für Ärzte nicht anwendbar** sind.⁴⁵

Anders verhält es sich **bei einer Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen**: Der externe Arzt wird nicht vom Krankenhaus, sondern von einem liquidationsberechtigten Arzt des Krankenhauses zugezogen, und er wird nach § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG wegen seiner Vergütung auf die Gebührenordnung für Ärzte verwiesen. Darüber hinaus sind die von ihm erbrachten Wahlleistungen keine allgemeinen Krankenhausleistungen und daher nicht Gegenstand der Entgelte des § 7 KHEntgG.⁴⁶

Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Überlegungen tritt der BGH der Auffassung des Berufungsgerichts entgegen, welches unter Verweis auf die Regelungen in § 6a Abs. 2 i.V.m. § 10 GOÄ die Auffassung vertreten hatte, dass die durch die Angiographie ausgelösten Sachkosten nicht nach § 10 GOÄ erstattungsfähig seien. Der BGH verweist zutreffend darauf, dass eine Beschränkung des Rechts des niedergelassenen Arztes, seine Auslagen nach Maßgabe des § 10 GOÄ ersetzt zu erhalten, im Zusammenhang mit vielfachen Änderungen des Gebühren- und Pflegesatzrechts seit 1984 vom Verordnungsgeber nicht in Erwägung gezogen worden ist.⁴⁷ Eine Erstattung nach § 10 GOÄ ist nur dann abzulehnen, wenn einem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt Materialien vom Krankenhaus zur Verfügung gestellt werden. Denn Kosten dieser Art sind nach § 2 Nr. 5 KHG, § 7 Abs. 1 BPfIV, § 7 Abs. 1

VersR 2007, 1228 ff. sowie vom 13. Juni 2002 – III ZR 186/01 – MedR 2002, 582 ff. = NJW 2002, 2948 ff.

⁴⁵ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – juris, Rn. 14.

⁴⁶ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – juris, Rn. 15.

⁴⁷ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – juris, Rn. 12.

KHEntgG pflegesatzfähig.⁴⁸ Für den externen Arzt, der im Einzelfall zu Leistungen herangezogen wird, die das Krankenhaus mangels Einrichtung einer entsprechenden medizinischen Abteilung zur Behandlung des Patienten nicht erbringen kann (hier Angiographie mangels Vorhaltens einer eigenen Radiologie), gelten diese Überlegungen im Bereich seiner wahlärztlicher Leistungen indes nicht.⁴⁹

6.

Krankenhausrecht

Bezüge zum Krankenhausrecht hatten zwei beim III. Zivilsenat sowie beim VI. Zivilsenat anhängige Revisionsverfahren.

a)

Die in der Praxis nach wie vor ungeklärte **Abgrenzung zwischen Krankenhausbehandlung und medizinischer Rehabilitation im Bereich von der Phase B zuzuordnenden neurologischen Patientin** wurde einen Fall berührt, der vom III. Zivilsenat zu entscheiden war.⁵⁰ Die Parteien stritten um Schadensersatzansprüche wegen der Ablehnung eines Antrags auf Abschluss eines Versorgungsvertrages im Sinne des § 111 SGB V, den die klagende medizinische Rehabilitationsklinik im Jahre 2003 beantragt hatte. Konkret war beantragt worden, für 20 Betten der Phase B – im Austausch zu den bereits genehmigten Betten der Phase C – einen Versorgungsvertrag abzuschließen. Dem Vorschlag der für diesen Antrag zuständigen Arbeitsgemeinschaft, den Antrag auf Abschluss eines Versorgungsvertrages in einen Antrag nach §§ 108 Nr. 3, 109 SGB V auf Krankenhausbehandlung umzudeuten, war die Klägerin nicht nachgekommen. Der Antrag auf Abschluss des Versorgungsvertrages war daraufhin nach § 111 SGB V mit der Begründung abgelehnt worden, die neurologische Frührehabilitation der Phase B sei nicht der Rehabilitation, sondern der Kran-

⁴⁸ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – juris, Rn. 13.

⁴⁹ Urteil vom 04. November 2010 – III ZR 323/09 – juris, Rn. 15.

⁵⁰ Urteil vom 18. November 2010 – III ZR 239/09 – VersR 2011, 348 ff.

kenhausbehandlung zuzuordnen. Im anhängigen Verfahren hatte die Klägerin wegen der Ablehnung ihres Antrags auf Abschluss eines Versorgungsvertrages Schadensersatz nach Maßgabe von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG geltend gemacht.

Der BGH hat die **Schadensersatzklage abgewiesen**. Dabei hat er die Frage, ob Patienten der Phase B definitionsgemäß krankenhausbearbeitungsbedürftig sind und die Zurückweisung des Antrags auf Behandlung derartiger Patienten in einer Rehabilitationseinrichtung rechtmäßig oder rechtswidrig war, offen gelassen und maßgeblich darauf abgestellt, dass ein Anspruch aus § 839 BGB jedenfalls daran scheitert, dass es für einen möglichen Rechtsverstoß an einem **Verschulden der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft fehlte**.⁵¹

b)

Der VI. Zivilsenat hatte zu klären, ob die **ärztliche Behandlung von Zivildienstleistenden** durch Vertragsärzte und Krankenhäuser mit Kassenzulassung im Rahmen der gesetzlichen Heilfürsorge in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgt.⁵² Der Kläger war als Zivildienstleistender nach einem Badeunfall, bei dem er sich eine Fraktur der Halswirbelsäule zugezogen hatte, zunächst notärztlich und dann in der Klinik der Beklagten zu 1 von den Beklagten zu 2 und 3 behandelt worden. Er ist dauerhaft querschnittsgelähmt und macht dafür die Beklagten zu 2 und 3 verantwortlich, weil diese im Rahmen der Eingangsdiagnostik die gebotene CT-Untersuchung der Halswirbelsäule unterlassen hätten, bei der die Fraktur erkannt worden wäre.

Die Beklagten waren ihrer Inanspruchnahme unter Hinweis auf Art. 34 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 BGB entgegengetreten, weil der Kläger zur Zeit der ärztlichen Behandlung Zivildienstleistender gewesen sei. Den insoweit erhobenen Einwand der Haftungsverlagerung hat der BGH zurückgewiesen. Die Beklagten hatten argumentiert, dass sie im Falle einer Behandlung von Zivildienstleistenden ebenso haftungsprivilegiert sein müssten, als bei der Behandlung von Soldaten.

⁵¹ Urteil vom 18. November 2010 – III ZR 239/09 – juris, Rn. 21.

⁵² Urteil vom 26. Oktober 2010 – VI ZR 307/09 – GesR 2011, 94 ff. = VersR 2011, 264 ff.

Bei der Behandlung eines **Soldaten**, die im Auftrag der Bundeswehr durch Ärzte eines zivilen Krankenhauses aufgrund eines privatärztlichen Vertrages auf Weisung des Bundeswehrarztes durchgeführt wird, ist anerkannt, dass diese **Behandlung in Ausübung eines öffentlichen Amtes** erfolgt, so dass weder der behandelnde Arzt noch der Krankenhausträger auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können.⁵³ Diese für Soldaten geltenden Grundsätze können auf die Heilbehandlung von Zivildienstleistenden allerdings nicht entsprechend angewandt werden.⁵⁴ Im Gegensatz zur Bundeswehr verfügt der Zivildienst nicht über einen eigenen Sanitätsdienst. Der für Zivildienstleistende bestehende gesetzliche Anspruch auf Heilfürsorge ist ebenfalls in wesentlichen Punkten zu dem eines Soldaten auf Heilfürsorge unterschiedlich ausgestaltet. Diese Unterschiede begründen auch hinsichtlich der Haftungsfrage eine abweichende rechtliche Einordnung dahingehend, dass die **Heilbehandlung von Zivildienstleistenden anders als die der Soldaten nicht als Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe anzusehen** ist und **keine Haftungsprivilegierung** greift.

7. + 8.

Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie Grundzüge des Apothekenrechts

Insoweit ist in dieser Berichtsperiode über Entscheidungen des I. Zivilsenats sowie des X. bzw. Xa. Zivilsenats zu berichten.

a)

Um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von **Bonussystemen bei Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente** ging es in vier am gleichen Tage verkündeten Urteilen des für das Wettbewerbsrecht zuständigen I. Zivilsenats.

⁵³ Urteil vom 26. Oktober 2010 – VI ZR 307/09 – juris, Rn. 17 m.H. auf Urteil vom 29. Februar 1996 – III ZR 238/94 – NJW 1996, 2431 f. = VersR 1996, 976.

⁵⁴ Urteil vom 26. Oktober 2010 – VI ZR 307/09 – juris, Rn. 18 ff.

aa)

Einen **Verstoß gegen §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und der Arzneimittelpreisverordnung** hat der BGH in einer Fallgestaltung bejaht, in dem ein Apotheker über ein Online-Versandhandelsgeschäft sein Produktsortiment vertrieben und auf seiner Homepage mit einem **Begrüßungsgutschein im Wert von 5,00 €** geworben hatte.⁵⁵ Das Urteil liegt auf der Linie der gefestigten Rechtsprechung und hält fest, dass ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung nicht nur dann vorliegt, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgibt. Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden vielmehr auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen.⁵⁶ Der vorliegend über einen bestimmten Geldbetrag – 5,00 € – lautende Gutschein stellte einen Vorteil im vorstehend genannten Sinne dar.

bb)

Ebenso ist im Falle einer Internetwerbung unter dem Slogan „Unser Dankeschön für Sie“ erkannt worden, in der ein Apotheker für jedes Rezept, welches im Wege des Versandes bei ihm eingelöst wurde, einen **5,00 € Einkaufsgutschein** in Aussicht gestellt hatte.⁵⁷ Der BGH hat auch hier ausgesprochen, dass eine Werbegabe im Wert von 5,00 € keine geringwertige Kleinigkeit i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG darstellt.⁵⁸

Abweichendes kann allenfalls dann gelten, wenn der Gutscheinseinlösung wesentliche Hindernisse entgegenstehen oder die Vorteile nicht allein für den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, sondern auch aus anderem Anlass gewährt werden,

⁵⁵ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 37/08 – WRP 2010, 201 ff..

⁵⁶ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 37/08 – juris, Rn. 15.

⁵⁷ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 193/07 – GRUR 2010, 1136 ff. = NJW 2010, 3721 ff. = WRP 2010, 1482 ff.

⁵⁸ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 193/07 – juris, Rn. 25.

etwa weil der Kunde beim Erwerb Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen muss.⁵⁹ Ein solcher Ausnahmefall lag indes nicht vor.

cc)

Allerdings stellt sich nicht jede Werbeabgabe an den Käufer eines rezeptpflichtigen Medikamentes als Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung dar. Insoweit hat der I. Zivilsenat in einem weiteren Urteil ausgeführt, dass bei einer Publikumswerbung eine Werbeabgabe im **Wert von 1,00 €** als **geringwertige Kleinigkeit** im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG gilt.⁶⁰

dd)

In einem vierten Fall⁶¹ hatte ein Apotheker in der örtlichen Presse mit der Ausgabe von sogenannten **Bonustalern** geworben, die zum Bezug von Waren des täglichen Bedarfs berechtigten oder auch in bestimmten anderen Geschäften wie etwa Lottoannahme- und Tankstellen als Zahlungsmittel akzeptiert wurden. Der BGH hat das Verhalten der Beklagten als Verstoß gegen die bereits im Zusammenhang mit den vorstehend wiedergegebenen Entscheidungen angeführten Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und der Arzneimittelpreisverordnung bewertet, das Unterlassungsbegehren jedoch nichtsdestotrotz abgewiesen. Das Verhalten der Beklagten war nämlich nicht geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer im Sinne des § 3 UWG 2004 nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen sowie die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern i.S. des § 3 Abs. 1 UWG 2008 spürbar zu beeinträchtigen.⁶² Der Wert der Bonus-Taler belief sich nach der im Berufungsverfahren nicht beanstandeten Schätzung des Landgerichts auf etwa **0,50 €**, mit der Folge, dass es sich auch hier um **geringwertige Kleinigkeiten** im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG handelte.

⁵⁹ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 193/07 – juris, Rn. 18.

⁶⁰ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 98/08 – GRUR 2010, 1133 ff. = MDR 2010, 1477 f. = WRP 2010, 1471 ff..

⁶¹ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 26/09 – juris, Rn. 23.

⁶² Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 26/09 – juris, Rn. 21.

b)

Die Frage, ob das **deutsche Arzneimittelpreisrecht** auf **für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel** gilt, ist dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vorgelegt worden.⁶³ Der der **Vorlageentscheidung** zugrunde liegende Sachverhalt zeichnet sich dadurch aus, dass der in den Niederlanden ansässige Beklagte dort eine Präsenzapotheke und daneben im Internet eine Versandapotheke vertreibt. Über die Versandapotheke werden Medikamente in deutscher Sprache unter Angabe ihrer deutschen Bezeichnung oder der durch die deutsche Zulassungsbehörde vorgegebenen Pharmazentralnummer angeboten. Die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel erfolgt sodann gegen Einsendung eines Originalrezepts. Gegenüber kraft Gesetzes krankenversicherten Personen in Deutschland wirbt der Beklagte unter der Überschrift „Sparen sie beim Medikamentenkauf“ mit einem Bonussystem. Danach erhält der Kunde bei verschreibungspflichtigen Medikamenten auf Kassenrezept einen Bonus von 3% des Warenwerts, mindestens aber 2,50 € und höchstens 15,00 € pro verordneter Packung. Die Klägerin, die eine Apotheke in Deutschland betreibt, hält das Bonussystem der Beklagten für rechtswidrig und damit auch für wettbewerbswidrig und hat die Beklagte auf Unterlassung der Ankündigung und Gewährung ihrer Boni in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hat der im ersten Rechtszug erfolglosen Klage stattgegeben. Auf die beim BGH anhängige Revision hat dieser das Verfahren ausgesetzt.

Mit der Vorinstanz ist der **I. Zivilsenat der Ansicht, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt**. Da nach seiner Auffassung auch die weiteren Voraussetzungen für einen Unterlassungsausspruch vorliegen, möchte er die Revision des Beklagten zurückweisen. Hieran sieht sich der BGH allerdings durch die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundessozialgerichts gehindert. Dieser hat entschieden, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht für im Wege des Versandhandels nach

⁶³ Beschluss vom 09. September 2010 – I ZR 72/08 – GRUR 2010, 1130 ff. = NJW 2010, 3724 ff.

Deutschland eingeführter Arzneimittel nicht gilt.⁶⁴ Im Weiteren wird ausgeführt, dass der **I. Zivilsenat des BGH in Abweichung zur Auffassung des 1. Senats des Bundessozialgerichts** deutsches Arzneimittelpreisrecht im konkreten Fall für anwendbar hält.

c)

Wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten ranken sich auch häufig um den Vertrieb von **Nahrungsergänzungsmitteln**. Hier hat der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung in dem Berichtszeitraum ebenfalls weiter entwickelt. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb eines Nahrungsergänzungsmittels unter der Bezeichnung „Orthoexpert Gelenknahrung“, welches dem Knorpelaufbau beanspruchter Gelenke dienen soll, ging es darum, ob **Glucosaminsulfat und Chondroitinsulfat zulassungspflichtige Zusatzstoffe** i.S.v. § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 LFGB sind⁶⁵. Das Berufungsgericht hatte diese Frage offen gelassen, so dass das Inverkehrbringen nach dem deutschen Lebensmittelrecht grundsätzlich unzulässig war. Die Anwendung nationaler Bestimmungen zur Lebensmittelsicherheit steht allerdings gemäß Art. 14 Abs. 9 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 unter dem Vorbehalt, dass sie mit dem primären Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 34 und 36 AEUV, im Einklang steht.⁶⁶ Dies hat der BGH verneint und ausgesprochen, dass die Anwendung nationaler Bestimmungen zur Lebensmittelsicherheit – hier: Verbote für Stoffe, die den Lebensmittel-Zusatzstoffen nach § 2 Abs. 3 Satz 2 LFGB gleichgestellt sind – auch bei nicht grenzüberschreitenden Lebenssachverhalten unter dem Vorbehalt steht, dass sie den Erfordernissen entspricht, die sich für Reglementierungen des Warenverkehrs bei grenzüberschreitenden Lebenssachverhalten aus primären Unionsrecht, insbesondere aus Art. 34 und 36 AEUV ergeben.⁶⁷

⁶⁴ Urteil vom 28. Juli 2008 – B 1 KR 4/08 R – BSGE 101, 161 ff. = GesR 2008, 654 ff. = MedR 2009, 619 ff.

⁶⁵ Urteil vom 15. Juli 2010 – I ZR 99/09 – WRP 2011, 220 ff.

⁶⁶ Urteil vom 15. Juli 2010 – I ZR 99/09 – juris, Rn. 13.

⁶⁷ Urteil vom 15. Juli 2010 – I ZR 99/09 – juris, Rn. 13 und 14.

d)

Eine weitere Entscheidung des I. Zivilsenats zeigt, dass die **Veranstaltung von „Arzt-Seminaren“** nicht schon dann wettbewerbswidrig ist, wenn die Durchführung dieser Seminare gegen den Verhaltenscodex eines Unternehmensverbandes, vorliegend gegen den **Codex der freiwilligen Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie** verstößt.⁶⁸ Die freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie ist ein von den Mitgliedern des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller gegründeter eingetragener Verein. Die Beklagte, die nicht Mitglied dieses Vereins war, stellt her und vertreibt generische Arzneimittel. Sie bot unter dem Titel „Arzt-Seminare 2007“ jeweils etwa dreistündige, für die Teilnehmer kostenlose Veranstaltungen zu gebührenrechtlichen Fragen an, die sich an Ärzte und deren mit der Gebührenabrechnung befasste Mitarbeiter richteten. Die Klägerin hatte dieses Verhalten als wettbewerbswidrig beanstandet und eingewandt, es stehe insbesondere in Widerspruch zu dem von ihr beschlossenen „FS-Arzneimittelindustrie-Codex“. Das Berufungsgericht war dem gefolgt und hatte der Unterlassungsklage stattgegeben. Anders der BGH, der ausgesprochen hat, dass ein Verhalten, welches gegen einen Verhaltenscodex eines Unternehmensverbandes verstößt, nicht bereits deshalb eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG darstellt.⁶⁹

e)

Weiter ist über eine Revisionsentscheidung zu berichten, die **Aktivitäten für den Vertrieb eines noch nicht zugelassenen Medikamentes BF-200 ALA** betraf. Die Beklagten, die für dieses noch nicht zugelassene Medikament geworben hatten, vertraten die Auffassung, der Vertrieb über bestimmte Kooperationsapotheken sei nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 AMG zulässig. Es bestehe nämlich die Besonderheit, dass die jeweiligen Kooperationsapotheken die wesentlichen Schritte zur Herstellung von BF-200 ALA im pharmazeutischen Sinne selbst ausführten und das **Arzneimittel** von daher **erst in der Apotheke hergestellt** werde. Der I. Zivilsenat ist dieser Auffassung nicht gefolgt.⁷⁰ Er hat ausgesprochen, dass die für ein Defekturarzneimittel im

⁶⁸ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 157/08 – veröffentlicht bei juris.

⁶⁹ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 157/08 – juris, Rn. 12 ff.

⁷⁰ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 107/09 – veröffentlicht bei juris.

Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 AMG erforderliche Herstellung „im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebes“ voraussetzt, dass der **Apotheker**, soweit er dabei mit dem Hersteller eines Wirk- oder Trägerstoffes des Mittels zusammenarbeitet, **nicht lediglich** die **Stellung eines Handlangers** einnehmen dürfe, dies aber in dem streitgegenständlichen Fall so gewesen sei.⁷¹

f)

Häufig spielt auch die **Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Medizinprodukten** eine Rolle. Auch zu dieser Abgrenzung hat der BGH in einer erst im Verlauf dieser Berichtsperiode veröffentlichten Entscheidung Stellung genommen.⁷² Die konkret jeweilige Abgrenzung lässt sich stets nur bezogen auf den konkreten Einzelfall vornehmen. Bei der Entscheidung, ob ein Erzeugnis ein (Funktions-)Arzneimittel oder Medizinprodukt ist, sind neben seinen unmittelbaren Wirkungen auch seine Neben- und Folgewirkungen zu berücksichtigen, wobei derartige Folgewirkungen, soweit sie auf immunologischem, metabolischem oder pharmakologischem Gebiet liegen, zu seiner Einordnung als Arzneimittel führen können.⁷³

g)

Der X. Zivilsenat hatte sich mit **Patentierfähigkeit eines Verfahrens zur Bildunterstützung bei Katheternavigation** zu befassen.⁷⁴ In Abgrenzung zum Patentierungsausschluss für Verfahren zur chirurgischen Behandlung des menschlichen Körpers hält der X. Zivilsenat fest, dass die gezielte Navigation eines in ein Hohlraumorgan des menschlichen Körpers invasiv eingeführten Katheters nicht dem **Patentierungsausschluss für Verfahren zur chirurgischen Behandlung des menschlichen Körpers** unterfällt, weil der Patentierungsausschluss nicht die Patentierung von Verfahren einschließt, die im Zusammenhang mit der Durchführung eines chirurgischen Verfahrens – wie hier dem Verfahren zur Bildunterstützung bei Kathe-

⁷¹ Urteil vom 09. September 2010 – I ZR 107/09 – juris, Rn. 17 ff.

⁷² Urteil vom 24. Juni 2010 – I ZR 166/08 – GesR 2011, 62 ff. = NJW-RR 2010, 1705 ff. = PharmR 2010, 638 ff.

⁷³ Urteil vom 24. Juni 2010 – I ZR 166/08 – juris, Rn. 18.

⁷⁴ Beschluss vom 31. August 2010 – X ZB 9/09 – GRUR 2010, 1081 ff..

ternavigation – verwendet werden können.⁷⁵ Ein solches Verfahren ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt fehlender Gewerblichkeit von der Patentierung ausgeschlossen.⁷⁶

h)

Rein nachrichtlich sei noch auf eine weitere Entscheidungen zur **Patentfähigkeit** betreffend ein **selbstklebendes Pflaster** mit einer besonderen Schicht, das Fentanyl als Wirkstoff enthält⁷⁷ sowie ein die **dechromatographische Trennung von Plasmaproteinen** betreffendes Streitpatent⁷⁸ verwiesen.

9.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts mit medizinrechtlichen Bezügen finden sich in Entscheidungen des IV., VI. und XII. Zivilsenats.

a)

In der dritten Instanz können die Parteien die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nur mit Verfahrensrügen angreifen. Ein **beachtlicher Verfahrensfehler** kann etwa vorliegen,

- wenn der Tatrichter eine **antizipierte Beweiswürdigung** vornimmt,⁷⁹
- wenn der Tatrichter den **Begriff des groben Behandlungsfehler** verkennt und bei der Gewichtung dieses Fehlers erheblichen Prozentsatz außer Betracht lässt oder verfahrensfehlerhaft würdigt,⁸⁰

⁷⁵ Beschluss vom 31. August 2010 – X ZB 9/09 – juris, Rn. 15 ff..

⁷⁶ Beschluss vom 31. August 2010 – X ZB 9/09 – juris, Rn. 25 ff..

⁷⁷ Urteil vom 18. November 2010 – Xa ZR 149/07 – GRUR 2011, 129 ff..

⁷⁸ Urteil vom 13. Juli 2010 – Xa ZR 10/07 – veröffentlicht bei juris.

⁷⁹ Beschluss vom 12. Mai 2009 – VI ZR 275/08 – NJW 2009, 2604 ff., Rn. 7.

⁸⁰ Ständige Rechtsprechung; vgl. nur Urteil vom 16. Juni 2009 – VI ZR 157/09 – NJW 2009, 2820 ff., Rn. 8 m.w.N.

- wenn der **Tatrichter** eine **eigene Sachkunde** in Anspruch nimmt, die er nicht ausweist und **für die es keine Anhaltspunkte gibt**,⁸¹
- wenn ein vom Tatrichter **im Wege des Urkundsbeweises verwertetes Gutachten** (hier: aus einem vorangegangenen Verfahren einer ärztlichen Schlichtungsstelle) **nicht alle Fragen beantwortet** und die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens trotzdem unterbleibt,⁸²
- wenn die tatrichterliche Bewertung sich auf **nicht hinreichende medizinische Darlegungen des Sachverständigen** stützt,⁸³
- wenn der **Tatrichter falsch beurteilt, in welchen ärztlichen Fachbereich** die Beurteilung der streitgegenständlichen **medizinischen Fragestellung fällt**,⁸⁴
- wenn der Tatrichter einen **Sachverständigen aus einem falschen Sachgebiet** auswählt (§ 404 Abs. 1 Satz 1 ZPO),⁸⁵
- wenn **Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen** nicht aufgeklärt werden,⁸⁶
- wenn **Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger** nicht aufgeklärt werden,⁸⁷
- wenn **Widersprüche zwischen dem Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen und einem von der Partei vorgelegten Privatgutachten** nicht aufgeklärt werden,⁸⁸
- wenn der **Tatrichter den Streit zwischen Sachverständigen** dadurch entscheidet, dass er **ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt**,⁸⁹
- wenn verfahrensfehlerhaft von einer **mündlichen Befragung des gerichtlichen Sachverständigen abgesehen** wird,⁹⁰

⁸¹ Urteil vom 16. Juni 2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820 ff., Rn. 16 a.E.

⁸² Urteil vom 06. Mai 2008 – VI ZR 250/07 – MedR 2009, 342 f., Rn. 6.

⁸³ Urteil vom 16. Juni 2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820 ff., Rn. 9 und 16.

⁸⁴ Urteil vom 21. Dezember 2010 – VI ZR 284/09 – juris, Rn. 15.

⁸⁵ Urteil vom 18. November 2008 – VI ZR 198/07 – NJW 2009, 1209 ff., Rn. 18.

⁸⁶ Beschluss vom 21. Januar 2009 – VI ZR 170/08 – GesR 2009, 189 f., Rn. 7.

⁸⁷ Beschluss vom 09. Juni 2009 – VI ZR 221/08 – VersR 2009, 1406 ff., Rn. 8 sowie Urteil vom 16. Juni 2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820 ff., Rn. 9.

⁸⁸ Beschluss vom 09. Juni 2009 – VI ZR 261/08 – VersR 2009, 1406 ff., Rn. 5.

⁸⁹ Urteile vom 25. Februar 2009 – IV ZR 27/08 – VersR 2009, 817 f., Rn. 8 f. und vom 18. Mai 2009 – IV ZR 57/08 – NJW-RR 2009, 1192 f., Rn. 7.

⁹⁰ Beschluss vom 25. September 2007 – VI ZR 157/06 – VersR 2007, 1697 f., Rn. 2 ff.

- wenn einer **Partei** nach Vorliegen des Protokolls über eine Anhörung des Sachverständigen **keine Gelegenheit gegeben** wird, **zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen**,⁹¹
- wenn sich **im Protokoll kein Hinweis darauf findet, dass die Parteien zum Beweisergebnis verhandelt haben**,⁹² und zu einer von einer Partei nachgeschobenen Stellungnahme zu dieser Beweisaufnahme nicht auszuschließen ist, dass die Stellungnahme zu einer für die Partei günstigeren Entscheidung hätte führen können.

b)

Liegt einer der vorstehend zusammengefassten Verfahrensfehler vor, wird der BGH regelmäßig nach **§ 544 Abs. 7 ZPO** vorgehen und **unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache an das Berufungsgericht zur abschließenden bzw. ordnungsgemäßen Beweisaufnahme zurückgeben**. Dabei kann sich die Nichterhebung der gebotenen Beweise im Einzelfall auch als willkürlich darstellen⁹³ und im Einzelfall sogar die Zurückweisung an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts nach Maßgabe von § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO erforderlich machen.⁹⁴

c)

Gibt der medizinische Sachverständige in seinen mündlichen Ausführungen neue und ausführliche Beurteilungen gegenüber dem bisherigen Gutachten ab, so ist den Parteien unter dem Blickpunkt des **rechtlichen Gehörs** Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen. Dabei sind auch Ausführungen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz zur Kenntnis zu nehmen und die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, sofern die Ausführungen Anlass zu weiterer tatsächlicher Aufklärung gebeten.⁹⁵ Der dem vorstehend zitierten Leitsatz zugrunde liegende Rechtsstreit wegen der Folgen einer fehlgeschlagenen notfallmäßig durchgeführten Kaiserschnittentbindung war über mehr als fünf Jahren in den Instanzen anhängig gewesen. Während dieser Zeit waren fünf Sachverständige angehört und acht Zeugen vernommen wor-

⁹¹ Urteil vom 12. Mai 2009 – VI ZR 275/08 – NJW 2009, 2604 ff., Rn. 8.

⁹² Gem. § 165, 160 Abs. 2 ZPO steht damit ein Verfahrensfehler (Verstoß gegen §§ 285 Abs. 1, 279 Abs. 3 ZPO) fest.

⁹³ Vgl. Beschluss vom 07. Juli 2010 – IV ZR 63/08 – VersR 2010, 1206 f.

⁹⁴ Beschluss vom 07. Juli 2010 – IV ZR 63/08 – juris, Rn. 7.

⁹⁵ Beschluss vom 30. November 2010 – VI ZR 25/09 – GesR 2011, 98 ff. = MedR 2011, 160.

den. Erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung kam zur Sprache, dass Ursache für die Schädigung der Klägerin eine fehlerhafte Lagerung der Mutter während der Durchführung der Not-Sectio in der sogenannten „Steinschnittlage“ gewesen sein könne. Hierbei handelt es sich um eine Form der Rückenlagerung der Patientin mit gespreizten Beinen und 90% Beugung in den Hüft- und Kniegelenken für bestimmte gynäkologische, urologische und proktologische Eingriffe. In Anknüpfung an diese erstmals in der mündlichen Verhandlung erörterte Problematik sah das Berufungsgericht einen groben Behandlungsfehler, der zur Verurteilung der Beklagten führte, die dann in einem nachgereichten Schriftsatz unter Berufung auf Zeugenbeweis behauptete, die Mutter der Klägerin sei während der Operation umgelagert worden. Dem wird das Berufungsgericht nach der vom BGH ausgesprochenen Aufhebung seiner Entscheidung nunmehr nachzugehen haben.

Weiter konnte der VI. Zivilsenat in der aufhebenden Entscheidung klarstellen, dass eine **eigene medizinische Sachkunde der Richter nur in das Verfahren eingeführt werden darf, wenn im Einzelnen dargelegt wird, worauf diese beruht.**⁹⁶ Hintergrund dieses weiteren Hinweises war, dass das Berufungsgericht sich im Gerichtssaal von der „einfachen Funktionsweise einer Nabelschnurklemme“ überzeugt hatte und zu dem Schluss gekommen war, eine fehlerhafte Bedienung erfordere schon ein außergewöhnliches Maß an Unaufmerksamkeit oder motorischer Fehlandhabung. Dem hat der BGH mit Recht entgegengesetzt, dass das Betätigen einer Nabelschnurklemme im Rahmen einer „Trockenübung“ im Gerichtssaal nicht einer möglichst schnellen Abnabelung im Operationssaal gleichzusetzen ist.⁹⁷

d)

Wir hatten bereits oben über ein Urteil des VI. Zivilsenats berichtet, in dem zum Beweismaß des § 287 ZPO nähere Ausführungen zum einem **körperverletzungsbedingten Erwerbsschaden** in einem Fall getroffen worden, in denen ein jüngeres Kind in Folge eines geburtshilflichen Behandlungsfehlers einen schweren Hörschaden erlitten und in Folge dieses Schadens erheblichen Verdienstaufschlag geltend ge-

⁹⁶ Beschluss vom 30. November 2010 – VI ZR 25/09 – juris, Rn. 10.

⁹⁷ Hierzu in einer Anmerkung Francke, jurisPR-MedizinR 1/2011, Anm. 3.

macht und zugesprochen erhalten hatte.⁹⁸ Das Revisionsurteil ist nicht nur im Blick auf die Anforderungen an das Beweismaß des § 287 ZPO von Belang. Interessant ist die Entscheidung auch insoweit, als das dort angegriffene Grundurteil keine zeitliche Beschränkung des Anspruchs des Klägers ausgesprochen hatte. Hierzu weist der VI. Zivilsenat darauf hin, dass der Anspruch eines abhängig Beschäftigten auf Ersatz des **Erwerbsschadens auf die voraussichtliche Lebensarbeitszeit zu begrenzen** ist.⁹⁹ Der im konkreten Fall verfolgte Antrag des 1977 geborenen Klägers, ihm eine Verdienstausfallrente „zunächst einmal bis zum Jahre 2054“ zuzuerkennen, war deshalb nicht nachvollziehbar. Diesem Antrag war auch nicht im Blick auf einen möglichen Rentenschaden des Klägers zu entsprechen. Ein Rentenverkürzungsschaden war nämlich nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Seine Ersatzfähigkeit und Berechnung richtet sich auch nicht nach den für den Erwerbsschaden geltenden Maßstäben.¹⁰⁰

e)

Fragen des Schadensersatzes in Folge einer Körperverletzung waren auch in einem weiteren Urteil des VI. Zivilsenats Streitgegenstand.¹⁰¹ Das Berufungsgericht hatte die Prognose getroffen, die Klägerin hätte ohne die Körperverletzung während der gesamten Dauer ihres Erwerbslebens ein Bruttogehalt von 4.550,00 € erzielen können. Insoweit galt auch hier, dass die vom Tatrichter gemäß **§ 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen vorzunehmende Schadensschätzung** nur der beschränkten Nachprüfung durch das Berufungsgericht obliegt und zwar dahin, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat.¹⁰² Im Ausgangspunkt zutreffend hatte das Berufungsgericht den streitigen Verdienstausfallsschaden unter Heranziehung von § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO ermittelt. Die **Besonderheit** bestand darin, dass die Klägerin im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bereits fast 39 Jahre alt war, ohne in diesem Alter über eine

⁹⁸ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – GesR 2010, 685 ff. = ZMGR 2010, 354 ff.

⁹⁹ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – juris, Rn. 39 m.w.N.

¹⁰⁰ Urteil vom 05. Oktober 2010 – VI ZR 186/08 – juris, Rn. 39.

¹⁰¹ Urteil vom 09. November 2010 – VI ZR 300/08 – MDR 2011, 29 f. = VersR 2011, 229 ff.

¹⁰² Urteil vom 09. November 2010 – VI ZR 300/08 – juris, Rn. 16.

gesicherte berufliche Position zu verfügen. Im Gegenteil: Sie hatte ihr Germanistik-Studium erst zwei Jahre vorher abgeschlossen und war in Teilzeit als wissenschaftliche Lehrbeauftragte tätig und beabsichtigte noch eine Promotion, wobei sie **bei Abschluss der Promotion mindestens 45 Jahre alt gewesen** und insoweit als Berufsanfängerin völlig aus der Norm gefallen wäre. Da das Berufungsgericht diese Gesichtspunkte nicht in seine Überlegungen einbezogen hatte,¹⁰³ hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückgegeben.

In den Instanzen hatten die Parteien im Übrigen nachhaltig darüber gestritten, ob ein Erwerbsschaden in Anwendung der sog. „**Bruttolohnmethode**“ oder der sog. „**Nettolohnmethode**“ zu berechnen ist. Diesen Streit brauchte der BGH nicht zu entscheiden, da die Revision insoweit nicht zugelassen worden war. Diesbezüglich ist Vieles streitig, wenngleich der VI. Zivilsenat ausführt, die Grundsätze, die bei Anwendung der „Bruttolohnmethode“ zu beachten sind, insbesondere wenn der Geschädigte in der gesetzlichen Sozialversicherung versichert ist und neben den Schadensersatzleistungen auch Leistungen aus einer Sozialversicherung erhält, seien umfassend geklärt.¹⁰⁴ Ob „Bruttolohnmethode“ und „Nettolohnmethode“ tatsächlich immer zu den gleichen Ergebnissen kommen, scheint uns zweifelhaft.¹⁰⁵ Insoweit wird der VI. Zivilsenat anlässlich eines anderen bei ihm anhängigen Verfahrens Gelegenheit haben, hierzu Stellung zu nehmen.

f)

Endlich ist noch über einen Beschluss des XII. Zivilsenats zu berichten, der für Unterbringungssachen und sonstige Zwangsmaßnahmen zuständig ist. Konkret ging es um die Voraussetzungen der **Genehmigung einer Zwangsmedikation** bei der Unterbringung des Betroffenen gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB.¹⁰⁶ Der Betroffene litt seit 1992 an einer hebephrenen Schizophrenie. Auf Antrag der Betreuerin hatte das

¹⁰³ Urteil vom 09. November 2010 – VI ZR 300/08 – juris, Rn. 21 ff.

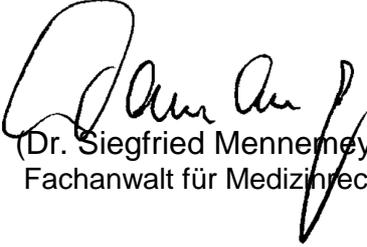
¹⁰⁴ Urteil vom 09. November 2010 – VI ZR 300/08 – juris, Rn. 27.

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch die ausführliche Kritik an der Berufungsentscheidung von Langenick in NZV 2009, 257-265 und 318-321 und die dortigen Rechenbeispiele.

¹⁰⁶ Beschluss vom 22. September 2010 – XII ZB 135/10 – FamRZ 2010, 1976 f. = NJW 2010, 3718 = MDR 2010, 1393.

Amtsgericht nach Einholung eines psychiatrischen Gutachtens die Unterbringung des Betroffenen in einer geschlossenen Einrichtung für rund ein Jahr genehmigt und weiter beschlossen, dass dem Betroffenen die Medikation auch durch Depotspritze gegen seinen Willen durch einen Arzt verabreicht werden durfte. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Rechtsbeschwerde hatte teilweise und zwar im Umfang der angeordneten Zwangsmedikation Erfolg. Die Zwangsmedikation stellt einen schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen dar. Die Genehmigung ist deshalb nur zulässig, wenn die Zwangsmedikation erforderlich und angemessen ist. Das Landgericht hatte in diesem Zusammenhang lediglich auf die fehlende Bereitschaft des Betroffenen hingewiesen, ihm verabreichte Medikamente einzunehmen. Aus dieser Feststellung ließ sich indes nicht schließen, dass der Betroffene die Verabreichung von Medikamenten auch durch Spritzen regelmäßig verweigert.¹⁰⁷ Ein Vorratsbeschluss für den Fall, dass der Betroffene sich gegen die Verabreichung von Medikamenten durch Spritzen wehren könnte, ist im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs unzulässig.

Karlsruhe, den 30. März 2011


(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht

¹⁰⁷

Beschluss vom 22. September 2010 – XII ZB 135/10 – juris, Rn. 8 ff.