

Medizinrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2013**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe¹

Im Anschluss an die die Berichtszeiträume 2007 bis Juni 2013 betreffenden Übersichten² fasst dieser Beitrag die im 2. Halbjahr 2013 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Medizinrecht zusammen. Neben dem Recht der medizinischen Behandlung geht es erneut um das Recht der privaten Krankenversicherungen, das Krankenhausrecht sowie um Sachverhalte aus den Bereichen des Berufsrechts bzw. des Vergütungsrechts der Heilberufe, des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts sowie des Apothekenrechts. Daneben berichten wir über 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 Erteilung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Medizinrecht“ erforderlich sind.

¹ auch Fachanwalt für Medizinrecht.

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

³ der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2013 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 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, wobei auch über Entscheidungen des III. Zivilsenats zu berichten ist.

a)

Im Rahmen eines **selbständigen Beweisverfahrens** hat der Bundesgerichtshof grundlegend in einem für die amtliche Sammlung BGHZ bestimmten Beschluss entschieden, dass ein **rechtliches Interesse an einer vorprozessualen Klärung der haftungsrechtlich maßgeblichen Gründe für einen Gesundheitsschaden** durch einen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren **auch dann** gegeben sein kann, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch **wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist** und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen.⁴

Der Antragsteller hatte im selbständigen Beweisverfahren die Begutachtung einer im Klinikum der Antragsgegnerin gelegten PEG-Sonde und deren anschließende Belasung begehrt. Er hatte insoweit beantragt, ein schriftliches Sachverständigengutachten u.a. zur Klärung der **Frage** einzuholen, **ob die Verlegung der PEG-Sonde in seinen Körper medizinisch indiziert war oder nicht**, ob die Verlegung der PEG-Sonde objektiv fehlerhaft erfolgte und ob gegebenenfalls in einer fehlerhaften Sondeverlegung ein grob fehlerhafter Behandlungsfehler der Antragsgegnerin zu sehen war. Das Oberlandesgericht hatte in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Durchführung einer Beweisaufnahme nach § 485 Abs. 2 ZPO abgelehnt, weil ein rechtliches Interesse an der beantragten Begutachtung nicht hinreichend dargelegt sei. Die vom Antragsteller formulierten Beweisfragen zielten weder auf die Feststellung seines Gesundheitszustandes (§ 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch auf die Ursache eines Personenschadens (§ 485 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO), sondern auf die

⁴ Beschluss vom 24. September 2013 – [VI ZB 12/13](#) – BGHZ 198, 237 ff. = GesR 2013, 724 ff. = NJW 2013, 3654 f. = VersR 2014, 264 f.

Feststellung der Verantwortlichkeit für die während des Aufenthaltes im Klinikum der Antragsgegnerin beim Antragsteller eingetretene Magenperforation und damit auf die Feststellung eines Behandlungsfehlers ab.

Die Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Die Rechtsbeschwerde beanstandete mit Erfolg, dass das Beschwerdegericht den Antrag zurückgewiesen hatte, weil in Arzthaftungssachen grundsätzlich ein rechtliches Interesse i.S.d. § 485 Abs. 2 ZPO an einer vorprozessualen Beweissicherung hinsichtlich der Feststellung eines Behandlungsfehlers nicht bestehe. Ein rechtliches Interesse ist bereits dann nach § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen.⁵

b)

Die Haftung im Fall eines **Gesundheitsschadens aufgrund eines ärztlichen Befunderhebungsfehlers** war Gegenstand eines beim VI. Zivilsenat anhängigen Revisionsverfahrens.⁶ Im konkreten Fall war ein Kleinkind im Alter von zwei Jahren mit einem Plastiklöffel im Mund gestürzt, wodurch es sich eine **Pfählungsverletzung im Rachen** zuzog, **in dessen Folge sich** während der stationären Krankenhausbehandlung eine **Mediastinitis und ein sich vergrößernder retropharyngealer Abszess entwickelte**, der operativ entfernt wurde, wobei sich eine akzidentielle Tubus-Dislokation ereignete und bei der anschließenden Reintubation eine Spontanperforation des Abszesses, **in dessen weiterer Folge eine hypoxische Hirnschädigung** und u.a. eine linksseitige armbetonte Halbseitenschwäche eintrat. Das Landgericht hatte dahinstehen lassen, ob ein grober Behandlungsfehler während der Behandlung im Städtischen Krankenhaus aufgetreten war, von der der Kläger nach Entwicklung der Mediastinitis und des sich vergrößernden retropharyngealen Abszesses in das Universitätsklinikum verlegt worden war. Die Vorinstanzen waren vielmehr von einem Befunderhebungsfehler ausgegangen und hatten in diesem Zusammenhang den

⁵ Beschluss vom 24. September 2013 – [VI ZB 12/13](#) – juris, Rn. 18.

⁶ Urteil vom 05. November 2013 – [VI ZR 527/12](#) – GesR 2014, 16 ff. = NJW 2014, 688 ff. = VersR 2014, 247 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

dem Kläger entstandenen Schaden einschließlich des hypoxischen Hirnschadens als Primärschaden beurteilt. Die hiergegen geführte Revision blieb erfolglos.

Das Berufungsgericht war zutreffend davon ausgegangen, dass grundsätzlich der Patient den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden nachzuweisen hat. Dabei hatte es zwischen **haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität unterschieden**. Die haftungsbegründende Kausalität betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also für den Primärschaden des Patienten i.S. einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit.⁷ Insoweit gilt das strenge Beweismaß des § 286 ZPO, das einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit verlangt. Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und damit die Ursächlichkeit der Rechtsgutverletzung für alle weiteren (Folge-)Schäden richtet sich hingegen nach § 287 ZPO; hier kann zur Überzeugungsbildung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen.⁸

Entgegen der Auffassung der Revision hatte das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass sich aufgrund eines Befunderhebungsfehlers die **Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität** zugunsten des Klägers umgekehrt hatte. Dabei hatte das Berufungsgericht seiner Entscheidung zutreffend die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats zugrunde gelegt, nach der bei der Unterlassung einer gebotenen Befunderhebung eine **Beweislastumkehr** hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität erfolgt, **wenn bereits die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt**.⁹ Zudem kann auch eine nicht grob fehlerhafte Unterlassung der Befunderhebung dann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führen, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde und

⁷ Urteil vom 05. November 2013 – [VI ZR 527/12](#) – juris, Rn. 13; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸ aaO, juris, Rn. 13.

⁹ aaO, juris, Rn. 14.

der Fehler generell geeignet ist, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen.¹⁰

Ob vorliegend der bei dem Kind eingetretene hypoxische Hirnschaden nach den maßgeblichen Grundsätzen dem Primärschaden zuzurechnen war, konnte offenbleiben. Auf die Frage der Abgrenzung von Primärschaden und Folgeschaden, der das Berufungsgericht grundsätzliche Bedeutung beigemessen und zu deren Klärung es die Revision zugelassen hatte, kam es für die rechtliche Beurteilung nicht an. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen war die Kausalität des Befunderhebungsfehlers für den hypoxischen Hirnschaden unabhängig davon zu bejahen, ob dieser als Primärschaden oder als Folgeschaden einzuordnen war.¹¹

c)

Ebenfalls um einen Befunderhebungsfehler und die Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärschäden rankt sich ein weiteres Urteil des VI. Zivilsenats.¹² In dieser Entscheidung hat der VI. Zivilsenat ebenfalls ausgesprochen, dass die **Grundsätze über die Beweislastumkehr für den Kausalitätsbeweis bei groben Behandlungsfehlern nur Anwendung finden, soweit durch den Fehler des Arztes unmittelbar verursachte haftungsbegründende Gesundheitsverletzungen (Primärschäden) in Frage stehen.** Für den Kausalitätsnachweis für Folgeschäden (Sekundärschäden), die erst durch die infolge des Behandlungsfehlers eingetretene Gesundheitsverletzung entstanden sein sollen, gelten sie **nur dann, wenn der Sekundärschaden eine typische Folge des Primärschadens ist.** Hinsichtlich der Haftung für Schäden, die durch eine (einfache oder grob fehlerhaft) unterlassene oder verzögerte Befunderhebung entstanden sein können, gilt nichts anderes.¹³

Im konkreten Fall war eine **Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärschaden** erforderlich, wobei es darum ging, ob lediglich eine nicht rechtzeitig erkannte Thrombose den haftungsbegründenden Primärschaden darstellte oder ob dies auch für die

¹⁰ aaO, juris, Rn. 14.

¹¹ aaO, juris, Rn. 34.

¹² Urteil vom 02. Juli 2013 – [VI ZR 554/12](#) – GesR 2013, 534 ff. = MedR 2014, 26 ff. = NJW 2013, 3094 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹³ aaO, juris, Rn. 12 mwN.

Epilepsie galt, die letztlich zum Tode der Patientin geführt hatte. Während die Vorinstanzen die von der Erblasserin erlittene Epilepsie als Teil des Sekundärschadens bewertet hatten, hat der VI. Zivilsenat eine andere Abgrenzung vorgenommen und gemeint, Rechtsgutverletzung (Primärschaden), auf die sich die haftungsbegründende Kausalität ausrichtet, sei – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht die rechtzeitige Erkennung einer bereits vorhandenen behandlungsbedürftigen Gesundheitsbeeinträchtigung, hier der Hirnvenenthrombose. Die **geltend gemachte Körperverletzung (Primärschaden) sei vielmehr in der durch den Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen**, was im Streitfall bedeutete, dass als Primärschaden auch das durch die Fehlbehandlung geschaffene oder erhöhte Risiko der Erblasserin anzusehen war, eine Epilepsie – und dies mit tödlichen Folgen – zu erleiden.¹⁴

d)

Erkennbar **widersprüchliche Gutachten** können **keine ausreichende Grundlage für die Überzeugungsbildung eines Gerichts** sein. Aus diesem Grunde hat der VI. Zivilsenat auf eine Nichtzulassungsbeschwerde eine angegriffene Berufungsentcheidung aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.¹⁵

Nach **§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO** ist das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen nur gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind.¹⁶ **Zweifel i.S. dieser Vorschrift** liegen schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststel-

¹⁴ aaO, juris, Rn. 16.

¹⁵ Beschluss vom 02. Juli 2013 – [VI ZR 110/13](#) – NJW 2014, 74 f. = VersR 2014, 261 ff.

¹⁶ aaO, juris, Rn. 7.

lung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. Dies gilt grundsätzlich auch für Tatsachenfeststellungen, die aufgrund eines Sachverständigengutachtens getroffen worden sind. In diesem Fall können – vorliegend von der Nichtzulassungsbeschwerde gerügte – **Widersprüche des Gutachtens Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen** wecken¹⁷. Aufgrund der aufgezeigten – nicht hinreichend aufgeklärten – Widersprüche in den maßgeblichen Gutachten konnte die Berufungsentscheidung keinen Bestand haben, sondern unterlag der Aufhebung.

Soweit im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Behandlerseite eingewandt worden war, der Patient habe bei der medizinisch gebotenen Behandlung nicht hinreichend mitgewirkt, war diese Gegenrüge nicht geeignet, die Aufhebung zu verhindern. Eine mangelnde Mithilfe des Patienten bei einer medizinisch gebotenen Behandlung schließt einen Behandlungsfehler nämlich dann nicht aus, wenn der Patient über das Risiko der Nichtbehandlung nicht ausreichend aufgeklärt worden ist.¹⁸ So lag es im zu entscheidenden Fall.

e)

Eine weitere erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde war auf einen Gehörsverstoß im Zusammenhang mit einer erforderlichen **Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden** gestützt worden.¹⁹

Die von der Klägerin auf verschiedene Aufklärungs- und Behandlungsfehler gestützte Klage war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben, obwohl die Klägerin bereits in erster Instanz vorgetragen hatte, es habe an der erforderlichen Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden in Form einer anderen Medikation und einer Psychotherapie gefehlt.²⁰ In der Berufungsbegründung war die Klägerin auf diesen Vortrag zurückgekommen, und das Berufungsgericht hatte den Berufungsangriff auch im tatbestandlichen Teil der Urteilsgründe wiedergegeben. Nichtsdestotrotz hat es in der

¹⁷ aaO, juris, Rn. 7.

¹⁸ aaO, juris, Rn. 15.

¹⁹ Beschluss vom 17. Dezember 2013 – [VI ZR 230/12](#) – veröffentlicht nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁰ aaO, juris, Rn. 5.

Begründung für die Bestätigung des landgerichtlichen Urteils festgestellt, die Klägerin sei „ausreichend und rechtzeitig“ nicht nur über den Eingriff als solchen, sondern auch über „etwaige Behandlungsalternativen“ aufgeklärt worden.

Der Zurückverweisungsbeschluss hält fest, dass **aufgrund des von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgezeigten Widerspruchs zwischen Tatbestand und Entscheidungsgründen keine tatbestandlichen Feststellungen getroffen worden waren, an die der VI. Senat gemäß § 314 ZPO gebunden war.**²¹ Soweit das Berufungsgericht eine Aufklärung dadurch als belegt angesehen hatte, dass die Klägerin mit dem vorgeschalteten Eingriff einverstanden war, war nichts dafür ersichtlich, was den Schluss rechtfertigen konnte, die Klägerin sei vor einem der beiden Eingriffe über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden. Im Rahmen der weiteren Feststellung, die Aufklärung sei „auch unter Berücksichtigung erhöhter Aufklärungspflichten bei nur relativer Indikation“ ausreichend gewesen, hatte das Berufungsgericht ausweislich der dafür gegebenen Begründung nur die Aufklärung über die Risiken des Eingriffs als solchen, nicht aber eine Aufklärung über Behandlungsalternativen im Blick.²²

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die **Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes**. Die Wahrung des **Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert aber eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit**, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen und unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten.²³

f)

Der Träger einer städtischen Klinik ist nicht verpflichtet, sämtliche Fenster einer geschlossenen psychiatrischen Station der Klinik so auszustatten, dass sie auch unter Einsatz von Körperkraft nicht so geöffnet werden können, dass ein

²¹ aaO, juris, Rn. 6.

²² aaO, juris, Rn. 6.

²³ aaO, juris, Rn. 8.

Patient hinaussteigen oder hinauspringen kann.²⁴ Im Rahmen der Klage (gegen eine Stadt als Trägerin eines städtischen Klinikums) standen Amtspflichtverletzungen der Beklagten in Rede, so dass nicht der VI. Zivilsenat, sondern der III. Zivilsenat für die Entscheidung des Revisionsverfahrens zuständig war.

Grundsätzlich ist der Träger eines psychiatrischen Krankenhauses verpflichtet, die aufgenommenen Patienten vor Selbstschädigungen zu bewahren, die ihnen durch Suizidversuche drohen können.²⁵ Im konkreten Fall hatte die Beklagte indes durch die Ausstattung des Fensters des Patientenzimmers, aus dem der Kläger gesprungen war, diese ihr obliegende Schutzpflicht nicht verletzt. Eine Amtspflichtverletzung der Beklagten folgte auch nicht daraus, dass diese bei der Ausstattung der Räume der geschlossenen psychiatrischen Station des Klinikums gegen verbindliche Vorschriften für Sicherheitsstandards oder allgemein anerkannte Sicherheitsstandards verstoßen hatte.²⁶

g)

Mit dem **Recht eines Lehranalysanden auf Herausgabe von Kopien einer während einer Lehranalyse durch den Lehranalytiker gefertigten Dokumentation** befasst sich ein weiteres Urteil des III. Zivilsenats.²⁷

Die dortige Klägerin hatte 1998 im Rahmen ihrer Weiterbildung zur Ärztin für Psychosomatik und Psychotherapie bei der Beklagten am Lehrinstitut für Psychoanalyse und Psychotherapie eine sog. Lehranalyse begonnen. Dabei handelte es sich um einen in der Weiterbildungs- und Prüfungsordnung näher beschriebenen obligatorischen Teil der psychoanalytischen Weiterbildung, die dazu dient, sich weiterbildenden Analysanden die Möglichkeit zu geben, die psychoanalytische Methode im Gespräch mit dem Lehranalytiker an sich selbst zu erfahren und unbewusste Inhalte und Prozesse zu erkennen. Die Klägerin absolvierte bei der Beklagten von 1998 bis 2004 und sodann von 2006 bis 2007 insgesamt 680 Analysestunden, wobei die Klä-

²⁴ Urteil vom 31. Oktober 2013 – [III ZR 388/12](#) – GesR 2014, 89 ff. = NJW 2014, 539 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁵ aaO, juris, Rn. 10.

²⁶ aaO, juris, Rn. 18 ff.

²⁷ Urteil vom 07. November 2013 – [III ZR 54/13](#) – NJW 2014, 298 ff.

gerin geltend gemacht hatte, die **Lehranalyse** bei der Beklagten sei nach 400 Stunden **in ein Arzt-Patienten-Verhältnis umgeschlagen**. Ob dem so war, hatte das Berufungsgericht dahinstehen lassen und dem Begehren der Klägerin auf Herausgabe von Kopien der während der Lehranalyse gefertigten Dokumentation als Nebenpflicht aus dem Lehranalysevertrag gemäß §§ 611, 242 BGB sowie aus § 810 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG und damit letztlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht stattgegeben. Dem hat sich der III. Zivilsenat angeschlossen und in diesem Zusammenhang allgemeine Ausführungen zum Anspruch auf Einsicht in Krankenunterlagen²⁸, zum Einsichtsrecht von Heimbewohnern in Pflegedokumentationen²⁹ sowie zu § 630 g BGB gemacht und auch im Blick auf den streitgegenständlichen Lehranalysevertrag ein Einsichtsrecht in die verlangten Unterlagen bejaht.

2. **Recht der privaten Krankenversicherung**

Mit dem Recht der privaten Krankenversicherung haben sich in der Berichtsperiode der I. Zivilsenat sowie der IV. Zivilsenat befasst.

a)

Die **Vermittlung privater Krankenzusatzversicherungen durch eine gesetzliche Krankenkasse und die Notwendigkeit einer Erlaubnis nach § 34 d GewO** waren Gegenstand einer Revisionsentscheidung des I. Zivilsenats.³⁰ In der Sache ging es darum, dass die Beklagte ihren Versicherten Krankenzusatzversicherungen mit privaten Versicherungsunternehmen vermittelte, **ohne über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Vermittlung von Versicherungsverträgen nach § 34 d GewO zu verfügen**. Während die Vorinstanzen das auf die Vermittlung derartiger Versicherungen ohne Erlaubnis nach § 34 d GewO gerichtete Unterlassungsbegehren zurückgewiesen hatten, hat der Bundesgerichtshof dem Unterlassungsbegehren stattgegeben

²⁸ aaO, juris, Rn. 17.

²⁹ aaO, juris, Rn. 18.

³⁰ Urteil vom 18. September 2013 – [I ZR 183/12](#) – GRUR 2013, 1250 ff. = VersR 2013, 1578 ff. = WRP 2013, 1585 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

und ausgesprochen, dass die Beklagte es zu **unterlassen** hat, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Endverbrauchern den Abschluss von Versicherungsverträgen mit privatwirtschaftlich organisierten Versicherungsunternehmen anzubieten, zu ermöglichen und/oder mit einem derartigen Angebot zu werben, wenn und solange die Beklagte nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 34 d GewO ist.

Zur Begründung hat der I. Zivilsenat darauf hingewiesen, dass das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass das vom Kläger beanstandete Verhalten der Beklagten durch § 194 Abs. 1 a SGB V gestattet gewesen sei. Stattdessen habe die Beklagte **gegen § 34 d GewO verstoßen** und deshalb wettbewerbswidrig gehandelt.³¹

b)

Um die **medizinische Notwendigkeit einer ärztlichen Heilbehandlung gemäß § 1 MB/KT** ging es in einem Beschluss des IV. Zivilsenats.³²

Der an einem Prostatakarzinom im fortgeschrittenen Stadium erkrankte Kläger unterhielt bei dem beklagten Versicherer eine private Krankenversicherung und begehrte die Feststellung, dass dieser ihm die Kosten für eine Immuntherapie mit autologen Tumor-Antigen-geprägten dendritischen Zellen erstatten müsse.

Leidet ein Versicherungsnehmer an einer **unheilbaren Krankheit**, bei der es selbst für eine auf die Verhinderung einer Verschlimmerung abzielende Heilbehandlung keine in der Praxis angewandte Behandlungsmethode gibt, die sich nach medizinischen Erkenntnissen zur Herbeiführung wenigstens dieses Behandlungszieles eignet, kommt jeder gleichwohl durchgeführten Behandlung zwangsläufig **Versuchscharakter** zu und kann der Nachweis medizinischer Eignung naturgemäß nicht geführt werden. Dies **schließt** indessen die **Annahme der medizinischen Notwendigkeit einer solchen Behandlung jedenfalls dann nicht aus, wenn die Behandlung auf eine**

³¹ aaO, juris, Rn. 8 ff.

³² Beschluss vom 30. Oktober 2013 – [IV ZR 307/12](#) – GesR 2014, 105 ff. = VersR 2013, 1558 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

schwere, lebensbedrohende oder gar lebenszerstörende Krankheit zielt.³³ Der durchschnittliche Versicherungsnehmer wird § 1 Teil I (2) MB/KK 2009 einen solchen Ausschluss nicht entnehmen, sondern die Klausel dahin verstehen, dass bei einer unheilbaren lebenszerstörenden Krankheit auch eine Heilbehandlung als notwendig anzusehen ist, der zwar nur Versuchscharakter anhaftet, die aber jedenfalls – medizinisch begründbar – Aussicht auf Heilung oder Linderung verspricht.³⁴

Diesen Maßstäben war das angefochtene Berufungsurteil nicht vollen Umfangs gerecht geworden. Das Berufungsgericht hatte gemeint, dass zum beabsichtigten Zeitpunkt der Behandlung des Klägers im Dezember 2010 die schulmedizinischen Behandlungsmöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft waren, weil der Kläger nach den Darlegungen eines Sachverständigen doch mit radioaktiven Nukleiden, ferner mit Mitoxantron oder auch hormonell (durch sekundäre Hormonmanipulation sowie Östrogene) hätte behandelt werden können.³⁵ Dies griff allerdings zu kurz, weil die vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Feststellungen des Landgerichts nicht hinreichend auswiesen, welchem Ziel die genannten Behandlungsansätze jeweils dienten und welchen Erfolg sie versprachen.

Es **kam hinzu**, dass das Gericht erster Instanz dem Antrag des Klägers auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens im mündlichen Verhandlungstermin nicht entsprochen hatte und – da das Berufungsgericht die Anhörung nicht nachgeholt hatte – ein **Gehörsverstoß** vorlag. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es dabei für die Frage, ob die **Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens** geboten ist, nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob zu erwarten ist, dass der Gutachter seine Auffassung ändert.³⁶ Weiter ist auch unerheblich, ob das schriftliche Gutachten Mängel aufweist. Die Parteien haben vielmehr zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für wesentlich erachten, in einer mündlichen Anhörung stellen können. Hat mithin

³³ aaO, juris, Rn. 15.

³⁴ aaO, juris, Rn. 15.

³⁵ aaO, juris, Rn. 21.

³⁶ aaO, juris, Rn. 9.

das Gericht erster Instanz einem rechtzeitig gestellten Antrag auf Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung nicht entsprochen, so muss das Berufungsgericht dem im zweiten Rechtszug wiederholten Antrag stattgeben. Dabei kann von der Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, nicht verlangt werden, dass sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus konkret formuliert. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welcher Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.³⁷

3. Berufsrecht der Heilberufe

Fragen des Berufsrechts der Heilberufe haben in drei Entscheidungen des I. Zivilsenats eine Rolle gespielt.

a)

Im Zusammenhang mit der **Erbringung von Leistungen der medizinischen Fußpflege** hat der I. Zivilsenat entschieden, dass die in § 1 PodG geregelte Erlaubnispflicht nur im Hinblick auf die Führung der Bezeichnung „Medizinische Fußpflegerin/Medizinischer Fußpfleger“ gilt und nicht die Werbung für die erlaubnisfreie Tätigkeit einer medizinischen Fußpflege verbietet.³⁸

Die Beklagte hatte ihre Leistungen im örtlichen Telefonbuch sowie im Internet mit dem Tätigkeitszusatz „Medizinische Fußpflege“ beworben. Nach dem Gesetz über den Beruf der Podologin und des Podologen (Podologengesetz = PodG) ist das Führen der Bezeichnung „Podologin“ und „Medizinische Fußpflegerin“ erlaubnispflichtig und setzt eine abgeschlossene Ausbildung sowie eine bestandene staatliche Prüfung voraus, die die Beklagte nicht aufwies. Die Klägerin beanstandete deshalb die Bewerbung der Beklagten als irreführend und als Verstoß gegen § 1 PodG und nahm

³⁷ aaO, juris, Rn. 9.

³⁸ Urteil vom 24. September 2013 – [I ZR 219/12](#) – GRUR 2013, 1252 ff. = WRP 2013, 1582 ff.

die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch. Die Beklagte gab daraufhin vorbehaltlos eine modifizierte strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, zahlte jedoch die außergerichtlichen Anwaltskosten der Klägerin nicht. Die Beklagte wurde daraufhin auf Zahlung der außergerichtlichen Anwaltskosten in Anspruch genommen, was dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit gab, sich über die Problematik der Anwaltskosten hinaus grundlegend mit der in der Sache verlangten Unterlassung auseinanderzusetzen.

Der I. Zivilsenat kam dabei zu dem Ergebnis, dass die **bloße Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ohne Anerkennung der Abmahnkosten nicht als Anerkenntnis des zugrundeliegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs zu verstehen ist**³⁹ und dass in der Sache weder aus § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 PodG noch aus § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 UWG ein Unterlassungsanspruch bestand. Insoweit sei davon auszugehen, dass die **Erbringung von Leistungen der medizinischen Fußpflege erlaubt ist, ohne dass es dafür einer Ausbildung zum Podologen oder Medizinischen Fußpfleger i.S.v. § 1 PodG bedarf**. Das Podologengesetz schützt allein die Berufsbezeichnung „Podologin/Podologe“ und „Medizinische Fußpflegerin/Medizinischer Fußpfleger“. Die Tätigkeit auf dem Gebiet der medizinischen Fußpflege und die Werbung für diese Tätigkeit wird durch diese Bestimmung nicht eingeschränkt.⁴⁰

b)

Weiter hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es weder irreführend ist noch einen Verstoß gegen den **Grundsatz der Meisterpräsenz** nach der Handwerksordnung darstellt, wenn der Meister in einem **Hörgeräteakustik-Unternehmen** nicht ständig anwesend, sondern noch für einen zweiten Betrieb in einer benachbarten Stadt zuständig ist.⁴¹

Werden in einem Geschäftslokal Dienstleistungen angeboten, erwartet der Verkehr nicht unbedingt, dass diese Leistungen sofort bei Erscheinen des Kunden im Ge-

³⁹ aaO, juris, Rn. 10.

⁴⁰ aaO, juris, Rn. 18.

⁴¹ Urteil vom 17. Juli 2013 – [I ZR 222/11](#) – GRUR 2013, 1056 ff. = NJW-RR 2014, 108 ff. = WRP 2013, 1336 ff.; vgl. auch Urteil vom 17. Juli 2013 – [I ZR 223/11](#) – veröffentlicht nur bei juris.

schäftslokal erbracht werden können. Vielmehr geht der Verbraucher in vielen Fällen davon aus, dass die angebotene Dienstleistung auch dann, wenn das Geschäftslokal eröffnet ist, nur nach vorhergehender Terminvereinbarung erbracht wird.⁴² Von daher **verstößt es nicht gegen das Gebot der Meisterpräsenz, wenn ein Hörgeräteakustiker-Meister zwei Betriebe in benachbarten Städten betreut und jeweils einen halben Tag in dem einen und den anderen halben Tag in dem anderen Geschäft anwesend ist.** Die Geschäfte dürfen in einem solchen Fall auch in der Zeit der Abwesenheit des Meisters offengehalten werden, um beispielsweise Termine mit in das Ladenlokal kommenden Kunden zu vereinbaren, Ersatz- und Verschleißteile wie etwa Batterien für Hörgeräte abzugeben und ähnliche Leistungen zu erbringen, die nicht notwendig die Anwesenheit eines Meisters erfordern.⁴³

4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht für Heilberufe

Der für Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat hat ein Berufungsurteil aufgehoben und erkannt, dass ein der Sache nach auf die **Gründung einer (atypischen) stillen Gesellschaft zum Betrieb einer Apotheke** gerichteter Vertrag gegen § 8 Satz 2 Apothekengesetz verstößt und deshalb nichtig ist (§ 12 ApoG i.V.m. § 134 BGB).⁴⁴ Die Parteien hatten über den Betrieb einer Apotheke einen Vertrag geschlossen, der der Beklagten, einer approbierten Apothekerin, die Stelle der Unternehmerin zuwies, während sich die klagende GmbH verpflichtete, einen als partiarisches Darlehen bezeichneten Geldbetrag in Höhe von 200.000,00 DM zur Verfügung zu stellen sowie Beratungs- und Marketingleistungen zu erbringen. Der Klägerin wurde eine Gewinnbeteiligung sowie Vertretungs-, Informations- und Kontrollrechte eingeräumt. Bei Vertragsende sollte die Klägerin das Recht haben, die Apotheke zu übernehmen; die Abfindung der Beklagten sollte sich auf die Übernahme der betrieblichen Verbindlichkeiten und Verpflichtungen durch die Klägerin beschränken.⁴⁵ Wäh-

⁴² Urteil vom 17. Juli 2013 – [I ZR 222/11](#) – juris, Rn. 13.

⁴³ aaO, juris, Rn. 17.

⁴⁴ Urteil vom 15. Oktober 2013 – [II ZR 112/11](#) – GuT 2013, 216 f.

⁴⁵ aaO, juris, Rn. 1.

rend die Klägerin nach Kündigung des Vertrags die Räumung und Herausgabe der Apothekenräume begehrte, berief sich die Beklagte auf die **Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das Apothekengesetz** und behielt damit Recht.⁴⁶

5. Vergütungsrecht der Heilberufe

Das Vergütungsrecht der Heilberufe war Gegenstand von Entscheidungen des III. Zivilsenats.

a)

Der III. Zivilsenat hatte sich mit der **Abtretung einer zahnärztlichen Honorarforderung** zu befassen.⁴⁷ Konkret ging es um die Trennbarkeit einer formularmäßigen Einverständniserklärung über die Abtretung an eine gewerbliche Abrechnungsgesellschaft sowie eine weitere Abtretung an ein Kreditinstitut und es stand infrage, ob diese beiden Regelungen Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein konnten. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass das Einverständnis i.S.v. § 203 Abs. 1 StGB teilbar ist. Es kann sowohl in persönlicher als auch in zeitlicher und sachlicher Hinsicht beschränkt werden, indem z.B. nur bestimmte Geheimnisse mitgeteilt oder geheimhaltungsbedürftige Umstände nur an bestimmte Personen weitergegeben werden.⁴⁸ Etwaige Zweifel an der Wirksamkeit der formularmäßigen Einverständniserklärung im Blick auf die Abtretung an das Kreditinstitut änderten mithin nichts daran, dass jedenfalls das Einverständnis des Patienten in die Abtretung der zahnärztlichen Honorarforderung für eine gewerbliche Abrechnungsgesellschaft wirksam war.⁴⁹

⁴⁶ aaO, juris, Rn. 10.

⁴⁷ Urteil vom 10. Oktober 2013 – [III ZR 325/12](#) – GesR 2014, 52 ff. = NJW 2014, 141 ff. = ZMGR 2014, 47 ff.

⁴⁸ aaO, juris, Rn. 16.

⁴⁹ aaO, juris, Rn. 15 ff.

b)

In einem weiteren vom III. Zivilsenat entschiedenen Rechtsbeschwerdeverfahren hatte sich ein Radiologe um eine Vollzulassung als kassenärztlicher Vertragsarzt bemüht, jedoch nur eine Teilzulassung als Job-Sharing-Partner eines anderen Radiologen erhalten. Da diese Entscheidung auf **unzutreffenden Angaben eines Konkurrenten zur Anzahl der örtlich niedergelassenen Radiologen** beruhte, hatte der mit seinem Antrag auf Vollzulassung gescheiterte Radiologe diesen **Konkurrenten auf Schadensersatz in Anspruch genommen** und im Rahmen eines vorgeschalteten selbständigen Beweisverfahrens die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Frage der Höhe des ihm infolge der unterbliebenen Vollzulassung entgangenen Gewinns beantragt. Der III. Zivilsenat hat die in den Vorinstanzen und die dort ausgesprochene **Zurückweisung des Beweissicherungsantrags** bestätigt.⁵⁰

Die Zulässigkeit eines Antrags nach § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO richtet sich nach dem unmittelbaren Antragsgegenstand und nicht danach, ob im Rahmen der Begutachtung des Antragsgegenstands – allein oder neben anderen Faktoren – auch der Wert einer Sache zu begutachten ist. Vorliegend konnte daher dahinstehen, ob ein Praxisanteil mit Kassenarztsitz als „Sache“ i.S.v. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu qualifizieren ist.⁵¹ Im Übrigen war der Antrag des Antragstellers auch nicht auf die Begutachtung des Wertes seines damaligen Praxisanteils bei (fiktiver) kassenärztlicher Zulassung gerichtet, sondern auf den ihm entgangenen Gewinn. **Gegenstand eines Antrags auf schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen gemäß § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kann aber nicht die Begutachtung darüber sein, ob einem Geschädigten durch das Verhalten des Schädigers Gewinne in einer bestimmten Mindesthöhe entgangen sind.**⁵²

⁵⁰ Beschluss vom 27. November 2013 – [III ZB 38/13](#) – GesR 2014, 101 ff. = NJW-RR 2014, 180 ff. = ZMGR 2014, 51 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵¹ aaO, juris, Rn. 13.

⁵² aaO, juris, Rn. 13.

6. Krankenhausrecht

Für Unterbringungs- und Betreuungssachen ist beim Bundesgerichtshof des XII. Zivilsenats zuständig. Dieser hat entschieden, dass im **Verfahren zur Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme** der behandelnde Arzt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen mit der Erstattung des vor der Entscheidung einzuholenden Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme beauftragt werden kann.⁵³ Im Verfahren zur Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme oder bei deren Anordnung soll nach § 321 Abs. 1 Satz 5 FamFG der **zwangsbehandelnde Arzt nicht zum Sachverständigen** bestellt werden.

7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts

Um Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts ging es in Entscheidungen diverser Strafsenate sowie des I., VI. und X. Zivilsenats.

a)

Zunächst ist über einschlägige Entscheidungen der Strafsenate zu berichten.

aa)

In einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHSt bestimmten Fall hat der 2. Strafsenat über die Revision eines Angeklagten entschieden, dem das **Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Doping-Zwecken im Sport** vorgeworfen worden war. Die Revision blieb erfolglos.⁵⁴

⁵³ Beschluss vom 30. Oktober 2013 – [XII ZB 482/13](#) – FamRZ 2014, 29 ff. = NJW 2013, 3784 f.
⁵⁴ Urteil vom 18. September 2013 – [2 StR 365/12](#) – NJW 2014, 325.

Im konkreten Fall hatte ein internationales Unternehmen aufgrund von Internetwerbung im Tatzeitraum unter anderem Anabolika an über 100.000 Besteller auf mehreren Kontinenten vertrieben und dabei einen Umsatz von mehr als 8,5 Mio. € erzielt. Das Landgericht hatte dem Angeklagten, der in leitender Position im Vertriebsbereich des Unternehmens beteiligt war, den organisierten Vertrieb der Anabolika als einheitliche Tat des Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Doping-Zwecken im Sport zugerechnet. Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung bestätigt und unter Zurückweisung der Revision des Angeklagten ausgeführt, dass die Bezugnahme in § 6 a Abs. 2 Satz 1 AMG auf den zur Tatzeit geltenden Anhang des Übereinkommens gegen Doping vom 16. November 1989, in dem die verbotenen Wirkstoffe aufgeführt sind, zu billigen ist und darin kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG liegt.⁵⁵

bb)

In einem weiteren Revisionsverfahren hatte der Angeklagte von Bulgarien aus nach Bestellungen im Internet Ampullen und Tabletten gegen Vorkasse an Besteller in Deutschland verschickt. Diese Präparate enthielten zum Teil die der Aufmachung entsprechenden anabol-androgenen Steroide, zum Teil andere, zum Teil aber auch gar keine Wirkstoffe (sog. Placebos). Der 2. Strafsenat hat die Verurteilung durch das Landgericht wegen **Inverkehrbringens falsch gekennzeichnete Arzneimittel** gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 a AMG i.V.m. § 8 a AMG insoweit bestätigt, als die Einordnung der wirkstofflosen Ampullen und Tabletten (Placebos) als Arzneimittel nicht beanstandet werden könne.⁵⁶ Soweit das Landgericht ansonsten Taten des **Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Doping-Zwecken im Sport** gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 a AMG i.V.m. § 6 a AMG angenommen hatte, hat der Bundesgerichtshof das Urteil insoweit aufgehoben, soweit die Arzneimittel nicht in den Zugriffsbereich der Besteller gelangt waren und ein Inverkehrbringen von daher nicht vollendet war.⁵⁷

⁵⁵ aaO, juris, Rn. 13.

⁵⁶ Urteil vom 18. September 2013 – [2 StR 535/12](#) – NJW 2014, 326 f.

⁵⁷ aaO, juris, Rn. 14.

cc)

In einem weiteren Fall vorsätzlichen Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Doping-Zwecken im Sport hatte das Landgericht neben der strafrechtlichen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe den **Verfall von Wertersatz** angeordnet. Die dagegen anhängig gemachte Revision blieb erfolglos.⁵⁸ Seitens des Bundesgerichtshofs wurde nicht beanstandet, dass das Tatgericht im Rahmen der Verfallsanordnung bei der Prüfung, inwieweit der Wert des durch die Straftat Erlangten (hier: Verkaufserlös der Doping-Mittel) zum Vermögen des Angeklagten noch vorhanden war, im Interesse der Prozessökonomie geschätzt hatte, um das Verfahren zu beschleunigen.⁵⁹ Beanstandet worden war auch nicht, dass geleistete Steuerzahlungen abgezogen worden waren.⁶⁰

dd)

Eine weitere beim 3. Strafsenat anhängige Strafsache führte zur **Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union**.⁶¹ Der dortige Angeklagte war selbständig als Handelsvertreter u.a. für Nahrungsergänzungsmittel sowie rezeptfreie Medikamente tätig und hatte vermittelt und organisiert, dass ein in Brüssel ansässiges Unternehmen (legal hergestellte und grundsätzlich für eine Verwendung als Arzneimittel bestimmte) Ephedrin-Tabletten in diversen Fällen nach Mexiko sowie in einem Fall nach Belize lieferte. Dem Angeklagten war dabei bewusst, dass die Ephedrin-Tabletten zur Herstellung von Metamphetamin verwendet und auf dem amerikanischen Drogenmarkt verkauft werden sollten.

Für die Entscheidung über die Revision des Angeklagten kam es darauf an, **ob Arzneimittel** gemäß der Definition der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, **die** den von den Verordnungen (EG) Nr. 273/2004 und (EG) Nr. 1111/2005 erfassten Stoffe (und hier konkret **den Stoff Ephedrinhydro-**

⁵⁸ Urteil vom 18. September 2013 – [5 StR 237/13](#) – wistra 2013, 462 f.

⁵⁹ aaO, juris, Rn. 5.

⁶⁰ aaO, juris, Rn. 3.

⁶¹ Beschluss vom 22. Oktober 2013 – [3 StR 124/13](#) – NJW-Spezial 2014, 24 ansonsten nur veröffentlicht bei juris.

chlorid) enthalten, gemäß Art. 2 a der vorzitierten Verordnungen stets **von deren Anwendungsbereich ausgenommen sind** oder ob dies lediglich dann anzunehmen ist, wenn die Arzneimittel so zusammengesetzt sind, dass die erfassten Stoffe nicht einfach verwendet oder leicht und wirtschaftlich extrahiert werden können.⁶²

b)

Der I. Zivilsenat war mit diversen Wettbewerbsverfahren befasst, in denen die Entscheidungen erst in der Berichtsperiode dieses Newsletters abgesetzt worden sind und in denen es um die Verletzung von Vorschriften des Arzneimittelgesetzes ging.

aa)

In einem der Fälle stritt sich ein **Apotheker** mit der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs darüber, ob er seinen Kunden **bei der Einlösung von Rezepten** für verschreibungspflichtige und damit preisgebundene Arzneimittel eine „**Rezept-Prämie**“ **in Form eines** beim Kauf nicht rezeptpflichtiger Arzneimittel einlösbaren **Einkaufsgutscheins im Wert von mehr als 1,00 €** ankündigen und gewähren darf. Das Berufungsgericht war davon ausgegangen, dass die Ankündigung von Einkaufsgutscheinen, Bonustalern und Ähnlichem bei der Einlösung von Rezepten für verschreibungspflichtige Arzneimittel zwar gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindungsvorschrift verstößt und daher unlauter i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG ist, die Ankündigung und Gewährung eines Einkaufsgutscheines von bis zu 3,00 € für drei auf einem Rezept verschriebene verschreibungspflichtige Medikamente aber nicht die **Spürbarkeitsschwelle des § 3 Abs. 1 UWG** überschreite. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen und ergänzend ausgesprochen, dass ein Verstoß gegen die Bestimmungen des § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4 AMG, § 3 AMPPreisV auch dann nicht geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, wenn bei einem Rezept, auf dem zwei oder mehr verschreibungspflichtige Arzneimittel verschrieben worden sind, die für die Annahme eines Bagatellverstoßes maßgebliche Wertgrenze von einem Euro für jedes abgegebene preisgebundene Arzneimittel ausgeschöpft wird.⁶³

⁶² aaO, juris, Rn. 6.

⁶³ Urteil vom 08. Mai 2013 – [I ZR 90/12](#) – GRUR 2013, 1262 ff. = WRP 2013, 1590 ff.

bb)

Ein Gegenstand, der von seinem Hersteller zur Anwendung für Menschen zum Zwecke der Untersuchung eines physiologischen Vorgangs konzipiert wurde, fällt dann **nicht** unter den Begriff „**Medizinprodukt**“, wenn der Hersteller eine **Verwendung** des Gegenstands **für medizinische Zwecke mit hinreichender Deutlichkeit ausschließt**, ohne dabei willkürlich zu handeln.⁶⁴

cc)

Eine **Google-Adwords-Anzeige für ein Arzneimittel** verstößt nicht allein deshalb gegen § 4 HWG, weil die Pflichtangaben nicht in der Anzeige selbst enthalten sind.⁶⁵

dd)

Um Fragen im Zusammenhang mit einer **arzneimittelrechtlichen Zulassung** für den Vertrieb von Atemtests zum Nachweis einer Infektion des Magens mit Helicobacter pylori-Bakterien ging es in einem weiteren wettbewerbsrechtlichen Verfahren beim I. Zivilsenat.⁶⁶ Während das Berufungsgericht den Apotheker zur Unterlassung des Vertriebs und der Bewerbung des Atemtests verurteilt hatte, hat der Bundesgerichtshof diese Verurteilung aufgehoben und ausgesprochen, dass der Klägerin der Unterlassungsanspruch jedenfalls deshalb nicht (mehr) zustand, weil das Bundesinstitut für Arzneimittel- und Medizinprodukte gemäß § 21 Abs. 4 AMG festgestellt hatte, dass es sich bei den Harnstoffkapseln des Beklagten nicht um ein zulassungspflichtiges Arzneimittel handelte.⁶⁷ Einer **Feststellung des Bundesinstituts für Arzneimittel- und Medizinprodukte gemäß § 21 Abs. 4 AMG über die Zulassungspflicht eines Arzneimittels kommt im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG Tatbestandswirkung zu**. Diese Tatbestandswirkung eines (nicht nichtigen) Verwaltungsakts entfällt nicht dadurch, dass dieser angefochten ist und die Anfechtung aufschiebende Wirkung hat.⁶⁸

⁶⁴ Urteil vom 18. April 2013 – [I ZR 53/09](#) – GRUR 2013, 1261 f. = NJW-RR 2014, 46 f. = WRP 2013, 1592 f.

⁶⁵ Urteil vom 06. Juni 2013 – [I ZR 2/12](#) – GRUR 2014, 94 ff. = WRP 2014, 65 f.

⁶⁶ Urteil vom 24. September 2013 – [I ZR 73/12](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁶⁷ aaO, juris, Rn. 7.

⁶⁸ aaO, juris, Rn. 15.

c)

Der VI. Zivilsenat hat in zwei **Produkthaftungssachen** Vorlageentscheidungen getroffen.

aa)

Im Zusammenhang mit einem **implantierten Herzschrittmacher** hat er dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung des Unionsrechts die **Frage vorgelegt**, ob Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die **Haftung für fehlerhafte Produkte** dahin auszulegen ist, dass ein Produkt, wenn es sich um ein in den menschlichen Körper implantiertes Medizinprodukt (Herzschrittmacher) handelt, **bereits dann fehlerhaft ist, wenn Geräte derselben Produktgruppe ein nennenswert erhöhtes Ausfallrisiko haben**, ein Fehler des im konkreten Fall implantierten Gerätes aber nicht festgestellt ist⁶⁹. Bejahendenfalls soll durch eine **weitere Vorlagefrage** geklärt werden, ob es sich bei den **Kosten der Operation zur Explantation des Produkts und zur Implantation eines anderen Herzschrittmachers** um einen **durch Körperverletzung verursachten Schaden** i.S.v. Art. 1, Art. 9 Satz 1 lit. a der Richtlinie 85/374/EWG handelt.⁷⁰

bb)

In einem anderen Fall ging es um den operativen Austausch eines **implantierbaren Cardioverter Defibrillators (ICD)** und ebenfalls um die Frage der Auslegung der bereits vorstehend erwähnten Richtlinie 85/374/EWG.⁷¹ Auch hier hat der VI. Zivilsenat den Gerichtshof der Europäischen Union in Ansehung der vorbezeichneten Richtlinie gemäß Art. 267 AEUV gebeten, die Frage zu beantworten, ob der ICD bereits dann fehlerhaft ist, wenn bei einer signifikanten Anzahl von Geräten derselben Serie eine Fehlfunktion aufgetreten, ein Fehler des im konkreten Fall implantierten Geräts aber nicht festgestellt ist.⁷² Ebenso wie bei dem einen Herzschrittmacher betreffenden Vorlageersuchen wird auch zum ICD die weitere Frage aufgeworfen, ob

⁶⁹ Beschluss vom 30. Juli 2013 – [VI ZR 284/12](#) – GesR 2013, 625 ff. = PharmR 2013, 457 ff. = VersR 2013, 1450 f.

⁷⁰ aaO, juris, Rn. 14.

⁷¹ Beschluss vom 30. Juli 2013 – [VI ZR 327/12](#) – VersR 2013, 1451 ff.

⁷² aaO, juris, Rn. 22.

es sich bei den Kosten der Operation zur Explantation des Produkts und zur Implantation eines anderen ICD um einen durch Körperverletzung verursachten Schaden i.S.v. Art. 1, Art. 9 Satz 1 lit. a der Richtlinie handelt.⁷³

d)

Im Bereich des Medizinprodukterechts ist weiter über diverse Patententscheidungen des X. Zivilsenats zu berichten, wobei es u.a. um ein **Streitpatent** betreffend die Verwendung von Effektoren der Dipeptidyl-Peptidase **zur Senkung des Blutzuckerspiegels**⁷⁴ sowie um ein **Verfahren zur Herstellung von Interleukin-1-Rezeptor-Antagonisten (IL-1Ra)** in einer mit einer Körperflüssigkeit gefüllten Spritze⁷⁵ und endlich um die **Verwendung essentieller Fettsäuren zur Herstellung eines Medikaments zur Behandlung von Patienten, die einen Herzinfarkt erlitten hatten**⁷⁶ ging. Bezüglich des letzten Streitpatentes hat der X. Zivilsenat entschieden, dass das nachträgliche Auffinden der biologischen Zusammenhänge, die der Wirkung eines Arzneimittels zugrunde liegen, keine neue Lehre zum technischen Handeln offenbart, sondern der verabreichte Wirkstoff, die Indikation, die Dosierung und die sonstige Art und Weise, in der der Wirkstoff verwendet wird, mit einer bereits beschriebenen Verwendung eines Wirkstoffs zur Behandlung einer Krankheit übereinstimmen.⁷⁷

⁷³ aaO, juris, Rn. 23.

⁷⁴ Beschluss vom 11. September 2013 – [X ZB 8/12](#) – GRUR 2013, 1210 ff.

⁷⁵ Urteil vom 03. September 2013 – [X ZR 16/11](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁷⁶ Urteil vom 24. September 2013 – [X ZR 40/12](#) – GRUR 2014, 54 ff. = PharmR 2014, 18 ff.

⁷⁷ Urteil vom 24. September 2013 – [X ZR 40/12](#) – juris, Rn. 47.

8. Grundzüge des Apothekenrechts

Über die bereits oben unter 4. zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe erwähnte Entscheidung des II. Zivilsenats⁷⁸, nach der ein auf die Gründung einer (atypischen) stillen Gesellschaft zum Betrieb einer Apotheke gerichteter Vertrag gegen § 8 Satz 1 Apothekengesetz verstößt und deshalb nichtig ist, hat der Bundesgerichtshof in der Berichtsperiode keine weiteren Entscheidungen zum Apothekenrecht abgesetzt.

9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

Aus dem bunten Strauß von allgemeinen verfahrens- und prozessrechtlichen Problemstellungen möchten wir abschließend noch von vier Entscheidungen über **Wiedereinsetzungsgesuche** berichten, die sämtlich darauf gestützt waren, dass eine Notfrist wegen **Erkrankung des Rechtsanwalts** nicht eingehalten werden konnte.

a)

Auf Krankheit als Wiedereinsetzungsgrund für eine versäumte Klagefrist hatte sich ein Rechtsanwalt in einer Anwaltssache wegen Widerrufs der Befugnis zum Führen einer Fachanwaltsbezeichnung berufen.⁷⁹ Der Senat hat die begehrte Wiedereinsetzung versagt und ausgeführt, eine Erkrankung greife als **Entschuldigungsgrund** für eine Fristversäumung **nur dann** durch, **wenn** sie so schwer war, dass der von ihr **Betroffene nicht bloß zu eigenem Handeln unfähig, sondern auch außerstande** war, **einen Bevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner Interessen zu beauftragen** und im gebotenen Umfang zu informieren.⁸⁰

⁷⁸ Urteil vom 15. Oktober 2013 – [II ZR 112/11](#) – GuT 2013, 216 f.

⁷⁹ Beschluss vom 18. November 2013 – [AnwZ \(Brfg\) 64/13](#), veröffentlicht nur bei juris.

⁸⁰ aaO, juris, Rn. 4.

b)

Mit einem Wiedereinsetzungsgesuch wegen Versäumung einer Berufungsbegründungsfrist war der V. Zivilsenat befasst.⁸¹ Unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ausgeführt, dass sich ein Anwalt auf einen krankheitsbedingten Ausfall durch konkrete Maßnahmen zwar nur vorbereiten muss, wenn er einen solchen Ausfall vorhersehen kann.⁸² Ein Rechtsanwalt muss aber, auch wenn er – wie im entschiedenen Fall – **unvorhergesehen erkrankt**, das zur Fristwahrung **unternehmen, was ihm noch möglich und zumutbar ist**. Im Rahmen dieser Anforderungen lassen sich Fallgestaltungen denken, in denen eine unvorhergesehene Erkrankung einen Rechtsanwalt außerstande setzt, noch irgendwelche fristwahrenden Maßnahmen zu ergreifen.⁸³

Vorliegend war der Prozessbevollmächtigte jedoch **noch in der Lage** gewesen, die **Anweisung zu erteilen**, für eine Fristverlängerung zu sorgen, bevor er in das Krankenhaus eingeliefert wurde. Auf diese seinem Vertreter erteilte Anweisung habe dieser indes nicht durch einen bloßen Fristverlängerungsantrag reagieren dürfen. Vielmehr gehöre zu den Maßnahmen, denen ein mit der Fristverlängerung beauftragter Vertreter ergreifen müsse, die Feststellung, ob die Fristverlängerung im Ermessen des Gerichts stehe oder von der Zustimmung des Gegners abhängig sei. Im letzteren Fall sei eine Nachfrage beim Gegner geboten, ob dieser die erforderliche Zustimmung erteile.⁸⁴ Mit einer Anfrage auf Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist darf sich ein Vertreter im Krankheitsfall erst begnügen, wenn eine Nachfrage nicht möglich ist oder wenn die Nachfrage ergeben hat, dass der Gegner die Zustimmung nicht erteilt oder zu einer Äußerung dazu in absehbarer Zeit vor Ablauf der Frist nicht imstande ist.⁸⁵

c)

Der VI. Zivilsenat hat ebenfalls in einem von ihm abgesetzten Beschluss ausgesprochen, dass ein Rechtsanwalt, wenn er erkennt, dass er eine Frist zur Rechtsmittel-

⁸¹ Beschluss vom 18. Juli 2013 – [V ZB 173/12](#) – veröffentlicht nur bei juris.

⁸² aaO, juris, Rn. 8.

⁸³ aaO, juris, Rn. 10 mit Hinweis auf Beschluss vom 18. September 2008 – [V ZB 32/08](#) – NJW 2008, 3571 f. = juris, Rn. 12; an letzterem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁸⁴ aaO, juris, Rn. 11.

⁸⁵ aaO, juris, Rn. 11.

begründung wegen Erkrankung nicht einhalten kann, durch einen rechtzeitig gestellten Antrag auf Fristverlängerung dafür Sorge tragen muss, dass ein Wiedereinsetzungsgesuch nicht notwendig wird.⁸⁶ Die Verlängerung einer **Rechtsmittelbegründungsfrist und die Wiedereinsetzung** in eine solche Frist sind **nicht zwei gleichrangige Optionen**, zwischen denen ein Rechtsanwalt im Verhinderungsfall wählen könnte.⁸⁷

d)

Es gibt allerdings auch Fallgestaltungen, in denen die **Erkrankung eines Rechtsanwalts als Wiedereinsetzungsgrund akzeptiert** wird. Entsprechend hat der XII. Zivilsenat im Falle einer plötzlich aufgetretenen Erkrankung entschieden.⁸⁸ Ein Rechtsanwalt hat zwar im Rahmen seiner Organisationspflicht grundsätzlich auch dafür Vorkehrungen zu treffen, dass im Falle einer Erkrankung ein Vertreter die notwendigen Prozesshandlungen wahrnimmt, wobei sich ein Rechtsanwalt auf einen krankheitsbedingten Ausfall aber nur dann durch konkrete Maßnahmen vorbereiten muss, wenn er eine solche Situation vorhersehen kann. Wird er dagegen – wie im maßgeblichen Fall – **unvorhergesehen krank, gereicht ihm eine unterbleibende Einschaltung eines Vertreters nicht zum Verschulden, wenn ihm diese weder möglich noch zumutbar war.**⁸⁹

So lag der maßgebliche Fall, in dem der Rechtsbeschwerdeführer glaubhaft gemacht hatte, dass sein Anwalt am Abend des Fristablaufs plötzlich und unvorhergesehen an einer Magen-Darm-Grippe mit Fieber erkrankt war und deshalb nicht wie vorgesehen nochmals ins Büro fahren konnte, um den Beschwerdeschriftsatz selbst abzuschieken. Angesichts der fortgeschrittenen Uhrzeit (nach 22 Uhr) und der Tatsache, dass der Verfahrensbevollmächtigte ausweislich seines Briefkopfes als Einzelanwalt in Bürogemeinschaft tätig war, war die Erreichung und Bestellung eines Vertreters erkennbar aussichtslos. Angesichts dieser Umstände hatte der Rechtsanwalt mit der Beauftragung seiner Ehefrau, das Fax an das Oberlandesgericht zu senden (was miss-

⁸⁶ Beschluss vom 01. Juli 2013 – [VI ZB 18/12](#) – NJW 2013, 3181 ff.

⁸⁷ aaO, juris, Rn. 9.

⁸⁸ Beschluss vom 07. August 2013 – [XII ZB 533/10](#) – AnwBl 2014, 272 = NJW 2013, 3183 f. = VersR 2014, 81 f.

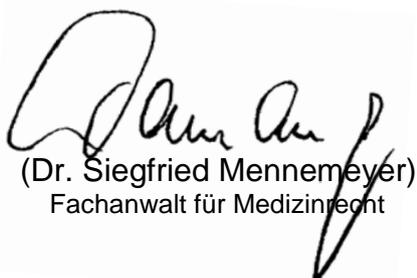
⁸⁹ aaO, juris, Rn. 10.

lang), schon eine Maßnahme getroffen, zu der er im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand nicht verpflichtet war. Allein deshalb konnte dem Rechtsanwalt der dann bei der Ausgangskontrolle aufgetretene Fehler nicht angelastet werden.⁹⁰

e)

Abschließend ist noch über ein Rechtsbeschwerdeverfahren zu berichten, in dem der VI. Zivilsenat einem von den Vorinstanzen verworfenen Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben hat. Konkret ging es um eine Fallgestaltung, in der zunächst ein **falsch adressierter Schriftsatz** und in der Folge ein auf Veranlassung des Anwalts korrigierter Schriftsatz von diesem unterschrieben, indes der falsch adressierte Schriftsatz vom Büro abgesandt worden war.⁹¹ Der VI. Zivilsenat stellt in begrüßenswerter Weise klar, dass **Verschuldensmaßstab im Rahmen des § 233 ZPO nicht die äußerste oder größtmögliche Sorgfalt, sondern die von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde übliche Sorgfalt ist.**⁹² Der Prozessbevollmächtigte einer Partei, der einen falsch adressierten Schriftsatz unterschrieben, seinen Irrtum dann aber bemerkt hat, genügt regelmäßig dieser üblichen Sorgfalt, wenn er eine sonst zuverlässige Kanzleikraft damit beauftragt, einen korrigierten Schriftsatz zu erstellen, diesen ihm zur Unterschrift vorzulegen und den ursprünglichen Schriftsatz zu vernichten, und er den korrigierten Schriftsatz dann auch tatsächlich unterschreibt; der eigenhändigen Vernichtung oder eigenhändiger Durchstreichungen des ursprünglichen Schriftsatzes bedarf es dann nicht.⁹³

Karlsruhe, den 28. März 2014



(Dr. Siegfried Mennemeyer)
Fachanwalt für Medizinrecht

⁹⁰ aaO, juris, Rn. 10 mwN.

⁹¹ Beschluss vom 12. November 2013 – [VI ZB 4/13](#) – AnwBl 2014, 188 = NJW 2014, 700 ff.

⁹² aaO, juris, Rn. 13.

⁹³ aaO, juris, Rn. 13.