

**Erstversorgung, Untersuchungen, Befunderhebungen zur Diagnosestellung und die Diagnose selbst sind unabdingbare Voraussetzung für die Entscheidung des D-Arztes, ob „allgemeine“ oder „besondere Heilbehandlung“ anzuordnen ist.**

**Wegen des inneren Zusammenhangs dieser Maßnahmen mit der Entscheidung über das richtige Heilverfahren, handelt der D-Arzt hierbei in Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 34 GG mit der Folge, dass der Unfallversicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haftbar zu machen ist.**

**Der VI. und der III. BGH-Senat geben diesbezüglich ihre Rechtsprechung zur sog. „doppelten Zielrichtung“ auf (vgl. Urteil des BGH vom 09.12.2008 – VI ZR 277/07 – [UVR 03/2009, S. 170].**

Art. 34 GG, § 839 BGB, § 34 Abs. 1 S. 1 SGB VII

Urteil des BGH vom 29.11.2016 – VI ZR 208/15 –  
Bestätigung des Urteils des OLG Frankfurt vom 05.03.2014 – 8 U 129/14 –

Der Kläger macht **Schadensersatzansprüche nach einem Arbeitsunfall gegen den D-Arzt** (Beklagter) der Berufsgenossenschaft (BG, Streithelferin) geltend.

Der Kläger wurde am 3.3.2010 nach einem Arbeitsunfall in das W – Krankenhaus eingeliefert. Dort wurde er von einer Ärztin behandelt, die den Beklagten in seiner Funktion als D-Arzt vertrat, ohne jedoch selbst als D-Ärztin bestellt zu sein. Die Ärztin diagnostizierte eine BWS Prellung, attestierte Arbeitsfähigkeit und ordnete „**allgemeine Heilbehandlung**“ an. Am 12.3.2010 suchte der Kläger einen anderen D-Arzt auf. Dieser stellte eine **Fraktur LWK-I** mit Hinterkantenbeteiligung fest; der Kläger musste anschließend operiert werden. Die BG gewährte Verletzengeld und eine vorläufige Rente nach einer MdE von 20 v.H. vom 17.8.2010 bis Ende Februar 2013.

Das **LG Limburg** wies die Schadensersatzklage ab, das **OLG Frankfurt** wies die Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurück.

**Der BGH wies die Revision des Klägers zurück, weil nicht der Beklagte, sondern die BG nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB passivlegitimiert sei.** Zunächst führt der BGH aus, dass ärztliche Heilbehandlung nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes i.S.v. Art. 34 GG erfolge, sondern der Arzt für eine fehlerhafte Heilbehandlung grundsätzlich persönlich hafte. Die **Tätigkeit eines D-Arztes** sei jedoch **nicht in vollem Umfang dem Privatrecht zuzuordnen**, da er entscheide, ob „allgemeine“ oder „besondere Heilbehandlung“ erforderlich sei und er bei dieser Entscheidung eine der BG obliegende Aufgabe erfülle und damit ein öffentliches Amt ausübe (vgl. Rz. 9). Sei die Entscheidung über die richtige Heilbehandlung fehlerhaft, hafte nicht der D-Arzt persönlich, sondern die BG nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB. Dies gelte auch, soweit die **Überwachung einer Heilbehandlung** der Entscheidung über die Art der Heilbehandlung diene. Die Frage, ob der D-Arzt auch bei der **Untersuchung zur Diagnosestellung und bei der Diagnosestellung selbst** ein öffentliches Amt ausübe, sei bisher **noch nicht höchstrichterlich geklärt** (wird ausgeführt, vgl. Rz. 12).

Nach § 34 Abs. 1 S. 1 SGB VII sei ein UVT verpflichtet alle Maßnahmen zu treffen, durch die eine frühzeitige und sachgemäße Heilbehandlung und, soweit erforderlich, eine besondere Heilbehandlung gewährleistet werde. Schon dies spreche dafür, nicht nur die Entscheidung über die Einleitung einer „allgemeinen“ und „besonderen Heilbehandlung“ als Ausübung eines öffentlichen Amtes anzusehen, sondern auch die diese Entscheidung vorbereitenden Maßnahmen (vgl. Rz. 18). **Untersuchungen, Befunderhebungen zur Diagnosestellung und die Diagnose selbst seien unabdingbare Voraussetzung für die Entscheidung über die zutreffende Heilverfahrensart.** Fehler in diesem Bereich wirkten oftmals in der falschen Entscheidung über das richtige Heilverfahren fort. Somit sei ein innerer Zusammenhang zwischen der Diagnosestellung sowie der sie vorbereitenden Maßnahmen und der Entscheidung über das richtige Heilverfahren gegeben, so dass jene Maßnahmen ebenfalls **der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des D-Arztes zuzuordnen** seien (vgl. Rz. 19). Eine Aufspaltung dieses einheitlichen

DOK 750:026

Lebensvorganges wäre unnatürlich, weshalb der Senat seine diesbezügliche Rechtsprechung (vgl. Urteil des BGH vom 9.12.2008 – VI ZR 277/07 – [\[UVR 03/2009, S. 170\]](#)) aufgeben. Der **III. BGH – Senat** habe mitgeteilt, dass er an einer abweichenden Auffassung ebenfalls nicht mehr festhalte.

**Auch die Erstversorgung durch den D-Arzt sei der Ausübung des öffentlichen Amtes zuzurechnen** (vgl. Rz. 24), denn sie gehe unmittelbar in die Diagnosestellung und die Entscheidung über das richtige Heilverfahren über, weshalb auch die Erstversorgung nicht sinnvoll von den anderen Maßnahmen abgetrennt werden könne. Alle Maßnahmen seien der Pflicht des UVT nach § 34 Abs. 1 S. 1 SGB VII, schnelle und sachgemäße Heilbehandlung zu gewähren, zuzuordnen und damit haftungsrechtlich dem UVT zuzurechnen.

Die Tatsache, dass die behandelnde Ärztin den Beklagten vertrat, ohne selbst eine D-Arzt-Zulassung zu haben, führe nicht zur Passivlegitimation des Beklagten, da die BG die Ärztin tätig werden ließ. Das Tätigwerden der Ärztin betreffe lediglich das Innenverhältnis zwischen dem Beklagten und der BG, weil der Beklagte entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus dem D-Arztvertrag nicht selbst für die BGB tätig wurde (vgl. Rz. 30).

Der Bundesgerichtshof hat mit **Urteil vom 29.11.2016 – VI ZR 208/15 –** wie folgt entschieden:



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VI ZR 208/15

Verkündet am:  
29. November 2016  
Olovic  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

SGB VII § 34 Abs. 1, 3; GG Art. 34; BGB § 839 (Fc)

- a) Wegen des regelmäßig gegebenen inneren Zusammenhangs der Diagnosestellung und der sie vorbereitenden Maßnahmen mit der Entscheidung über die richtige Heilbehandlung sind jene Maßnahmen ebenfalls der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Durchgangsarztes zuzuordnen mit der Folge, dass die Unfallversicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haften (Aufgabe der Rechtsprechung zur "doppelten Zielrichtung", vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 23; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 273 f.).
- b) Eine Erstversorgung durch den Durchgangsarzt ist ebenfalls der Ausübung eines öffentlichen Amtes zuzurechnen mit der Folge, dass die Unfallversicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haften (Aufgabe BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265).
- c) Bei der Bestimmung der Passivlegitimation ist regelmäßig auf den Durchgangsarztbericht abzustellen, in dem der Durchgangsarzt selbst die "Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)" dokumentiert.

BGH, Urteil vom 29. November 2016 - VI ZR 208/15 - OLG Frankfurt am Main  
LG Limburg

ECLI:DE:BGH:2016:291116UVIZR208.15.0

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 2016 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Stöhr und Offenloch und die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff

für Recht erkannt:

Die Revision gegen den Beschluss des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. März 2015 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsrechtszuges einschließlich der Kosten der Streithelferin, letztere bis zum 26. Juni 2016; ab dem Zeitpunkt des Beitrittswechsels am 27. Juni 2016 trägt die Streithelferin des Klägers ihre Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger macht Schadensersatzansprüche nach einem Arbeitsunfall am 3. März 2010 gegen den Beklagten geltend, der Chefarzt des W.-Krankenhauses und Durchgangsarzt (künftig: D-Arzt) der Berufsgenossenschaft (künftig: Streithelferin) ist.
- 2 Nach dem Arbeitsunfall wurde der Kläger in das W.-Krankenhaus eingeliefert. Die Behandlung in der Ambulanz erfolgte durch eine Ärztin, durch die sich der Beklagte in seiner Funktion als D-Arzt vertreten ließ, ohne dass sie zur ständigen Vertreterin des D-Arztes bestellt war. Diese untersuchte den Kläger.

- 3 -

Im D-Arztbericht ist nach Fertigung von Röntgenaufnahmen die Erstdiagnose "Prellung BWS" angegeben. Unter "Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)" heißt es: "Symptomatisch, Voltaren Resinat 1-0-1, Pantozol 20 mg 1-0-0, kühlen, schonen". Als Art der Heilbehandlung wurde "allgemeine Heilbehandlung durch anderen Arzt" angeordnet. Der Kläger wurde als "arbeitsfähig" erachtet. Eine Nachschau sollte am 14. März 2010 erfolgen, sofern dann noch Arbeitsunfähigkeit oder Behandlungsbedürftigkeit vorliegen sollte, bei Verschlimmerung sofort.

3 Der Kläger begab sich am 12. März 2010 in die ambulante Behandlung eines anderen D-Arztes. Dieser stellte nach Fertigung weiterer Röntgenaufnahmen die Diagnose einer Fraktur LWK-I mit Hinterkantenbeteiligung. Der Kläger wurde in die dortige unfallchirurgische Klinik aufgenommen und am 16. März 2010 operiert. Die Streithelferin gewährte ihm Verletztengeld und eine vorläufige Erwerbsminderungsrente (20 %) für die Zeit vom 17. August 2010 bis Ende Februar 2013.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers durch den angefochtenen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Schadensersatzansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

5 Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beklagte nicht passivlegitimiert. D-Ärzte handelten bei ihrer Entscheidung, ob und in welcher Weise ein Verletzter in die berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung übernommen wer-

- 4 -

den soll, öffentlich-rechtlich im Sinne des Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB. Zur durchgangsärztlichen Tätigkeit zählten die Untersuchung zur Diagnosestellung und die Überwachung des Heilerfolgs; sie erfolgten mithin in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Bestehe der Fehler in der falschen Diagnose (wie hier vom Kläger behauptet) und setze sich dieser Fehler in der weiteren Behandlung fort, stelle er eine Folge der öffentlich-rechtlichen Fehldiagnose dar. Passivlegitimiert sei in diesen Fällen die Berufsgenossenschaft und nicht der D-Arzt. Erst wenn dieser die Weiterbehandlung übernehme und ihm dabei ein Behandlungsfehler unterlaufe, komme seine eigene zivilrechtliche Haftung in Betracht. Eine solche Konstellation liege nicht vor.

- 6 Dass sich der Beklagte in seiner Funktion als D-Arzt durch eine Ärztin habe vertreten lassen, ohne dass diese zur ständigen Vertreterin des D-Arztes bestellt gewesen sei, begründe kein Behandlungsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger für den 3. März 2010. Sollte dieses Vorgehen als Pflichtverletzung des Beklagten als D-Arzt zu werten sein, so betreffe dies seine entsprechende Funktion und wäre gegebenenfalls in einem gegen die Berufsgenossenschaft gerichteten Verfahren beachtlich.

## II.

- 7 Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat mit Recht die Passivlegitimation des Beklagten verneint, weil im Streitfall die Berufsgenossenschaft gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB passivlegitimiert ist.

- 8            1. Die ärztliche Heilbehandlung ist allerdings regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 34 GG (vgl. Senatsurteile vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 14; vom 9. März 2010 - VI ZR 131/09, VersR 2010, 768 Rn. 8; vom 21. Januar 2014 - VI ZR 78/13, VersR 2014, 374 Rn. 15; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270 f.). Auch die ärztliche Behandlung nach einem Arbeitsunfall ist keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe. Die Heilbehandlung als solche stellt keine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht dar. Der Arzt, der die Heilbehandlung durchführt, übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich (vgl. Senatsurteile vom 28. Juni 1994 - VI ZR 153/93, BGHZ 126, 297, 301; vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, aaO; vom 9. März 2010 - VI ZR 131/09, aaO; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, aaO, 271 f.).
- 9            Die Tätigkeit eines D-Arztes wird jedoch nicht in vollem Umfang dem Privatrecht zugeordnet. Ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, entscheidet grundsätzlich der D-Arzt nach Art und Schwere der Verletzung. Bei dieser Entscheidung erfüllt er eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe und übt damit ein öffentliches Amt aus. Ist seine Entscheidung über die Art der Heilbehandlung fehlerhaft und wird der Verletzte dadurch geschädigt, haftet in diesem Fall für Schäden nicht der D-Arzt persönlich, sondern die Berufsgenossenschaft nach Art. 34 Satz 1 GG i.V.m. § 839 BGB (vgl. Senatsurteile vom 28. Juni 1994 - VI ZR 153/93, aaO, 300; vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, aaO Rn. 17; vom 9. März 2010 - VI ZR 131/09, aaO Rn. 9; Senatsbeschluss vom 4. März 2008 - VI ZR 101/07, juris; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, aaO, 272 ff.). Dies gilt auch, soweit die Überwachung des Heilerfolgs lediglich als Grundlage der Entscheidung dient, ob der Verletzte in der allgemeinen Heilbehandlung verbleibt oder in die besondere Heilbehandlung überwiesen werden soll (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010

- VI ZR 131/09, aaO Rn. 12; sogenannte Nachschau gemäß § 29 Abs. 1 des gemäß § 34 Abs. 3 SGB VII abgeschlossenen Vertrags, bei dem im Streitfall die ab 1. April 2008 geltende Fassung maßgeblich ist, veröffentlicht in DÄ 2008, A 285 [künftig: Vertrag 2008]).

- 10            2. Der Kläger macht geltend, der behandelnden Ärztin sei am 3. März 2010 ein Behandlungsfehler unterlaufen, weil sie eine Fraktur nicht erkannt habe. Die Fraktur hätte durch Ruhigstellung ohne Operation ausheilen können. Folgen seien dauerhafte Minderung der Erwerbsfähigkeit und Minderbeweglichkeit der Wirbelsäule. Der Beklagte sei als D-Arzt und Chefarzt für die Fehlbehandlung bei der Eingangsdiaagnose und Erstversorgung verantwortlich. Dieses Vorbringen führt nicht zur Passivlegitimation des Beklagten.
- 11            a) Die Frage, ob der D-Arzt auch bei der Untersuchung zur Diagnosestellung und bei der Diagnosestellung ein öffentliches Amt ausübt, ist höchststrichlerlich noch nicht geklärt (vgl. Senatsurteile vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 17 und vom 9. März 2010 - VI ZR 131/09, VersR 2010, 768 Rn. 10).
- 12            aa) In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird bei der Einordnung eines Diagnosefehlers teilweise darauf abgestellt, dass sich die Pflichten des D-Arztes bei der Ausübung seines öffentlichen Amtes mit denen aus einem privatrechtlichen ärztlichen Behandlungsvertrag mit dem Patienten überschneiden können ("doppelte Zielrichtung"; vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 23; Senatsbeschluss vom 4. März 2008 - VI ZR 101/07, juris Rn. 1; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 273 f.). Mithin sei es für die Frage der Haftung entscheidend, in welchem Bereich sich der Fehler bei der Untersuchung auswirke. Komme es aufgrund dessen zu einer fehlerhaften Entscheidung der Frage, ob eine beson-

dere Heilbehandlung einzuleiten sei, und werde der Patient dadurch geschädigt, so sei die Tätigkeit des D-Arztes als hoheitlich zu qualifizieren und es hafte der Unfallversicherungsträger. Wirke sich der Diagnosefehler hingegen so aus, dass es zu einer unsachgemäßen Heilbehandlung durch den D-Arzt komme, so hafte er persönlich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (vgl. OLG Bremen, MedR 2010, 502, 503; OLG Hamm, GesR 2010, 137, juris Rn. 18 ff.; OLG Oldenburg, VersR 2010, 1654, juris Rn. 33 ff.).

- 13            Teilweise wird allerdings eine Haftung der Berufsgenossenschaft für die Folgen eines Diagnosefehlers dann bejaht, wenn die Diagnose der Entscheidung des Arztes dient, ob die besondere Heilbehandlung einzuleiten sei, und sich dieser Fehler in der weiteren Behandlung fortsetzt, weil eine einheitliche Aufgabe nicht in haftungsrechtlich unterschiedlich zu beurteilende Tätigkeitsbereiche aufgespalten werden dürfe (vgl. OLG Schleswig, GesR 2007, 207; LG Karlsruhe, MedR 2006, 728; wohl auch LG Dresden, MedR 2016, 71, 72 f.).
- 14            bb) Auch im Schrifttum ist umstritten, wie Diagnose- oder Befunderhebungsfehler des D-Arztes im Rahmen der Eingangsuntersuchung zu beurteilen sind.
- 15            (a) Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Arzt hafte für Fehler bei der Untersuchung zur Diagnosestellung und bei der Diagnosestellung persönlich (vgl. Schlaeger, Die BG 2008, 19, 21 und ZAP Fach 2, 523, 524 ff.; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 2. Aufl., Kap. 70 Rn. 357; Ziegler, GesR 2014, 65, 69). Der gesetzliche Unfallversicherungsträger sei nur verpflichtet, das durchgangsärztliche Verfahren zu organisieren und zur Verfügung zu stellen. Er habe keine gesetzliche Verpflichtung, den jeweiligen Versicherten selbst zu untersuchen, sondern schulde nur eine unfallmedizinische Versorgung im Sinne des Vorhaltens einer entsprechenden Infrastruktur. Hierfür sei das D-Arztverfahren

eingeführt worden, welches sicherstellen solle, dass die Unfallverletzten im Regelfall von einem besonders qualifizierten und sachlich ausgestatteten Arzt untersucht würden. Sowohl Diagnose als auch Befunderhebung seien elementare ärztliche Aufgaben, welche nicht zu einer öffentlichen Aufgabe würden. Daher komme eine Haftung des gesetzlichen Unfallversicherungsträgers allenfalls in Betracht, wenn die Fehler sich in der Weise auswirkten, dass der Verletzte aufgrund seiner Verletzungen nicht einer adäquaten Form der Heilbehandlung zugeführt werde. Über mehr müsse der D-Arzt in Erfüllung seiner Amtspflichten nicht entscheiden (vgl. Schlaeger, aaO; Ziegler, aaO).

- 16 (b) Hinsichtlich eines Fehlers bei der durchgangsarztlichen Eingangsuntersuchung zur Diagnosestellung sowie der Diagnosestellung selbst wird die Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig, dass hierfür die Berufsgenossenschaft einzustehen habe, von anderen Meinungen im Schrifttum geteilt (vgl. Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 5; Jorzig, GesR 2009, 400, 404; Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., A 487; HK-AKM-Lissel, 1540, Stichwort: D-Arzt [Mai 2015], Rn. 28; Nußstein, VersR 2015, 165, 166 f.; Olzen, MedR 2002, 132, 135, 137; Olzen/Kaya, MedR 2010, 504, 505; Wank, SGB 1995, 316, 317). Dies soll auch dann gelten, wenn der Fehler in der falschen Diagnose besteht und sich in der weiteren Behandlung durch den D-Arzt fortsetzt. Auch in diesem Fall stelle er eine Folge der öffentlich-rechtlichen Fehldiagnose dar und bleibe dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnen. Die durchgangsarztlichen Untersuchungen mit anschließender Diagnosestellung seien unabdingbarer und damit auch "inhaltlicher" Teil der öffentlich-rechtlich geprägten Entscheidung des D-Arztes über die weitere Heilbehandlung. Eine haftungsrechtliche Aufspaltung dieses einheitlichen Entscheidungsvorgangs sei weder interessengerecht noch rechtlich überzeugend. Aufgrund des inneren Zusammenhangs mit der Entscheidung über das "Ob und Wie" der Heilbehandlung müssten die dafür geltenden Grundsätze auch für die

zur Entscheidung führenden Untersuchungen zur Diagnosestellung und für die Diagnosestellung gelten (vgl. Frahm/Nixdorf/Walter, aaO S. 12 mwN; HK-AKM-Lissel, aaO; Olzen, MedR 2002, 132, 137; Wank, SGB 1995, 316, 317).

17 cc) Diese Auffassung ist vorzugswürdig.

18 Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB VII haben die Unfallversicherungsträger bei der Durchführung der Heilbehandlung alle Maßnahmen zu treffen, durch die eine möglichst frühzeitig nach dem Versicherungsfall einsetzende und sachgemäße Heilbehandlung und, soweit erforderlich, besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Behandlung gewährleistet wird. Schon dies spricht dafür, nicht nur die Entscheidung, ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, sondern auch die sie vorbereitenden Maßnahmen als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 272). Maßgeblich für eine solche Zuordnung sind aber auch inhaltliche Überlegungen. Durchgangsarztliche Untersuchungen, insbesondere notwendige Befunderhebungen zur Stellung der richtigen Diagnose und die anschließende Diagnosestellung, sind regelmäßig unabdingbare Voraussetzungen für die Entscheidung, ob eine allgemeine Heilbehandlung oder eine besondere Heilbehandlung erfolgen soll. Ein Fehler in diesem Stadium wird regelmäßig der Vorgabe des § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB VII entgegenstehen, eine möglichst frühzeitig nach dem Versicherungsfall einsetzende und sachgemäße Heilbehandlung zu gewährleisten. Mithin bilden die Befunderhebung und die Diagnosestellung die Grundlage für die der Berufsgenossenschaft obliegende, in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgende Entscheidung, ob eine allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder wegen der Schwere der Verletzung eine besondere Heilbehandlung erforderlich ist. Dies wird auch im Streitfall daran deutlich, dass der Kläger wegen der behaupteten fehlerhaften ersten Diagnose als arbeitsfähig angesehen und erst nach der Ent-

scheidung des anderen D-Arzt in die dortige unfallchirurgische Klinik aufgenommen und am 16. März 2010 operiert wurde. Die Befunderhebung im Rahmen der Eingangsuntersuchung und die zunächst gestellte Diagnose hat sich notwendigerweise auch dahingehend ausgewirkt, dass die Notwendigkeit der Operation und die Erforderlichkeit einer besonderen Heilbehandlung verneint wurden.

- 19 In Anbetracht des regelmäßig gegebenen inneren Zusammenhangs zwischen der Diagnosestellung und den sie vorbereitenden Maßnahmen und der Entscheidung über die richtige Heilbehandlung sind jene Maßnahmen ebenfalls der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des D-Arzt zuzuordnen. Auch wenn die richtige Diagnose zugleich eine Bedeutung für die spätere Heilbehandlung haben kann, wäre es eine unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs, wenn man diese Maßnahmen - je nach dem Vortrag des Klägers - zugleich als öffentlich-rechtlich und als privatrechtlich einstufen würde. Im Hinblick darauf, dass die vorbereitenden Maßnahmen zur Diagnosestellung und die Diagnosestellung durch den D-Arzt in erster Linie zur Erfüllung seiner sich aus dem öffentlichen Amt ergebenden Pflichten vorgenommen werden, sind auch diese Maßnahmen diesem Amt zuzuordnen, mit der Folge, dass die Unfallversicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haften. Soweit aus der Rechtsprechung des Senats zur "doppelten Zielrichtung" (vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 23; Senatsbeschluss vom 4. März 2008 - VI ZR 101/07, juris Rn. 1) etwas anderes abgeleitet werden kann, hält der Senat daran für die vorbereitenden Maßnahmen zur Diagnosestellung und die Diagnosestellung nicht fest. Auf Anfrage hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mitgeteilt, dass er an einer insoweit etwa abweichenden Auffassung (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 273 f.) ebenfalls nicht festhält (BGH, Beschluss vom 10. November 2016 - III ARZ 2/16).

- 20            b) Auch das Vorbringen des Klägers zur Erstversorgung führt nicht zur Passivlegitimation des Beklagten.
- 21            aa) Der Bundesgerichtshof hat allerdings entschieden, dass ein von einer Berufsgenossenschaft bestellter D-Arzt bei der ärztlichen Erstversorgung eines Unfallverletzten nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes handelt (BGH, Urteil vom 9. Dezember 1974 - III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 273 f.).
- 22            Im Hinblick auf diese Entscheidung wurde in der Rechtsprechung angenommen, der Bundesgerichtshof fasse den Amtspflichtbereich, für den nicht der D-Arzt, sondern der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung hafte, eng. Der D-Arzt hafte nicht nur für Fehler bei der übernommenen Heilbehandlung, sondern auch für Fehler bei der ärztlichen Erstversorgung. Der vom Träger der gesetzlichen Unfallversicherung eingesetzte D-Arzt übe Funktionen im Rahmen seiner öffentlich-rechtlichen Beziehungen nur hinsichtlich der Entscheidung aus, ob für den durch den Arbeitsunfall Verletzten die allgemeine Heilbehandlung ausreicht oder ob eine besondere Heilbehandlung zu erbringen ist (vgl. OLG Bremen MedR 2010, 502, 503; OLG Hamm, GesR 2010, 137, juris Rn. 18 ff. und OLGR Hamm 2004, 269; OLG München, AHRs 0180/111). Insoweit sei die "doppelte Zielrichtung" der Tätigkeit des D-Arzt zu beachten.
- 23            Auch im Schrifttum wird hinsichtlich der Erstversorgung überwiegend ausgeführt, diese sei - wie in BGHZ 63, 265 entschieden - privatrechtlich geprägt, so dass der Durchgangsarzt für ein fehlerhaftes "Wie" der Erstversorgung von Unfallverletzungen persönlich hafte (vgl. Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. Rn. 5; HK-AKM-Lissel, 1540, Stichwort: Durchgangsarzt [Mai 2015], Rn. 29; Laufs/Kern/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., Kap. 39 Rn. 38; Olzen/Kaya, MedR 2010, 504 f.; Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl., Rn. 13; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 2. Aufl., Kap. 70 Rn. 357; aA Kreft, LM

Art. 34 GG Nr. 99a, Bl. 70, 71 f.; Klaus Müller, SGB 1975, 511 f.; Nußstein, VersR 2015, 165, 166 f.; Wolber, Die Sozialversicherung 1982, 263, 264).

- 24           bb) Nach Auffassung des erkennenden Senats ist eine Erstversorgung durch den D-Arzt der Ausübung eines öffentlichen Amtes zuzurechnen. Auf Anfrage hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mitgeteilt, dass er an seiner gegenteiligen Auffassung nicht festhält (BGH, Beschluss vom 10. November 2016 - III ARZ 2/16).
- 25           (1) Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB VII haben die Unfallversicherungsträger - wie bereits ausgeführt - bei der Durchführung der Heilbehandlung alle Maßnahmen zu treffen, durch die eine möglichst frühzeitig nach dem Versicherungsfall einsetzende und sachgemäße Heilbehandlung und, soweit erforderlich, besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Behandlung gewährleistet wird. Dabei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Die Einzelheiten werden in einem Vertrag zwischen der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung, dem Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung und der kassenärztlichen Bundesvereinigung geregelt (Vertrag gemäß § 34 Abs. 3 SGB VII, hier: Vertrag 2008). Gemäß § 27 Abs. 1 SGB VII umfasst die Heilbehandlung insbesondere die Erstversorgung (Nr. 1) sowie die ärztliche Behandlung und zahnärztliche Behandlung (Nr. 2, 3). In § 6 (Heilbehandlung) des Vertrags 2008 wird auf die gesetzliche Verpflichtung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB VII hingewiesen. Zudem heißt es, bei Arbeitsunfällen wird die Heilbehandlung als allgemeine Heilbehandlung oder als besondere Heilbehandlung durchgeführt. Gemäß §§ 10, 11 des Vertrags 2008 wird die Heilbehandlung grundsätzlich als allgemeine Heilbehandlung erbracht. Zur Einleitung besonderer Heilbehandlung berechtigt sind nur der Unfallversicherungsträger, der Durchgangsarzt oder in besonderen Fällen der H-Arzt oder Handchirurg. Ge-

mäß § 9 des Vertrags 2008 umfasst die Erstversorgung die ärztlichen Leistungen, die den Rahmen des sofort Notwendigen nicht überschreiten.

26 (2) Das berufsgenossenschaftliche Heilverfahren wird beherrscht von dem Grundsatz, bei den Verletzungsfolgen, die eine fachärztliche Versorgung erfordern, möglichst in unmittelbarem zeitlichem Anschluss an den Unfall eine Versorgung durch den besonders qualifizierten D-Arzt sicherzustellen (vgl. Lauterbach/Dahm, UV-SGB VII [Januar 2015], § 34 Rn. 4). Deshalb wird der Verletzte verpflichtet, zunächst zum D-Arzt zu gehen, der entscheiden muss, welche Art der Weiterbehandlung erfolgen soll, und auch die sofort notwendige Erstversorgung durchzuführen hat. Beides hat seine Grundlage in der Verpflichtung der Berufsgenossenschaften, eine schnelle und sachgemäße Heilbehandlung zu gewährleisten (vgl. Kreft, aaO; Klaus Müller, aaO, 511). Da der D-Arzt regelmäßig in engem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Entscheidung über das "Ob" und "Wie" der Heilbehandlung und der diese vorbereitenden Maßnahmen auch als Erstversorger tätig wird, sind bei dieser Tätigkeit unterlaufende Behandlungsfehler der Berufsgenossenschaft zuzurechnen. Denn diese Tätigkeiten gehen ineinander über, können nicht sinnvoll auseinander gehalten werden und stellen auch aus Sicht des Geschädigten einen einheitlichen Lebensvorgang dar, der nicht in haftungsrechtlich unterschiedliche Tätigkeitsbereiche aufgespalten werden kann (vgl. Kreft, aaO; Nußstein, aaO, 167).

27 Dem steht nicht entgegen, dass die ärztliche Heilbehandlung regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 34 GG ist. Die Erstversorgung wird in § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII getrennt von der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung aufgeführt. Dies gilt auch für die §§ 6, 9, 10, 11 des Vertrags 2008, wonach bei Arbeitsunfällen die Heilbehandlung als allgemeine Heilbehandlung oder als besondere Heilbehandlung durchgeführt und die Erst-

versorgung davon unterschieden wird. Dies ist ein Indiz, dass an sie andere Rechtsfolgen geknüpft werden können als an die nach der Erstversorgung folgenden ärztlichen Behandlungen (vgl. Nußstein, aaO, 166).

28 Die Betrachtung der von dem D-Arzt zu treffenden Maßnahmen als einheitlicher Lebensvorgang vermeidet die in der Praxis beklagten Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Passivlegitimation. Denn in dem Durchgangsarztbericht dokumentiert der D-Arzt selbst die "Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)".

29 c) Soweit die Revision geltend macht, der dem Beklagten zuzurechnende Fehler liege auch darin, dass der Kläger als arbeitsfähig beurteilt worden sei, kommt dem keine eigenständige Bedeutung zu. Diese Beurteilung folgt zwangsläufig aus den hinsichtlich der Diagnose und Erstversorgung behaupteten Behandlungsfehlern.

30 3. Auch der Umstand, dass die Behandlung in der Ambulanz durch eine Ärztin erfolgte, durch die sich der Beklagte in seiner Funktion als D-Arzt vertreten ließ, ohne dass sie zur ständigen Vertreterin des D-Arzt bestellt worden war, führt nicht zur Passivlegitimation des Beklagten. Denn die Tätigkeit der Vertreterin ist der Streithelferin zuzurechnen. Der Beklagte ließ sie nämlich im Rahmen des ihm von der Streithelferin anvertrauten öffentlichen Amtes tätig werden und die damit verbundenen Befugnisse wahrnehmen. Dass der Beklagte entgegen § 24 Abs. 3 des Vertrags 2008 die Tätigkeit nicht persönlich ausgeübt hat und die Ärztin auch nicht nach § 24 Abs. 4 des Vertrags 2008 zur ständigen Vertreterin des D-Arzt bestellt war, ist nicht hinsichtlich der Passivlegitimation, sondern nur im Innenverhältnis des Durchgangsarztes zum Unfall

- 15 -

versicherungsträger für einen etwaigen eigenen Regressanspruch des Unfallversicherungsträgers von Bedeutung.

Galke

Stöhr

Offenloch

Oehler

Roloff

Vorinstanzen:

LG Limburg, Entscheidung vom 13.06.2014 - 4 O 418/13 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.03.2015 - 8 U 129/14 -