

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2012**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer,¹ Karlsruhe

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis 2012 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. 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 auf unserer Webseite 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)

Bekanntlich kann ein grober Behandlungsfehler dem Patienten nur insoweit Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast bringen, wenn sich gerade das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt. Ist ein grober Verstoß gegen den ärztlichen Standard grundsätzlich geeignet, mehrere Gesundheitsschäden bekannter oder (noch) unbekannter Art zu verursachen, kommt eine Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern indes regelmäßig nicht deshalb in Betracht, weil der eingetretene Gesundheitsschaden als mögliche Folge des groben Behandlungsfehlers zum maßgebenden Zeitpunkt noch nicht bekannt war.⁴

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 in besonderem Maße verbreitert bzw. verschoben worden ist.⁵ Es entspricht deshalb der Billigkeit, die durch den Fehler in das Geschehen hineingetragene Aufklärungserschwerung nicht dem Geschädigten anzulasten. Für diese Billigkeitserwägungen bleibt aber dann kein Raum, wenn feststeht, dass nicht die dem Arzt zum groben Fehler reichende Verkennung eines Risiko schadensursächlich geworden ist, sondern allenfalls ein in derselben Behandlungsentscheidung zum Ausdruck gekommener, aber nicht schwerwiegender Verstoß gegen weitere ärztliche Sorgfaltspflichten.⁶

⁴ Urteil vom 19. Juni 2012 – [VI ZR 77/11](#) – GesR 2012, 618 ff. = NJW 2012, 2653 f. = VersR 2012, 1176 ff. = juris, Rn. 13; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ aaO, juris, Rn. 13.

⁶ Vgl. Urteil vom 16. Juni 1981 – VI ZR 38/80 – VersR 1981, 954 ff. = NJW 1981, 2513 f. = MDR 1982, 132 = juris, Rn. 12.

In dem im Jahre 1981 vom VI. Zivilsenat entschiedenen Fall eines Behandlungsfehlers wegen nicht ausreichender therapeutischer Aufklärung bei einer verfrühten Entlassung eines Patienten nach einer Herzkatheteruntersuchung hatte sich dasjenige Risiko, dem der dortige Beklagte zur Vermeidung des Vorwurfs eines sehr schweren Behandlungsfehlers durch Aufklärung vorzubeugen hatte, nicht verwirklicht. Vielmehr hatte sich ein anderes, statistisch selteneres und bei gewöhnlichem Verlauf auch weniger schweres Risiko einer Infektion realisiert, dem es durch Aufklärung vorzubeugen galt, das aber bereits wegen seiner objektiv geringeren Schwere nicht geeignet war, einen groben Behandlungsfehler zu begründen. Im jetzt entschiedenen Fall lag keine grob fehlerhaft unterbliebene therapeutische Aufklärung, sondern ein grober Verstoß gegen die Pflicht zur standardgemäßen Behandlung vor. In dem Fall, der einen Geburtsschaden zum Gegenstand hatte, ging es darum, dass die behandelnden Ärzte die künstliche Beatmung so hätten einstellen müssen, dass sie den Bedürfnissen des frühgeborenen Klägers entsprach. Stattdessen hatten die Ärzte über mehrere Tage hinweg ungeachtet hoch pathologischer Blutgaswerte die durch eine zu stark dosierte Beatmung verursachte Hyperventilation mit der Folge einer Hypokapnie toleriert, wobei die Ärzte sich nicht darauf berufen konnten, dass die beim Kläger eingetretene Folge der Hypokapnie anders als andere schädliche Folgen der Hyperventilation – Druckschäden an der noch unreifen Lunge des Frühgeborenen, Schäden an den Augen bei Sauerstoffüberangebot – zur fraglichen Behandlungszeit noch nicht zum Standardwissen gehörte. Dieses fehlende Wissen vermochte in Ansehung des ansonsten vorliegenden groben Behandlungsfehlers eine Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr im Blick auf die eingetretene und zur fraglichen Zeit noch nicht zum Standardwissen gehörende Folge (der Hypokapnie) zu rechtfertigen.⁷

⁷ Urteil vom 19. Juni 2012 – [VI ZR 77/11](#) – GesR 2012, 618 ff. = NJW 2012, 2653 f. = VersR 2012, 1176 ff. = juris, Rn. 15; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

b)

Um den Zurechnungszusammenhang zwischen unfallbedingten Verletzungen und Folgeschäden wegen einer Begehrensneurose ging es in einem weiteren Revisionsverfahren.⁸

Soweit in einer Entscheidung des VI. Zivilsenats aus dem Jahre 1999⁹ von einer „reinen“ Begehrensneurose die Rede war, darf diese Formulierung nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Ausschluss der haftungsrechtlichen Zurechnung unter dem Gesichtspunkt einer prägend im Vordergrund stehenden Begehrenshaltung nur dann möglich ist, wenn sie die einzige Ursache des Beschwerdebildes ist. Der für die Zurechnung maßgebliche Gesichtspunkt ist, ob der neurotische Zustand des Geschädigten entscheidend von einer Begehrenshaltung geprägt wird.¹⁰

c)

Soweit Nichtzulassungsbeschwerden in Medizinhaftungssachen beim Bundesgerichtshof Erfolg haben, beruht dies häufig darauf, dass das Berufungsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.¹¹ Im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht nicht zur Kenntnis genommen, dass der Kläger im Zusammenhang mit einer erfolgten Wiedereröffnung der Operationswunde ein erhöhtes Infektionsrisiko geltend gemacht und unter Hinweis auf dieses Infektionsrisiko im Blick auf die Einbringung einer Stellschraube in die wiedereröffnete Operationswunde beanstandet hatte, dass keinerlei Maßnahmen zur Einschätzung des erhöhten Infektionsrisikos getroffen worden seien. Im Blick auf dieses Vorbringen und die dann ebenfalls nicht ordnungsgemäß zur Kenntnis genommene Einschätzung des gerichtlich eingeschalteten Sachverständigen hat der Bundesgerichtshof das angegriffene Berufungsurteil aufgehoben und die Sache nach

⁸ Urteil vom 10. Juli 2012 – [VI ZR 127/11](#) – VersR 2012, 1133 ff. = NJW 2012, 2964 ff. = juris, Rn. 24.

⁹ Urteil vom 16. November 1999 – VI ZR 257/98 – MDR 2000, 267 f. = NJW 2000, 862 ff. = VersR 2000, 372 f. = juris, Rn. 13.

¹⁰ Urteil vom 10. Juli 2012 – [VI ZR 127/11](#) – juris, Rn. 24 mit Hinweis auf Urteil vom 11. November 1997 – VI ZR 376/96 – BHGZ 137, 142 ff. = VersR 1998, 201 ff. = NJW 1998, 810 ff. = juris, Rn. 17 ff.

¹¹ So auch im Beschluss vom 04. Dezember 2012 – [VI ZR 320/11](#) – juris, Rn. 3 ff.

Maßgabe von § 544 Abs. 7 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass das Berufungsgericht bei der gebotenen Berücksichtigung des Sachvortrags des Klägers zu einer anderen Beurteilung des Falles gekommen wäre.¹²

d)

Ein ablehnender Prozesskostenhilfebeschluss des VI. Zivilsenats¹³ rankt sich ebenfalls um eine Geburtsschadenproblematik. Der dortige Kläger hatte nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erstmals vorgetragen, Messungen des Kopfumfanges seien fehlerhaft unterblieben und seiner Mutter seien im Kreißaal Medikamente verabreicht worden, die sie nicht vertragen habe. Daneben hatte er erstmals eine fehlende Aufklärung über die Alternative einer Sectio gerügt, nachdem das Schadensersatzbegehren erstinstanzlich ausschließlich auf Behandlungsfehler gestützt worden war. Der Bundesgerichtshof hat die Zurückweisung dieser verspäteten Berufungsanträge nicht beanstandet. Zwischen den Ansprüchen wegen unzureichender ärztlicher Aufklärung einerseits und wegen fehlerhafter Behandlung andererseits bestehe zwar eine Verknüpfung dergestalt, dass es Ziel des Schadensersatzbegehrens des Patienten sei, eine Entschädigung für die bei ihm aufgrund der Behandlung eingetretenen gesundheitlichen Nachteile zu erlangen; den Haftungstatbeständen liegen indes räumlich und zeitlich verschieden gelagerte Sachverhalte zugrunde, an denen unterschiedliche Personen beteiligt sein können, wobei die Schadensereignisse im Allgemeinen auch weder hinsichtlich der Auswirkungen noch hinsichtlich des Verschuldens gleichwertig sind, mit der Folge, dass es sich dabei jedenfalls um neuen Tatsachenvortrag handelt, der vom Berufungsgericht nach Maßgabe von §§ 530, 531 Abs. 2 ZPO mit Recht nicht mehr berücksichtigt worden war.

¹² aaO, juris, Rn. 6.

¹³ Beschluss vom 24. Oktober 2012 – [VI ZR 396/12](#) – GesR 2013, 50.

2. **Recht der privaten Krankenversicherung**

Das Recht der privaten Krankenversicherung fällt in die Zuständigkeit des IV. Zivilsenats.

a)

Macht der Versicherungsnehmer einer privaten Krankenversicherung von seinem Recht Gebrauch, innerhalb eines bestehenden Versicherungsverhältnisses von dem bisherigen Tarif („Herkunftstarif“) mit einem absoluten jährlichen Selbstbehalt in einem neuen Tarif („C-Tarif“) mit behandlungsbezogenem Selbstbehalt zu wechseln, kann der Versicherer gem. § 204 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 VVG einen Leistungsausschuss nur verlangen, soweit der behandlungsbezogene Selbstbehalt den absoluten Selbstbehalt nicht ausschöpft.¹⁴ Der kumulative Ansatz sowohl des absoluten als auch des behandlungsbezogenen Selbstbehalts ist unzulässig.¹⁵

b)

Die vom Versicherungsnehmer erklärte Kündigung eines Krankenversicherungsvertrages, der eine Pflicht aus § 193 Abs. 3 Satz 1 VVG erfüllt, wird erst im Zeitpunkt des Zugangs des Nachweises der Anschlussversicherung beim bisherigen Versicherer wirksam.¹⁶ Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim bisherigen Versicherer kommt nicht in Betracht.

Mit der vorzitierten Entscheidung wird im Rahmen eines obiter dictums ausgeführt, dass sich der Versicherungsnehmer nicht auf ein auf den Beginn der Folgeversicherung rückwirkendes Wirksamwerden der Kündigung des Vorvertrages berufen kann. Diese Frage war in Rechtsprechung und Literatur umstritten, wobei der IV. Zivilsenat in einem weiteren Hinweisbeschluss¹⁷ bestätigt hat, dass die Wirksamkeit der Kündi-

¹⁴ Urteil vom 12. September 2012 – [IV ZR 28/12](#) – VersR 2012, 1422 ff. = NJW 2012, 3782 ff. = juris, Rn. 10.

¹⁵ aaO, juris, Rn. 10.

¹⁶ Urteil vom 12. September 2012 – [IV ZR 258/11](#) – VersR 2012, 1375 ff. = NJW 2013, 57 ff. = juris, Rn. 22; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁷ Beschluss vom 15. Oktober 2012 – [IV ZR 241/11](#) – veröffentlicht bei juris.

gung eines Krankenversicherungsvertrages, der eine Pflicht aus § 193 Abs. 2 Satz 1 VVG erfüllt, den Zugang des Nachweises der Anschlussversicherung voraussetzt und die Kündigung erst wirksam wird, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass die versicherte Person bei einem neuen Versicherer ohne Unterbrechung versichert ist.¹⁸

3. Berufsrecht der Heilberufe

Berufsrechtliche Bezüge finden sich in einer Entscheidung des 5. Strafsenats sowie des IV. Zivilsenats.

a)

Anknüpfend an den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen¹⁹ hat der 5. Strafsenat im Verlauf der Berichtsperiode nunmehr in der Konsequenz der Auffassung, dass ein Vertragsarzt kein Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ist, entschieden, dass eine Bestätigung des in den Vorinstanzen auf § 299 StGB gestützten Schuldspruchs ebenso wenig in Betracht kommt, wie dessen Umstellung auf ein Amtsdelikt nach § 333 StGB oder § 343 StGB. Unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Angeklagten auf Kosten der Staatskasse freigesprochen, da die von der Vorinstanz angenommene Unrechtsvereinbarung nicht Grundlage einer Strafbarkeit sein konnte und ergänzend ausgesprochen, dass bei der hier vorliegenden Fallgestaltung – Prämierung der Ausstellung von Rezepten für Medikamente des veranlassenden Pharmaunternehmens – etwa mögliche Schuldsprüche wegen Vergehen nach § 263 StGB oder § 266 StGB gegen die Angeklagten ausgeschlossen werden können. Dies gelte auch für eine mögliche

¹⁸ Urteil vom 12. September 2012 – [IV ZR 258/11](#) – VersR 2012, 1375 ff. = NJW 2013, 57 ff. = juris, Rn. 21; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁹ Beschluss vom 29. März 2012 – [GSSSt 2/11](#) – BGHSt 57, 202 ff. = NJW 2012, 2530 ff. = juris, Rn. 8 und 25.

Strafbarkeit wegen Betrug zu Lasten der Privatpatienten beziehungsweise ihrer Versicherungen durch Verschweigen der Kick-Back-Zahlungen.²⁰

b)

Um Ansprüche eines Arztes gegen das Versorgungswerk einer Landesärztekammer ging es in einer Entscheidung des IV. Zivilsenats.²¹ Soweit das Berufungsgericht für den Beginn der Zurechnungszeit auf den tatsächlichen Rentenbeginn abgestellt und gegen seine Ausführungen zur Höhe der Betriebsrente nach § 33 RZVK-S die Revision zugelassen hatte, konnte der IV. Zivilsenat die vom Berufungsgericht angenommene grundsätzliche Bedeutung nicht erkennen, mit der Folge, dass der Senat den Revisionsführer auf eine beabsichtigte Zurückweisung des Rechtsmittels nach Maßgabe von § 552 a ZPO hingewiesen hat.

4.

Vertrags- und Gesellschaftsrecht für Heilberufe

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

5.

Vergütungsrecht der Heilberufe

Auch zu diesem Problembereich sind für das zweite Halbjahr 2012 keine veröffentlichten Entscheidungen bekannt geworden.

²⁰ Beschluss vom 11. Oktober 2012 – [5 StR 115/11](#) – veröffentlicht bei juris.

²¹ Beschluss vom 11. Juli 2012 – [IV ZR 133/11](#) – veröffentlicht bei juris.

6. Krankenhausrecht

Der III. Zivilsenat hat entschieden, dass nach bayerischem Landesrecht die Unterbringung von psychisch Kranken oder psychisch Gestörten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Art. 1 Abs. 1 BayUnterbrG) eine staatliche Aufgabe ist, die von den (neben anderen Stellen primär zuständigen) Landratsämtern als Staatsbehörden und nicht als Kreisbehörden wahrgenommen wird (Art. 37 Abs. 1 BayLKrO).²² Die staatliche Aufgabe der Unterbringung und mit ihr die im Einzelfall konkret ergriffenen Unterbringungsmaßnahmen werden durch Art. 48 Abs. 3 Nr. 1 BayBezO nicht, auch nicht teilweise auf die Bezirke (als eigene Aufgabe) übertragen.²³ Für Amtspflichtverletzungen, die anlässlich der Unterbringung durch Ärzte begangen werden, die bei einem in der Rechtsform der gGmbH organisierten, aus dem Kommunalunternehmen eines Bezirks ausgegliederten psychiatrischen Krankenhaus beschäftigt sind, haftet der Freistaat Bayern und nicht der betreffende Bezirk.²⁴

In der Sache war der Kläger des erfolglos gebliebenen Revisionsverfahrens am Abend des 24. Juni 2009 von der Polizei wegen der Gefahr der Selbstgefährdung in ein Klinikum verbracht worden. Die Blutalkoholkonzentration des Klägers betrug zum Zeitpunkt der Aufnahme 2,68 ‰. Aufgrund der Diagnose einer Alkoholintoxikation mit akuter Anpassungsstörung wurde der Kläger im Zeitraum von 00.05 Uhr – 08.15 Uhr mit der 7-Punkt-Fixierung ans Bett gefesselt, wobei er aufgrund der Fixierung Hautabschürfungen, Druckstellen und Einblutungen am rechten Handgelenk sowie an beiden Fußgelenken erlitt. Die daraufhin vom Kläger anhängig gemachte Klage scheiterte bereits an der Passivlegitimation der in Anspruch genommenen Beklagten und gab dem III. Zivilsenat Gelegenheit, grundlegend zur Passivlegitimation in einem Amtshaftungsprozess wegen der Pflichtverletzung von angestellten Ärzten einer aus einem Kommunalunternehmen ausgegliederten gGmbH Stellung zu nehmen.

²² Urteil vom 22. November 2012 – [III ZR 150/12](#) – GesR 2013, 117 ff. = FamRZ 2013, 293 f. = MDR 2013, 217 f. = juris, Rn. 18.

²³ aaO, juris, Rn. 22.

²⁴ aaO, juris, Rn. 18.

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

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

a)

Um den Vertrieb von Darmreinigungspräparaten zur Vorbereitung einer Koloskopie (Darmspiegelung) und die Frage, ob es sich bei den auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 3 a HWG, § 21 AMG gestützten Unterlassungsbegehren um Funktionsarzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG ging, befasst sich ein Zurückweisungsbeschluss des I. Zivilsenats.²⁵ Die Beschlussgründe halten fest, dass der Senat eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union für nicht geboten erachtet und die Auffassung vertreten hat, dass unter Zugrundelegung der gesicherten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union abschließend entschieden werden könne, dass die von der Beklagten vertriebenen Präparate Funktionsarzneimittel seien. Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meinte, stellte sich deshalb nicht die Frage, ob der Vorrang des Arzneimittelrechts eingreift, wenn die Einstufung des Produkts als Arzneimittel nicht feststeht, sondern lediglich zweifelhaft ist.²⁶ Da das Berufungsgesicht mit zutreffenden Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt war, dass die beanstandeten Erzeugnisse der Beklagten Funktionsarzneimittel sind, ist ein Vorabentscheidungsersuchen auch nicht zur Präzisierung der Definition des Begriffs der „pharmakologischen Hauptwirkung“ erforderlich.²⁷

b)

Die uneingeschränkte Patentierung von Vorläuferzellen, die aus menschlichen embryonalen Stammzellen gewonnen werden, ist gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PatG ausgeschlossen, wenn in der Patenschrift ausgeführt wird, als Ausgangsmaterial kämen Stammzelllinien und Stammzellen in Betracht, die aus menschlichen Embryonen gewonnen werden.²⁸ In der zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmten Patennichtig-

²⁵ Beschluss vom 18. Oktober 2012 – [I ZR 38/12](#) – juris, Rn. 3 ff.

²⁶ aaO, juris, Rn. 10.

²⁷ aaO, juris, Rn. 11.

²⁸ Urteil vom 27. November 2012 – [X ZR 58/07](#) – GRUR 2013, 272 ff. = ZfL 2013, 23 ff.

keitssache ging es allgemein um die Patentierbarkeit von Voläufierzellen, gewonnen aus menschlichen embryonalen Stammzellen, wobei der Bundesgerichtshof auf die Berufung des Beklagten das streitgegenständliche Patent teilweise für nichtig erklärt hat.

c)

In weiteren Patennichtigkeitsverfahren ging es um Streitpatente

- betreffend mit Druck beaufschlagte Dosierinhalatoren (pressurised metered dose inhalers, MDI), die eine Zusammensetzung mit dem Wirkstoff Budesonid enthalten,²⁹
- welches eine Zusammensetzung aus einer Tramadol-Verbindung und Acetaminophen und deren Verwendung betraf,³⁰
- mit der Bezeichnung „pharmazeutische Zusammensetzung, umfassend Eukalyptus- und Orangenöl“,³¹
- welches ein Kombinationspräparat aus Leflunomid und Teriflunomid betraf.³²

8.

Grundzüge des Apothekenrechts

Zu diesem Problembereich sind folgende Entscheidungen ergangen:

a)

Der 1. Strafsenat hat in einer Strafsache wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Fertigarzneimitteln ohne Zulassung ausgesprochen, dass ein in Deutschland nicht zugelassenes Fertigarzneimittel durch die Hinzugabe von Kochsalzlösung, um eine

²⁹ Urteil vom 31. Juli 2012 – [X ZR 19/10](#) – veröffentlicht bei juris.

³⁰ Urteil vom 18. September 2012 – [X ZR 22/10](#) – veröffentlicht bei juris.

³¹ Urteil vom 23. Oktober 2012 – [X ZR 120/11](#) – GRUR 2013, 51 ff.

³² Urteil vom 24. Juli 2012 – [X ZR 126/09](#) – GRUR 2012, 1130 ff.

Injektion vornehmen zu können, nicht zu einem zulassungsfreien Rezepturarzneimittel wird.³³

b)

Um betrügerisches Verhalten von Angeklagten, die einen Pharmagroßhandel betrieben und 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, um diese dann außerhalb des Klinikbereichs an anderer Pharma-Großhändler oder Apotheken gewinnbringend zu verkaufen, ging es in einem weiteren vom 5. Strafsenat entschiedenen Revisionsverfahren.³⁴ Für die Bestimmung des durch die Betrugshandlungen entstandenen Vermögensschadens ist zwischen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten zu unterscheiden.³⁵ Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof auf die Revision der Angeklagten das angefochtene Urteil im gesamten Strafausspruch aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung – zwar nicht über den umfassend bestätigten Schuldspruch, aber wohl zum Strafausspruch – zurückverwiesen.³⁶

c)

Der I. Zivilsenat hatte sich grundlegend mit der Frage von Wettbewerbsverstößen einer ausländischen Internet-Versandapotheke zu befassen.³⁷ Nach der Entscheidung darf ein Apotheker zur pharmazeutischen Beratung seiner Kunden keine Telefon-Hotline zur Verfügung stellen, die nur gegen Gebühr in Anspruch genommen werden kann.³⁸ Eine von einer ausländischen Versandapotheke gegenüber Kunden in Deutschland unter der Überschrift „Anwendbares Recht/Gerichtstand“ verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung, nach der für alle im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung entstehenden Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkei-

³³ Urteil vom 04. September 2012 – [1 StR 534/11](#) – BGHSt 57, 312 ff. = NJW 2012, 3665 ff. = MedR 2013, 174 ff. = juris, Rn. 20.

³⁴ Beschluss vom 05. Juli 2012 – [5 StR 1/12](#) – wistra 2012, 437 f. = NStZ 2012, 628 f. = MedR 2013, 172 f.

³⁵ aaO, juris, Rn. 2 und 5.

³⁶ aaO, juris, Rn. 4 ff.

³⁷ Urteil vom 19. Juli 2012 – [I ZR 40/11](#) – WRP 2013, 479 ff. = GRUR 2013, 421 ff.

³⁸ aaO, juris, Rn. 17.

ten ausschließlich das Recht des Staates gilt, in dem die Versandapotheke ihren Sitz hat, benachteiligt die Kunden in Deutschland unangemessen.³⁹ Eine ausländische Versandapotheke ist ansonsten nicht gehindert, Tätigkeiten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an die Kunden stehen, auch dann im Inland durch von ihr beauftragte Unternehmen ausführen zu lassen oder selbst auszuführen, wenn sie hier über keine Apothekenbetriebserlaubnis verfügt.⁴⁰ Eine ausländische Versandapotheke darf indes Anrufe von Kunden im Inland, die Arzneimittel bestellen oder pharmazeutisch beraten werden wollen, nicht über eine Dienstleistungstelefonnummer von einer Drittfirma entgegennehmen und bearbeiten lassen.⁴¹

9. **Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts**

Zu diesem Problemkreis ist abschließend von zwei Entscheidungen des VI. Zivilsenats zu berichten.

a)

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 Einspruchsbegründungsfrist und der darauf folgenden mündlichen Verhandlung ohnehin nicht hätte eingeholt werden können.⁴² In dem nach Auffassung des Bundesgerichtshofs entsprechend überbeschleunigten Verfahren hatte der Kläger die Beklagte, eine niedergelassene Augenärztin, als Erbe seiner während des Berufungsverfahrens verstorbenen Ehefrau wegen der verspäteten Diagnose eines bösartigen Aderhautmelanoms auf Schadensersatz in Anspruch ge-

³⁹ aaO, juris, Rn. 30.

⁴⁰ aaO, juris, Rn. 52.

⁴¹ aaO, juris, Rn. 54.

⁴² Urteil vom 03. Juli 2012 – [VI ZR 120/11](#) – GesR 2012, 616 ff. = NJW 2012, 2808 ff. = VersR 2012, 1535 ff.

nommen. Die ihrerzeit noch durch ihre Streithelfer anwaltlich vertretene Beklagte hatte die Klageerwiderungsfrist versäumt und in der weiteren Folge gegen ein Versäumnisurteil fristgerecht Einspruch eingelegt, diesen Einspruch aber in der Einspruchsfrist nicht begründet, sondern erst Monate danach erstmals auf die Klage erwidert. Das Landgericht hatte den Vortrag der Beklagten daraufhin als verspätet zurückgewiesen und das Versäumnisurteil aufrechterhalten, wobei die hiergegen anhängig gemachte Berufung der Beklagten ohne Erfolg geblieben war.

Anders als das Landgericht, welches das Vorbringen der Beklagten zu den behaupteten Behandlungsfehlern und deren Ursächlichkeit nach § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen hatte, betont der VI. Zivilsenat, dass die zivilprozessualen Präklusionsvorschriften im Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG strengen Ausnahmecharakter haben und der Bundesgerichtshof deshalb in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertritt, dass es für die Feststellung einer Verzögerung des Rechtsstreits allein darauf ankommt, ob der Prozess bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung. Dagegen ist es grundsätzlich unerheblich, ob der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange gedauert hätte.⁴³ Verteidigungsmittel sind deshalb in der Regel nicht „nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist“ (§ 296 Abs. 1 ZPO) vorgebracht, wenn das Gericht nach Ablauf der gem. § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO gesetzten (und verlängerten) Klageerwiderungsfrist den Beklagten ohne Fristsetzung nochmals Gelegenheit zur Klageerwiderung gibt.⁴⁴

b)

Gelingt es einer Partei trotz zumutbarer Anstrengungen nicht, einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt zu finden, kommt die Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 78 b Abs. 1 ZPO in Betracht. Derartige Anträge werden immer wieder an den Bundesgerichtshof herangetragen und bleiben regelmäßig ohne Erfolg. So war es auch in einer Fallkonstellation, in der das Berufungsgericht den von der dortigen Klägerin anhängig gemachten Anspruch wegen Verjährung nach Maßgabe von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zurückgewiesen hatte, weil die Unkenntnis der Klägerin von den

⁴³ aaO, juris, Rn. 11.

⁴⁴ aaO, juris, Rn. 16 ff.

den Anspruch begründenden Umständen nach den Feststellungen des Tatrichters auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Da sich diese Begründung nicht erfolgversprechend angreifen ließ, gelang es der Klägerin nicht, eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen zugelassenen Rechtsanwalt zu finden, der das Rechtsmittelverfahren für sie durchführen wollte. Ihr daraufhin veranlasster Antrag auf Beiordnung eines Notanwalts blieb erfolglos.⁴⁵ Die Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 78 b Abs. 1 ZPO setzt voraus, dass die Partei trotz zumutbarer Anstrengungen einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht findet und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint, wobei es im vorliegenden Fall an beiden Voraussetzungen fehlte.⁴⁶

Karlsruhe, den 02. Mai 2013



(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht

⁴⁵ Beschluss vom 10. Juli 2012 – [VI ZR 344/11](#) – veröffentlicht bei juris.
⁴⁶ aaO, juris, Rn. 2 und 3.