

Beschränkt sich der Durchgangsarzt im Rahmen der Nachschau auf die Prüfung der Frage, ob die bei der Erstversorgung des Verletzten getroffene Entscheidung zugunsten einer allgemeinen Heilbehandlung aufrechtzuerhalten ist, wird er in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig.

§ 34 SGB VII, Art. 34 GG, § 839 BGB

Urteil des BGH vom 09.03.2010 – VI ZR 131/09 –
Bestätigung des Urteils des Hanseatischen OLG in Bremen vom 27.03.2009 – 5 U 70/08 –

Nach der im Vertrag Ärzte/Unfallversicherungsträger in der – vorliegend maßgeblichen – ab 01.05.2001 gültigen alten Fassung („Vertrag 2001“) für den Durchgangsarzt getroffenen Regelung – so der BGH – habe der D-Arzt bei den nicht in eigener Behandlung verbleibenden Unfallverletzten gemäß § 29 Abs. 1 Vertrag 2001 Nachschautermine festzusetzen und dem Unfallverletzten mitzuteilen. Mit der Nachschauuntersuchung überwache der Durchgangsarzt den Verlauf und den Erfolg der allgemeinen Heilbehandlung. Bei jeder Nachschau entscheide der Durchgangsarzt erneut darüber, ob weiterhin die allgemeine Heilbehandlung ausreichend sei oder ob z.B. bei unplanmäßigem Heilverlauf ab dem Tag der Nachschauuntersuchung die besondere Heilbehandlung durch den Durchgangsarzt einzuleiten sei. Verbleibe der Versicherte in allgemeiner Heilbehandlung, könne der Durchgangsarzt dem behandelnden Arzt einen Behandlungsvorschlag unterbreiten. Beschränke sich der Durchgangsarzt im Rahmen der Nachschau auf die Prüfung der Frage, ob die bei der Erstversorgung des Verletzten getroffene Entscheidung zugunsten einer allgemeinen Heilbehandlung aufrechtzuerhalten sei, werde er in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig. Er erfülle insoweit - ebenso wie bei der von ihm im Rahmen der Erstuntersuchung zu treffenden Entscheidung - eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe (mit Nachweisen).

Vgl. auch Gemeinsame Rundschreiben DGUV vom 16.11.2007 (= [Regress 016/2007](#)) und vom 12.02.2008 (= [Regress 005/2008 = UV-Recht 007/2008](#))

Der **Bundesgerichtshof** hat mit **Urteil vom 09.03.2010 – VI ZR 131/09 –** wie folgt entschieden:

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung nach einem Arbeitsunfall Ersatz materiellen und immateriellen Schadens. Sie knickte am 17. Februar 2003 auf dem Weg zur Arbeit mit dem rechten Fuß um und begab sich mit starken Schmerzen und einer Schwellung in das Zentralkrankenhaus B., wo sie von dem Beklagten durchgangsarztlich untersucht wurde. Es wurde eine Röntgenaufnahme des rechten Sprunggelenks in zwei Ebenen angefertigt. Der Beklagte diagnostizierte eine Distorsion des rechten Sprunggelenks und verordnete eine konservative Therapie mit einem Heparin-Salbenverband. In dem von ihm erstellten Durchgangsarztbericht gab er als behandelnden Arzt den Orthopäden Dr. F. an, bei dem die Klägerin in Behandlung war. Dr. F. verordnete der Klägerin eine sogenannte Aircastschiene. Am

24. Februar 2003 stellte sich die Klägerin erneut beim Beklagten vor. Dieser fertigte für den Unfallversicherungsträger einen Nachschaubericht, in den er als behandelnden Arzt der allgemeinen Heilbehandlung Dr. F. eintrug. Am 26. Februar 2003 suchte die Klägerin den Beklagten aufgrund einer von Dr. F. ausgestellten Überweisung auf, deren Zweck es war, eine Entscheidung des Beklagten über die Erforderlichkeit eines operativen Eingriffs herbeizuführen. Bei diesem Besuch legte die Klägerin ihm Röntgenaufnahmen vor, die Dr. F. angefertigt hatte. Der Beklagte entschied sich gegen eine Operation und für die Fortsetzung der konservativen Behandlung. Bei einer weiteren Vorstellung der Klägerin am 17. März 2003 verordnete der Beklagte eine Sprunggelenksbandage. In den Nachschauberichten ist jeweils vermerkt: "Die Versicherte verbleibt in allg. Heilbehandlung bei Dr. F.". Wegen fortdauernder Beschwerden stellte sich die Klägerin am 8. Juli 2004 erneut beim Beklagten vor. In dem an diesem Tag erstellten Nachschaubericht heißt es u.a.: "Die Pat. wird nun von ihrem Orthopäden Dr. F., B. wieder vorgestellt wegen chronischen belastungsabhängigen Beschwerden...". Unter "Besondere Heilbehandlung erforderlich" kreuzte der Beklagte an: "ambulant durch mich". Am 30. Juli 2004 nahm er eine operative Revision des Bandapparats vor.

- 2 Die Klägerin macht geltend, es sei fehlerhaft gewesen, sie bis zum 30. Juli 2004 konservativ zu behandeln. Der Beklagte hätte die konservative Behandlung vielmehr am 26. Februar 2003 abbrechen müssen. Schon zu diesem Zeitpunkt sei ein operativer Eingriff indiziert gewesen. Der Beklagte sei am 26. Februar 2003 nicht mehr als Durchgangsarzt tätig geworden, sondern habe die ärztliche Behandlung selbst übernommen. Er habe die Knochenaussprengung auf der Röntgenaufnahme gesehen und fehlerhaft die Fortführung der konservativen Therapie verordnet. Infolge der verspäteten Operation habe sich bei ihr eine schmerzhaft sekundäre Arthrose des rechten Fußgelenks einge-

stellt. Die infolge der Falschbehandlung eingetretene Instabilität des Fußgelenks erfordere eine Versteifungsoperation.

- 3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

- 4 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in GesR 2009, 500 abgedruckt ist, hat eine persönliche Haftung des Beklagten verneint, weil dieser als von der Berufsgenossenschaft bestellter Durchgangsarzt tätig geworden sei. Da er somit in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt habe, bestünden etwaige Ersatzansprüche wegen sorgfaltswidrigen Verhaltens gemäß Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB allein gegenüber der Berufsgenossenschaft als Amtsträgerin. Eine persönliche Haftung des Beklagten für fehlerhaftes ärztliches Verhalten komme nur dann in Betracht, wenn er nicht in Erfüllung der der Berufsgenossenschaft gegenüber der Klägerin obliegenden öffentlich-rechtlichen Pflicht, sondern aufgrund eines zwischen ihm und der Patientin begründeten zivilrechtlichen Behandlungsverhältnisses tätig geworden sei. Das sei vorliegend nicht der Fall. Der Beklagte sei nicht nur bei der Erstuntersuchung am 17. Februar 2003, sondern auch bei den folgenden Untersuchungen jeweils als Durchgangsarzt tätig geworden. Das gelte auch für die von ihm anlässlich der Nachschau vom 26. Februar 2003 getroffene Entscheidung, die konservative Behandlung fortzuführen. Die von einem Durchgangsarzt vorzunehmende Nachschau diene der Überprüfung seiner Diagnose und der Behandlungser-

gebnisse, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob die allgemeine Heilbehandlung fortgesetzt oder zu einer besonderen Heilbehandlung übergegangen werden solle. Insofern unterscheide sich die bei Nachschauterminen zu treffende Entscheidung nicht grundlegend von der bei der Erstvorstellung des Verletzten zu treffenden Entscheidung, die der Durchgangsarzt in Ausübung eines öffentlichen Amtes treffe. Die am 26. Februar 2003 erfolgte Nachschau sei von Dr. F. veranlasst worden. Aufgabe des Beklagten sei es gewesen, die neuen Röntgenaufnahmen zu bewerten und seine Entscheidung für eine allgemeine oder besondere Heilbehandlung zu überprüfen. Auch am 17. März 2003 sei der Beklagte dem Nachschaubericht zufolge wiederum als Durchgangsarzt tätig geworden. Dem stehe nicht entgegen, dass er Dr. F. einen Behandlungsvorschlag hinsichtlich der weiteren Mobilisation der Klägerin gemacht und eine Sprunggelenksbandage verordnet habe. Die Verordnung eines solchen orthopädischen Hilfsmittels im Sinne von § 31 SGB VII sei nämlich dem Durchgangsarzt vorbehalten. Die Bandage habe der Unterstützung der Klägerin bei der von Dr. F. durchzuführenden Mobilisationstherapie dienen sollen.

II.

- 5 Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
- 6 1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht eine persönliche Haftung des Beklagten verneint. Dieser ist bei seiner Entscheidung, die begonnene konservative Behandlung der Sprunggelenksdistorsion der Klägerin durch Dr. F. fortführen zu lassen, in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt und somit in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden (Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB).

- 7 a) Nach Art. 34 Satz 1 GG haftet anstelle eines Bediensteten, soweit dieser in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat, der Staat oder die Körperschaft, in dessen Dienst er steht. Die persönliche Haftung des Bediensteten ist in diesem Fall ausgeschlossen. Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2006 - III ZR 270/05 - VersR 2006, 1684 m.w.N.). Nach diesen Grundsätzen hat der Beklagte bei seinen am 26. Februar und 17. März 2003 getroffenen Entscheidungen, die konservative Behandlung durch Dr. F. fortführen zu lassen, in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt, sodass er dafür nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann.
- 8 b) Allerdings ist die ärztliche Heilbehandlung von Kranken regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 34 GG (vgl. BGHZ 63, 265, 270 f.). Auch ist die ärztliche Behandlung nach einem Arbeitsunfall keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe (Senatsurteil BGHZ 179, 115, 119). Der Arzt, der die Heilbehandlung durchführt, übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich (Benz in Hauck, SGB VII, K § 28 Rn. 15; KassKomm/Ricke, Sozialversicherungsrecht, Stand: 1. Juli 2009, § 34 SGB VII, Rn. 18).

- 9 c) Die Tätigkeit eines Durchgangsarztes ist jedoch nicht ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen. Bei der gemäß § 34 Abs. 1 SGB VII zu treffenden Entscheidung, ob es erforderlich ist, eine besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Versorgung einzuleiten, erfüllt der Durchgangsarzt nämlich eine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht. Deshalb ist diese Entscheidung als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (vgl. Senatsurteil BGHZ 179, 115, 120 m.w.N.). Insoweit stellen die Berufsgenossenschaften die Heilverfahrensarten "allgemeine Heilbehandlung" und "besondere Heilbehandlung" zur Verfügung (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 34 Rn. 4). Das ergibt sich aus dem von dem Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesverband der Unfallkassen einerseits und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung andererseits über die Durchführung der Heilbehandlung, die Vergütung der Ärzte sowie die Art und Weise der Abrechnung der ärztlichen Leistungen gemäß § 34 Abs. 3 SGB VII abgeschlossenen Vertrag in der - hier maßgeblichen - ab 1. Mai 2001 gültigen alten Fassung (künftig: Vertrag 2001). Gemäß § 12 Abs. 1 Vertrag 2001 wird Heilbehandlung grundsätzlich als allgemeine Heilbehandlung gewährt. Das ist gemäß § 10 Vertrag 2001 "die ärztliche Versorgung einer Unfallverletzung, die nach Art oder Schwere weder eines besonderen personellen, apparativ-technischen Aufwandes noch einer spezifischen unfallmedizinischen Qualifikation des Arztes bedarf". Sie darf nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 Vertrag 2001 von allen Ärzten geleistet werden, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen oder von den Unfallversicherungsträgern zugelassen sind. Dagegen ist besondere Heilbehandlung gemäß § 11 Satz 1 Vertrag 2001 die "fachärztliche Behandlung einer Unfallverletzung, die wegen Art oder Schwere besondere unfallmedizinische Qualifikation verlangt". Sie darf nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 Vertrag 2001 nur durch von den Unfallversicherungsträgern zugelassene oder besonders beauftragte Ärzte geleistet werden;

die freie Arztwahl ist eingeschränkt (§ 28 Abs. 4 Satz 2 SGB VII; vgl. Wannagat/Jung, Sozialgesetzbuch, § 34 SGB VII, Rn. 14 und § 28 SGB VII, Rn. 5). Ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, entscheidet grundsätzlich der Durchgangsarzt (§ 27 Abs. 1 Vertrag 2001) nach Art und Schwere der Verletzung (vgl. § 28 Abs. 4 SGB VII). Bei dieser Entscheidung erfüllt er eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe und übt damit ein öffentliches Amt aus (vgl. Senatsbeschluss vom 4. März 2008 - VI ZR 101/07 - juris). Ist seine Entscheidung über die Art der Heilbehandlung fehlerhaft und wird der Verletzte dadurch geschädigt, haftet in diesem Fall für Schäden nicht der Durchgangsarzt persönlich, sondern die Berufsgenossenschaft (Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB).

- 10 d) Das entspricht der einhelligen Ansicht auch in der Literatur. Streit besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ob der Durchgangsarzt auch bei Untersuchung zur Diagnosestellung, bei der Diagnosestellung und bei Überwachung des Heilerfolges ein öffentliches Amt ausübt (vgl. Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht 4. Aufl., Rn. 5; HK AKM/Lissel, Nr. 1540, Rn. 28; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 40, Rn. 33; Ratzel/Luxenburger/Lissel, Handbuch Medizinrecht, § 36, Rn. 27; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 7; Benz in Hauck, SGB VII, K § 26, Rn. 51 und K § 28, Rn. 15; Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 28, Rn. 6 und § 34 Rn. 8.1; Brackmann/Krasney, SGB VII, § 34 Rn. 7; Noeske/Franz, Erläuterungen zum Vertrag Ärzte/Unfallversicherungsträger, Zu § 27, Rn. 1.1; Plagemann/Radtke-Schwenzer, Gesetzliche Unfallversicherung, 2. Aufl., Kap. 5, Rn. 18; Schmitt, SGB VII, 3. Aufl., § 34, Rn. 13).
- 11 e) Diese Frage bedarf im Streitfall keiner allgemeinen Entscheidung. Soweit die Überwachung des Heilerfolges lediglich als Grundlage der Entscheidung dient, ob der Verletzte in der allgemeinen Heilbehandlung verbleibt oder in

die besondere Heilbehandlung überwiesen werden soll, ist die Tätigkeit des Durchgangsarztes als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Aufgrund der vorliegend getroffenen Feststellungen ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei bei der Nachschau im Februar und März 2003 ausschließlich in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt tätig geworden und habe die Heilbehandlung der Klägerin erst am 8. Juli 2004 übernommen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

- 12 Die Vorgehensweise des Beklagten entspricht der im Vertrag 2001 für den Durchgangsarzt getroffenen Regelung. Danach hat der Durchgangsarzt bei den nicht in eigener Behandlung verbleibenden Unfallverletzten gemäß § 29 Abs. 1 Vertrag 2001 Nachschautermine festzusetzen und dem Unfallverletzten mitzuteilen. Mit der Nachschauuntersuchung überwacht der Durchgangsarzt den Verlauf und den Erfolg der allgemeinen Heilbehandlung (Noeske/Franz, aaO, Zu § 29, Rn. 2). Bei jeder Nachschau entscheidet der Durchgangsarzt erneut darüber, ob weiterhin die allgemeine Heilbehandlung ausreichend ist oder ob z.B. bei unplanmäßigem Heilverlauf ab dem Tag der Nachschauuntersuchung die besondere Heilbehandlung durch den Durchgangsarzt einzuleiten ist. Verbleibt der Versicherte in allgemeiner Heilbehandlung, kann der Durchgangsarzt dem behandelnden Arzt einen Behandlungsvorschlag unterbreiten (Noeske/Franz, aaO, Zu § 29, Rn. 3). Beschränkt sich der Durchgangsarzt im Rahmen der Nachschau auf die Prüfung der Frage, ob die bei der Erstversorgung des Verletzten getroffene Entscheidung zugunsten einer allgemeinen Heilbehandlung aufrechtzuerhalten ist, wird er in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig. Er erfüllt insoweit - ebenso wie bei der von ihm im Rahmen der Erstuntersuchung zu treffenden Entscheidung - eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe.

- 13 Dem steht im Streitfall entgegen der Auffassung der Revision nicht entgegen, dass der Beklagte sowohl am 17. Februar 2003 als auch am 17. März 2003 jeweils auch Verordnungen vornahm. Einen Fehler bei der Erstversorgung am 17. Februar 2003 macht die Revision nicht geltend. Aus der Vornahme der Erstversorgung lässt sich unter den Umständen des Streitfalles nicht herleiten, der Beklagte habe die weitere Heilbehandlung übernommen, denn hierzu überwies er die Klägerin an Dr. F. als behandelnden Arzt (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 3 Vertrag 2001). Entsprechendes gilt, soweit der Beklagte der Klägerin am 17. März 2003 eine Sprunggelenksbandage verordnete. Die Verordnung eines solchen Hilfsmittels (§ 31 SGB VII) ist im Falle einer allgemeinen Heilbehandlung nämlich ausschließlich dem Durchgangsarzt vorbehalten (§ 22 Abs. 1 Vertrag 2001), und zwar auch dann, wenn die Heilbehandlung nicht durch ihn selbst, sondern durch den behandelnden Arzt erfolgt.
- 14 Auch die auf Veranlassung von Dr. F. erfolgte Wiedervorstellung der Klägerin am 26. Februar 2003 entsprach den im Vertrag 2001 getroffenen Regelungen. Nach § 29 Abs. 3 Vertrag 2001 kann der behandelnde Arzt nämlich auch von sich aus jederzeit eine Nachschau veranlassen. Die Nachschau als solche stellt keine Übernahme der Behandlung durch den Durchgangsarzt dar. Ob Dr. F., wie die Revision geltend macht, die Klägerin dabei zur Weiterbehandlung an den Beklagten überwiesen hatte, kann dahinstehen, denn die Entscheidung zur Übernahme der Behandlung konnte nur der Beklagte selbst treffen. Ausweislich des von ihm erstellten Nachschauberichts hat er die Behandlung der Klägerin an diesem Tag jedoch nicht übernommen, sondern sich vielmehr für eine weitere Fortführung der allgemeinen Heilbehandlung durch Dr. F. entschieden.
- 15 Entgegen der Auffassung der Revision muss sich der Beklagte auch nicht nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als sei zwischen den Par-

teien seinerzeit ein Behandlungsverhältnis begründet worden. Der Beklagte hat sich bei den Nachschauterminen jeweils an die Vorgaben gehalten, die der Vertrag 2001 für den Durchgangsarzt anordnete. Auf die Frage, ob die Klägerin dabei subjektiv den Eindruck gewonnen hat, sie werde von dem Beklagten nicht nur in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt betreut, sondern von ihm auch medizinisch behandelt, kann es bei dieser Sachlage rechtlich nicht ankommen. Hat der Beklagte bei den Nachschauterminen - wie dargelegt - ausschließlich in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt gehandelt, haftet er für die nach Behauptung der Klägerin verspätet getroffene Entscheidung zugunsten einer besonderen Heilbehandlung nicht persönlich.